

**RAFAEL AUGUSTO SILVA DOMINGUES**

**O ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO POR ENTIDADES PRIVADAS NA  
ATIVIDADE ECONÔMICA**

Tese de doutorado

Orientador: Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo- SP**

**2020**

**RAFAEL AUGUSTO SILVA DOMINGUES**

**O ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO POR ENTIDADES PRIVADAS NA  
ATIVIDADE ECONÔMICA**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito na área de concentração Direito do Estado (DES), subárea Direito Administrativo, sob orientação do Prof. Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo- SP**

**2020**

Catagolação da Publicação

**Serviço de Biblioteca e Documentação**

**Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

---

Domingues, Rafael Augusto Silva

O ato administrativo praticado por entidades privadas na atividade econômica; Rafael Augusto Silva Domingues; orientador Gustavo Henrique Justino de Oliveira - - São Paulo, 2020.

490p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. democracia substancial. 2. ato administrativo. 3. poder privado. 4. liberdade econômica. 5. autoridade e consensualidade

---

Nome: Rafael Augusto Silva Domingues

Título: O ato administrativo praticado por entidades privadas na atividade econômica  
Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito  
Administrativo.

Aprovado em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca Examinadora

Orientador: Professor Doutor Gustavo Henrique Justino de Oliveira.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: \_\_\_\_\_

À unidade do Espírito Santo e à pluralidade de todas  
as Marias.

## AGRADECIMENTOS

O sentimento que decorre da conclusão desta investigação é muito forte. É o sentimento de um dever cumprido com o auxílio de muitas mãos. É como se passasse um longo filme na minha cabeça.

Mas é impossível agradecer a todos aqueles que de alguma maneira contribuíram para a minha formação pessoal e profissional.

Mesmo sabendo disso, não posso deixar de agradecer aos meus pais, José e Maria, por todo o Amor. Recebi o melhor que um filho poderia receber. E também ao meu irmão, Thiago, meu parceiro de sempre.

Agradeço também à minha esposa, Paula, e aos meus filhos, João Paulo e José Gabriel, pela abundância do Amor. Uma unidade no pluralismo. A minha família é a maior realização que o destino poderia me proporcionar como pessoa.

Agradeço a todos os colaboradores da escola pública da minha cidade natal, Valparaíso/SP, onde tive uma saudável convivência durante o meu ensino fundamental. O seu lema continua vivo: *“uma casa sem livro é como um corpo sem alma”*.

Agradeço a todos os meus amigos de ontem, de hoje e de sempre, o faço na pessoa de Frederico Bonaldo, que mesmo distante está sempre por perto.

Faço um agradecimento tardio ao prof. Adilson Abreu Dallari, meu primeiro orientador, que me abriu as portas do mundo acadêmico no mestrado em direito urbanístico na PUC/SP.

Agradeço a todos os colaboradores da USP, onde busco o doutoramento, o que faço na pessoa do prof. Fernando Dias Menezes de Almeida.

Agradeço aos profs. da Banca Examinadora pela paciência na leitura do trabalho, pelas críticas e pelas contribuições gentilmente formuladas.

Agradeço ainda ao prof. Doutor Pedro Costa Gonçalves por gentilmente ter me recebido na Universidade de Coimbra na qualidade de *visiting research*.

Finalmente, agradeço especialmente ao prof. Gustavo Justino de Oliveira por toda a atenção dispensada durante toda a investigação, em especial pelo voto de confiança depositado em mim e por acreditar que o esforço humano é capaz de superar as limitações pessoais, enxergando assim não apenas o resultado final de um trabalho, mas principalmente a evolução pessoal do seu orientando. Ofereci o meu melhor e já não sou como era antes.

***“Ama e faça o que quiseres”***

(Agostinho de Hipona)

***“A beleza salvará o mundo”***

(Fiódor Dostoiévski, O idiota)

***“A arte de viver consiste em tirar o maior bem do maior mal”***

(Machado de Assis, Iaiá Garcia)

## RESUMO

DOMINGUES, Rafael Augusto Silva. O ato administrativo praticado por entidades privadas na atividade econômica. 2020. 503f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O exercício do poder por entidades privadas no contexto da atividade econômica é uma realidade que não pode ser negada. Ocorre que as relações privadas de poder, conhecidas do direito administrativo europeu, não são adequadamente problematizadas pela doutrina brasileira. É preciso reconhecer o caráter jurídico do poder privado. E o ato administrativo, se é apto para lidar com o fenômeno do poder público, pode ser considerado apto, ainda que por aproximação, para lidar também com o exercício do poder privado no contexto das relações econômicas entre entidades privadas desiguais. Mas não o ato administrativo autoritário da concepção restrita do século XIX, o *Verwaltungsakt* alemão ou o *provvedimento* italiano, e sim um novo ato administrativo que, moldado a partir dos novos paradigmas da complexa sociedade contemporânea, consiga compatibilizar a consensualidade com a autoridade que, uma vez legítima, continua sendo imprescindível para uma democracia substancial.

**Palavras-chave:** democracia substancial; ato administrativo; poder privado; liberdade econômica; autoridade e consensualidade.



## **RIASSUNTO**

DOMINGUES, Rafael Augusto Silva. L'atto amministrativo esercitato da soggetti privati nell'attività economica. 2020. 503f. Tesi (Dottorato in Giurisprudenza). Facoltà di Giurisprudenza, Università di San Paolo, San Paolo, 2020.

L'esercizio del potere eseguito da entità private nel contesto dell'attività economica è una realtà che non può essere negata. Succede che le relazioni private di potere, conosciute dal diritto amministrativo europeo, non vengono adeguatamente problematizzate dalla dottrina brasiliana. Si fa necessario riconoscere il carattere giuridico del potere privato. E l'atto amministrativo, se è atto a trattare con il fenomeno del potere pubblico può essere considerato atto, anche se per approssimazione, per trattare della stessa forma con l'esercizio del potere privato dentro il contesto delle relazioni economiche fra entità private disuguali. Non l'atto amministrativo autoritario della concezione ristretta del XIX secolo, il *Verwaltungsakt* tedesco o il *provvedimento* italiano, e sì un nuovo atto amministrativo che, plasmato a partire dei nuovi paradigmi della complessa società contemporanea, riesca a compatibilizzare la consensualità con l'autorità che, una volta considerata legittima, continua ad essere imprescindibile a una democrazia sostanziale.

**Parole-chiave:** democrazia sostanziale; atto amministrativo; potere privato; libertà economica; autorità e consensualità.

## *ABSTRACT*

DOMINGUES, Rafael Augusto Silva. The administrative act practiced by private entities in the economic activity. 2020. 503f Thesis (Doctorate in Law). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The exercise of power made by private entities in the context of economic activity is an undeniable reality. It turns out that private relationships of power, known in European administrative law, are not adequately problematized by Brazilian legal doctrine. It is necessary to recognize the legal character of private power. And the administrative act, if able to handle the phenomenon of public power, may be considered able, even though by approximation, to also handle the exercise of private power in the context of economic relationships between uneven private entities. But not the authoritarian administrative act from the restrict conception of the 19<sup>th</sup> century, the German *Verwaltungsakt* or the Italian *provvedimento*, but rather a new sort of administrative act which, formed by the new paradigms of complex contemporary society, may be able to make consensus compatible with the authority which, once legitimate, remains essential for a substantive democracy.

**Keywords:** substantive democracy; administrative act; private power; economic freedom; authority and consensus.

## LISTA DE ABREVIATURAS

*ADR: alternative dispute resolution*

*AI: artificial intelligence*

CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica

*CDB: combined dispute board*

CFM: Conselho Federal da Medicina

CPA: Código de processo administrativo português

CPTA: Código de processo nos tribunais administrativos

CRP: Constituição da República Portuguesa

DAG: direito administrativo global

*DRB: dispute review board*

*DAB: dispute adjudication board*

EE: Empresas Estatais

EPI: estudo prévio de impacto

FGV: Fundação Getúlio Vargas

*FOSFA: Federation of Oils, Seeds and Fats Associations*

*GAFTA: Grain and Feed Trade Association*

*GDPR: General Data Protection Regulation*

*GG: Grundgesetz (Lei Fundamental da Alemanha de 1949)*

*ICA: International Cotton Association*

*ICANN: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*

LGPD: Lei geral de proteção de dados

LIA: Lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992)

LLE: Lei de liberdade econômica (Lei 13.874/2019)

LMS: Lei do mandado de segurança (Lei 12.016/2009)

LPA: Lei de processo administrativo federal (Lei nº 9.784/1999)

OMS: Organização Mundial da Saúde

PPE: Pessoa politicamente exposta

SBDP: Sociedade Brasileira de Direito Público

SEIG: Serviço econômico de interesse geral

STF: Supremo Tribunal Federal

*VwVfG: Código de processo administrativo alemão*

*XAI: Explainable Artificial Intelligence*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	15
------------------	----

### PARTE I – TEORIA E INSTITUCIONALISMO

<b>1 O ATO ADMINISTRATIVO CLÁSSICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA.....</b>	<b>23</b>
1.1 UMA RELEITURA DE UMA CATEGORIA JURÍDICA CLÁSSICA.....	23
1.1.1 A Metodologia Evolutiva.....	24
1.1.2 A Os Três Tipos de Pensamento Jurídico .....	26
1.1.1.1 O pensamento normativista .....	27
1.1.1.2 O pensamento decisionista .....	29
1.1.1.3 O pensamento institucional .....	31
1.2 AS CONCEPÇÕES AMPLA E RESTRITA: A CRISE DO ATO ADMINISTRATIVO .....	35
1.3 AS TEORIAS SOBRE A NOVA CATEGORIA CENTRAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO .....	49
1.3.1 A Teoria da Relação Jurídica .....	52
1.3.2 A Teoria do Procedimento Administrativo .....	58
1.3.2.1 Os tipos de abordagem do procedimento.....	62
1.3.3 A Teoria Neoconstitucionalista.....	69
1.4 PROPOSTA DE UMA “TEORIA INSTITUCIONAL” DO ATO ADMINISTRATIVO .....	75
1.4.1 Bases Teóricas da Proposta .....	76
1.4.1.1 A teoria institucionalista de Maurice Hauriou.....	76
1.4.1.2 A teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano .....	79
1.4.1.3 A teoria funcionalista de Norberto Bobbio .....	81
1.4.2 O Ato Administrativo sob o Viés Institucionalista.....	85
1.4.2.1 O ato administrativo como organização: <i>auctoritas e potestas</i> .....	86
1.4.2.2 A função promocional do Direito e o papel da persuasão .....	93
1.4.2.3 A permanência da autoridade .....	94
<b>Síntese Parcial do Capítulo 1 .....</b>	<b>100</b>
<b>2 O ATO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO.....</b>	<b>102</b>
2.1 O ATO ADMINISTRATIVO DO SÉCULO XXI .....	102
2.2 CONSTRUINDO UM CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO NO BRASIL .....	103
2.3 A LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO: UM NOVO ELEMENTO.....	115
2.3.1 A concepção contemporânea de democracia: “quem”, “como” e “o que”? .....	120

2.3.2 Quem decide? .....	121
2.3.2.1 A “fuga para o direito privado” .....	125
2.3.2.2 O “silêncio” administrativo .....	128
2.3.2.3 O ato administrativo “informático” .....	132
2.3.3 Como se Decide? .....	133
2.3.3.1 Ato administrativo e políticas públicas: uma aproximação .....	135
2.3.3.2 O procedimento com “grau zero” .....	139
2.3.3.3 O procedimento e a duração do ato administrativo no tempo .....	143
2.3.3.4 A eficácia do resultado: “bens de eficiência” e “bens de excelência” .....	147
2.3.3.5 O ciclo das “políticas públicas”: um esquema possível? .....	149
2.3.4 O que se decide? .....	157
2.3.4.1 A primazia da dignidade da pessoa humana .....	162
2.3.4.2 O caráter ordenador do <i>rule of law</i> .....	165
2.3.4.3 Os costumes: a democracia expandida no tempo passado .....	170
2.3.4.4 O papel dos <i>standards</i> : uma referência nacional .....	173
2.3.4.5 As gerações futuras: a democracia expandida no tempo futuro .....	177
2.3.4.6 A discricionariedade contemporânea: árbitro ou razão .....	181
2.4 O ATO ADMINISTRATIVO COMO “ALTERNATIVA” AO CONTRATO? .....	186
2.4.1 Réqueim pelo contrato administrativo? .....	190
2.5 OS ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO: REVISAR OU ABANDONAR? .....	198
2.5.1 Outros atributos: o problema da unilateralidade .....	207
2.6 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: UMA VISÃO INSTITUCIONAL .....	214
2.6.1 A sindicabilidade plena do ato administrativo .....	215
2.6.2 A perspectiva da LINDB: a infinita insuficiência da norma jurídica .....	219
<b>Síntese Parcial do Capítulo 2</b> .....	<b>223</b>

## **PARTE II - TEORIA E PLURALISMO**

<b>3 OS PODERES DE AUTORIDADE NA ATIVIDADE ECONÔMICA</b> .....	<b>225</b>
3.1 UMA NOVA ERA: GLOBALIZAÇÃO E REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA .....	226
3.2 OS PARADOXOS CONTEMPORÂNEOS: A FLUIDEZ DA DOCITOMIA PÚBLICO-PRIVADA .....	229
3.3 O PLURALISMO JURÍDICO: A ALTERNATIVA AO MONISMO ESTATAL .....	231
3.3.1 Qual Pluralismo Jurídico? .....	234
3.4 OS PODERES NA LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA .....	235
3.4.1 O Fundamento do Normativismo .....	239

3.4.2 O Fundamento do “Pluralismo Sociológico” .....	242
3.4.3 O Poder Jurídico Exercido por Entidades Privadas: um Governo Privado? .....	253
3.4.4 A Conformação do Poder das Entidades Privadas.....	256
3.4.4.1 A autorregulação do poder pelas entidades privadas.....	258
3.4.4.2 A regulação estatal .....	260
3.4.4.3 A autoregulação privada publicamente regulada.....	261
3.4.4.4 A importância da autorregulação privada .....	263
3.4.5 Por Que a Autorregulação e não Contrato? .....	268
3.5 A LEGITIMAÇÃO DO PODER NA LIVRE INICIATIVA.....	272
3.6 O ATO ADMINISTRATIVO COMO PARADIGMA: LEGITIMAÇÃO DO PODER PRIVADO? .....	275
3.6.1 Qual Ato Administrativo? .....	278
3.6.2 Por que o Ato Jurídico do Direito Civil não resolve? .....	280
3.6.3 A Importância do Caráter “Criativo” do Ato Administrativo .....	282
3.6.4 Por que Buscar a Legitimação do Poder? .....	284
3.6.5 Como Alcançar a Legitimação do Poder? .....	286
3.6.6 O Ato Administrativo como Alternativa ao Contrato: uma “Porta Dupla”? .....	292
3.6.7 O Excesso e o Déficit de Estabilidade: um Novo Patamar .....	294
3.7 AO TÍTULOS HABILITADORES PARA O EXERCÍCIO DA AUTORIDADE.....	298
3.7.1 A Questão da Exclusividade do Poder Jurídico.....	300
3.7.1.1 As entidades “poderosas” e “não-poderosas”: eficácia (i) mediata? .....	303
3.7.1 .2 A perspectiva da LLE: o conceito de “paritário” e “não-paritário” .....	306
3.7.2 A Questão da <i>Publicatio</i> : Poder Privado ou Poder Público? .....	309
3.7.3 A Contratualização da Autoridade Privada: o Exemplo do Árbitro.....	311
3.7.4 Outros Títulos Habilitadores: Existe um <i>Ius Involuntarium</i> ? .....	317
3.7.4.1 Os princípios “gerais” ou “fundamentais” .....	317
3.7.4.2 Os costumes: o exemplo da <i>lex mercatoria</i> .....	319
3.7.4.3 A “necessidade”: o direito administrativo na emergência .....	322
<b>Síntese Parcial do Capítulo 3.....</b>	<b>329</b>

<b>4 O ATO ADMINISTRATIVO NA ATIVIDADE ECONÔMICA: CONSTRUINDO UM REGIME DE EFEITOS .....</b>	<b>332</b>
4.1 O ESBOÇO ENTRE O VELHO E O NOVO.....	332
4.1.1 O “Pluralismo Institucional”: o Conceito de “Relevância Jurídica” .....	336
4.1.2 A Insuficiência do Contrato: a Doutrina da “Dupla Face”.....	342
4.1.3 A Heterovinculação: o Conceito de “Normas Institucionais” .....	348
4.1.3.1 A questão ética: a “prova dos nove” do institucionalismo românico .....	351

4.1.3.2 A genuína instituição: fonte jurídica das normas institucionais .....	353
4.1.3.3 As normas jurídicas constitucionais: a “justiça social” .....	356
4.1.3.4 As normas jurídicas infraconstitucionais: o “conflito de direitos” .....	360
4.2 OS ATRIBUTOS DO PODER PRIVADO: A MESMA LÓGICA DO ATO ADMINISTRATIVO? .....	364
4.3 O PODER DE POLÍCIA “PRIVADO”: DELIMITAÇÃO DO TEMA .....	369
4.3.1 O <i>Hausrecht</i> do Direito Alemão: uma Explicação Teórica Adequada? .....	372
4.3.2 O Poder de Polícia “Privado”: uma Delegação Estatal? .....	380
4.3.3 A Prevenção no Poder de Polícia Privado: o Problema da Revista Pessoal .....	383
4.3.4 O Emprego da Força por Entidades Privadas: “Direito de Todos”? .....	389
4.3.4.1 O emprego da força: o exemplo do Estatuto do Torcedor .....	396
4.4 A SINDICABILIDADE DO PODER PRIVADO: MEDIR COM QUAL RÉGUA? .....	399
4.4.1 A Extensão da Sindicabilidade sobre o Poder Privado .....	401
4.4.2 A Questão da Deferência Judicial: os <i>Standards</i> na Atividade Econômica .....	404
4.4.3 O Conflito com o Ato Administrativo: novamente o “Conflito de Direitos” .....	405
4.4.4 O Conceito de “Autoridade Pública” para fins de Mandado de Segurança .....	407
4.4.4.1 O Poder não Delegado: o Exemplo das Entidades Privadas de Educação .....	413
4.4.4.2 A Autoridade Privada no “Ciberespaço”: as Plataformas Digitais? .....	416
4.4.5 O Controle Externo: Tribunal de Contas e outros Órgãos de Controle .....	418
4.5 A RESPONSABILIDADE DA AUTORIDADE PRIVADA: UMA NOVA COMPREENSÃO .....	421
4.5.1 A Responsabilidade Civil no Viés Institucional: a “Genuína” Instituição .....	422
4.5.2 A Responsabilidade Institucional: antes e além da Norma Jurídica .....	426
4.5.3 A Responsabilidade Civil Normativa: em Nome Próprio ou do Estado? .....	430
4.5.4 A Responsabilidade por Atos de Improbidade Administrativa .....	431
4.5.5 A Responsabilidade por Atos de Corrupção: a Corrupção Privada? .....	432
4.6 A LLE: BREVE ANÁLISE DE UM PARADIGMA INFRACONSTITUCIONAL .....	436
4.6.1 As Atividades Econômicas de Baixo Risco .....	440
4.6.2 A Presunção de Boa-fé .....	444
4.6.3 A Força do Desenvolvimento Tecnológico: “Conflito de Direitos”? .....	448
4.6.4 O Silêncio Administrativo: um Ato Administrativo Tácito? .....	450
4.6.5 O Estudo Prévio de Impacto – EPI: por um Processo Decisório Mínimo .....	455
4.6.6 A Perspectiva da Proposta Acadêmica da FGV / SBDP .....	458
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>461</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>469</b>
<b>APÊNDICES .....</b>	<b>503</b>





## INTRODUÇÃO

Os fatos mais triviais da realidade social são intrigantes. E todo o pensamento humano racional começa exatamente com o espanto. O espanto que provocou a presente investigação, como não poderia ser diferente, residia num fato social muito singelo e familiar: por que afinal de contas os pais de alunos em geral obedecem às orientações de um modesto porteiro que organiza o trânsito em frente ao colégio privado onde seus filhos estudam?

Esse espanto de natureza por assim dizer urbanística ficou guardado, quase esquecido, em algum lugar do córtex cerebral do investigador até que fosse resgatado para servir de ponto de partida para a presente investigação: como explicar juridicamente o exercício concreto e específico do poder por entidades privadas?

É claro que aquele espanto inicial já não estava mais limitado apenas ao poder exercido pelo modesto porteiro do colégio privado, mas a toda uma gama de entidades privadas em situações de certo modo semelhantes (hospitais privados, clubes privados, associações privadas, organizações privadas nacionais, organizações privadas multinacionais, organismos extraestatais internacionais etc.). Afinal de contas, o exercício concreto e específico do poder por todas essas entidades privadas deve ser qualificado de que maneira: como um poder jurídico ou como um poder meramente de fato (econômico, social etc.)?

A explicação dogmática mais generalizada tende a considerar essa realidade como um mero fato extrajurídico, desimportante para a ciência do Direito. No máximo, ela é enquadrada dentro do conceito de liberdade econômica sob os auspícios de um poder estatal, este sim supostamente o único poder dotado de natureza jurídica.

Ocorre que essa explicação dogmática não parece ser uma boa resposta para aquele espanto inicial. Quer dizer então que toda a liberdade econômica encontra fundamento último no poder estatal? Quer dizer então que, no silêncio do Estado, as entidades privadas podem fazer qualquer coisa, ao bel-prazer, com base no direito à liberdade econômica?

Qual é afinal a melhor explicação teórica para este problema prático?

A resposta não pode ser procurada somente na teoria. Antes, a prática deve ser o grande ponto de partida para a elaboração da teoria. A investigação, portanto, tem como ponto de partida a realidade prática.

Em 2017 foi realizada uma pesquisa qualitativa para tentar entender o pensamento do cidadão da periferia de São Paulo. Em resumo, o que a pesquisa constata é que o cidadão

comum não espera pelo Estado; acredita na solidariedade, mas não renuncia a sua capacidade de fazer por conta própria; defende a sua individualidade, mas não despreza o coletivo <sup>1</sup>.

Esta parece ser uma boa pista para iniciar uma investigação.

O resultado da pesquisa por si só não revela obviamente toda a complexidade do ser humano, mas não pode ser desprezado por nenhuma doutrina que tenha a pretensão de ser minimamente compatível com a realidade prática.

O presente trabalho é sim teórico, propositalmente teórico, mas não pretende desprender os olhos da realidade prática. A proposta é exatamente tentar identificar o arcabouço dogmático que melhor pode explicar as situações cotidianas pelas quais passam todos os cidadãos brasileiros, não só daqueles da periferia de São Paulo.

O difícil propósito do trabalho é tentar identificar a teoria que melhor explica as realidades mais comezinhas da sociedade contemporânea, especificamente o exercício do poder por pessoas e entidades privadas no contexto da atividade econômica, muitas vezes compreendido dentro do conceito de mera liberdade econômica.

A Lei 13.874/2019 não parece ter surgido do nada, nem ser apenas mais um movimento liberal a ser superado por uma nova ideologia. O movimento esboçado na Lei da Liberdade Econômica parece ser também o reflexo dessas novas realidades da sociedade contemporânea, o que não pode ser ignorado.

De fato, a Lei da Liberdade Econômica parece ter reconhecido de alguma maneira que a dogmática do direito administrativo ainda pode contribuir muito para o fornecimento de pistas para compreender melhor esses pensamentos e movimentos humanos.

E qual é o instituto no direito administrativo que melhor explica ou que mais se aproxima da ideia do exercício do poder senão o ato administrativo?

Ora, se o ato administrativo serve para explicar o exercício do poder (público) pela Administração Pública, poderia servir também, ainda que por aproximação, para explicar o

---

<sup>1</sup> “A Fundação Perseu Abramo apresenta uma pesquisa qualitativa sobre o imaginário social dos moradores da periferia de São Paulo. Fenômenos como o avanço do consumo, do neopentecostalismo e do empreendedorismo popular foram objetos de análise. A pesquisa demonstra uma intensa presença dos valores liberais do “faça você mesmo”, do individualismo, da competitividade e da eficiência. Como resultado geral, pode-se encontrar uma população que tendencialmente acredita na política, mas não crê em partidos; reconhece a importância da coletividade, mas almeja crescer individualmente; busca transformações, mas é pouco afeita a rupturas; anseia por novas ideias, mas é também pragmática. Em suma, esse novo caldo cultural exigirá renovações tanto na forma como se realiza a política partidária quanto no conteúdo das políticas públicas que se implementam. A mistura entre valores do liberalismo, do individualismo, da ascensão pelo trabalho e do sucesso pelo mérito, com valores mais solidários e coletivistas relacionadas à atuação do Estado, à universalização de direitos, à ampliação da inclusão social, permeiam a visão de mundo e o imaginário dessa nova classe trabalhadora das periferias de São Paulo.”. FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Percepção e Valores Políticos nas Periferias de São Paulo**. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/publicacao/percepcoes-e-valores-politicos-nas-periferias-de-sao-paulo/>. Acesso em 05/09/2019.

exercício do poder (privado) no contexto da livre iniciativa econômica, vale dizer, da liberdade econômica.

Esta é a hipótese principal da investigação.

A terminologia num primeiro momento não é objeto de maior preocupação. Para evitar maior estranheza até se poderia falar em (quase) ato administrativo ou em ato administrativo “por equiparação”. Não importa, por ora.

O fato é que, independentemente da terminologia, a adoção da concepção clássica do ato administrativo poderia trazer ainda mais dificuldade para esta hipótese. Esta concepção clássica realmente não justificaria qualquer esforço no sentido de relacionar o ato administrativo com a iniciativa privada.

Realmente, concepções autoritárias e (vertiginosamente) hierárquicas arraigadas ao conceito clássico de ato administrativo dificilmente serviriam de justificativa para legitimar o exercício de verdadeiros poderes (privados) de autoridade no âmbito das atividades econômicas mais próprias da iniciativa privada, desde aquelas consideradas “disruptivas” (*uber, watsapp, facebook, criptomoedas*, tratamento de dados por plataformas digitais, patinetes elétricos etc.) até aquelas por assim dizer “não tão disruptivas” (*compliance, dispute board*, mediação e arbitragem extrajudiciais etc.).

É importante notar que a postura de polarizar o ato administrativo e o contrato não tem se revelado adequada para explicar essas realidades contemporâneas. O contratualismo não tem se mostrado suficiente para explicar o exercício da liberdade econômica na iniciativa privada. Aliás, a recente pandemia do coronavírus (COVID-19) em 2020 parece ter vindo para reforçar essa realidade, lançando os contratos administrativos (e os contratos privados) em sérios apuros.

Por isso, dizer que as atividades econômicas se explicam simplesmente a partir da perspectiva da liberdade econômica e do contratualismo (muitas vezes sob a terminologia de “termos e condições de uso”, “termos de adesão”, “política de privacidade” etc.) significa desprezar a realidade mais palpável da sociedade contemporânea, qual seja, o efetivo exercício de verdadeiros poderes (privados) de autoridade dentro (no interior) dos próprios contratos, cuja relação jurídica tem, do outro lado, pessoas concretas e que na maioria das vezes têm pouca ou nenhuma margem de escolha – às vezes uma mera sombra de consenso -, e que mesmo assim se sujeitam integralmente aos seus efeitos concretos, quer sejam chamados jurídicos ou extrajurídicos.

E note que não parece ser a melhor resposta a alegação de que os contratos estão sujeitos à regulação estatal, supostamente suficiente para impor limites à liberdade econômica ou, ao menos, para induzir ou deixar para a livre iniciativa, por mera liberalidade sua, a possibilidade de autorregulação das suas atividades.

É que essa resposta teórica não parece condizente com a realidade prática.

O Estado – o mecanismo da norma de reconhecimento – não tem se mostrado capaz de oferecer respostas adequadas e na velocidade que o dinamismo da sociedade exige, mormente no contexto da complexa sociedade contemporânea. A literatura está ao alcance de todos, revelando exatamente essa realidade prática. O testemunho dramático do Poder Judiciário quando pede socorro aos *ADR's* não revela outra coisa senão o esgotamento do monismo estatal.

E o mais preocupante nem é isso. O poder não deixa vácuo<sup>2</sup>, de maneira que a sociedade pode estar sendo conduzida inadvertidamente em direção a uma solução que parece ser ainda mais inadequada do que o monismo estatal, *e.g.* do “*pluralismo sociológico*” que espreita e começa a invadir a dogmática e a jurisprudência brasileira.

Diante da turbulência dessa difícil navegação, procurar por um farol seguro, em vez de se apoiar apenas na imensidão do mar, parece ser uma postura muito sensata. Algo semelhante parece ocorrer com a sociedade que, sendo agora considerada uma “*sociedade líquida*”, deve buscar por algo bem sólido se quiser chegar a algum lugar<sup>3</sup>. E as ideologias extremistas não têm contribuído muito nesta tarefa.

Com efeito, o apoio sobre uma base sólida parece ser necessário. E o ato administrativo parece ser uma alternativa possível. E não apenas em situações de extrema urgência e necessidade, como na atual circunstância de pandemia do coronavírus (COVID-19), mas também em situações de normalidade, afastando assim a concepção schmittiana segundo a qual soberano é aquele que decide no estado de exceção.

Obviamente, não mais o ato administrativo clássico autoritário, monológico e verticalizado de outrora, mas sim um “novo” ato administrativo mais horizontal, dialógico e consensual – ainda um ato administrativo -, melhor e mais adequado ao mundo contemporâneo. Um mundo no qual o exercício de poderes (privados) de autoridade por

---

<sup>2</sup> Sobre as “*leis do poder*”, dentre elas a “*lei da eficácia*” segundo a qual o poder não admite vácuo, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992. p.170-182.

<sup>3</sup> Se referindo à importância das produções literárias clássicas, Alexis de Tocqueville diz que “elas nos mantêm em pé quando nos desequilibramos”. TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.555.

entidades privadas é uma realidade, uma realidade que não é nem nova, nem exclusiva de situações excepcionais (como na situação de emergência mundial do coronavírus).

Buscar esse “novo” ato administrativo - que também possa servir de parâmetro para o exercício do poder privado na atividade econômica - é a grande aventura desta investigação.

A metodologia desta investigação é a dogmática jurídica, acompanhada de perto, entretanto, pela filosofia política. É teórica, mas não pretende ignorar o mundo real. É dedutiva, mas parte do empírico, não abrindo mão da indução.

Parece possível dizer então que se adota uma metodologia dialética que pode ser denominada dogmática crítica (a que se poderia ousar chamar de “institucionalismo ético” ou “pluralismo ético”).

Esse método se apoia em dois pilares: de um lado, *a*) no institucionalismo clássico de Maurice Hauriou e, de outro lado, *b*) na ética aristotélica, atualizada pela filosofia política mais contemporânea de Alasdair Macintyre.

Do institucionalismo clássico de Maurice Hauriou (*a*) se pretende extrair o pluralismo jurídico de Santi Romano como contraponto do monismo estatal, adotando como pressuposto a concepção de que também existe Direito na sociedade e não apenas no Estado, de maneira a admitir a coexistência entre normas institucionais e normas jurídicas.

É que, na insuficiência da concepção kelseniana do Direito, parece importante procurar por uma concepção alternativa. Para tanto, é preciso retroceder a 1918, o ano em que o pensamento institucionalista se consolidou na obra “O Ordenamento Jurídico” de Santi Romano.

A metodologia proposta, embora também seja dogmático-jurídica, não adota a concepção kelseniana de ordenamento jurídico, mas sim a concepção mais ampla de Santi Romano que sempre fez questão de afirmar que o seu método era estritamente jurídico e, ao mesmo tempo, negar querer colocá-lo no âmbito da filosofia, sociologia etc.<sup>4</sup>

A teoria construída por Santi Romano no seu “O Ordenamento Jurídico” é dividida em duas partes, dentro das quais podem ser encontradas duas teses diferentes: a do institucionalismo jurídico e a do pluralismo jurídico. Mas, embora duas teses distintas, o pluralismo jurídico romaniano é, em verdade, indissociável do seu institucionalismo, de modo que se pode dizer que ao fim e ao cabo formam uma só tese.

---

<sup>4</sup> ROMANO, Alberto. Nota biobibliográfica sobre Santi Romano. *In*: ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p 46.

Por essa razão optou-se por desenvolver a presente tese no mesmo formato: uma primeira parte (capítulo 1 e 2) para explicar o ato administrativo sob a ótica do seu institucionalismo jurídico e, depois, uma segunda parte (capítulo 3 e 4) para explorar o seu pluralismo jurídico e, conseqüentemente, o poder privado de autoridade (se preferir, liberdade econômica) exercido por entidades privadas na atividade econômica.

Mas o fato é que o método dogmático - kelseniano ou romaniano - continua restrito ao quadrante do positivismo jurídico, razão pela qual se faz necessário adotar um segundo pilar que seja capaz de superar as suas limitações, para o que muito pode contribuir a ética aristotélica (*b*).

Da ética aristotélica, enquanto segundo pilar, se pretende extrair uma base mais sólida para o pluralismo jurídico de Santi Romano, de maneira que as normas institucionais possam alcançar a legitimidade necessária para atender aos anseios de uma democracia substancial. Dai o porquê da ousadia de cunhar a expressão “institucionalismo ético” ou “pluralismo ético”, até para distingui-lo do “*pluralismo sociológico*” característico, *e.g.*, do constitucionalismo global.

É importante alertar que a adoção da ética aristotélica como pressuposto da investigação também muda radicalmente a perspectiva metodológica, alterando o ponto de vista tradicionalmente utilizado na ciência do direito – da “*terceira pessoa*” – para o ponto de vista do sujeito agente da “*primeira pessoa*”.

A proposta é considerar o exercício do poder (público e privado) sob o ponto de vista de quem efetivamente o pratica (por isso, “*primeira pessoa*”) e não quem simplesmente o avalia de fora, ou seja, a partir da posição externa da “*terceira pessoa*”.

A ética aristotélica do sujeito agente da “*primeira pessoa*” é um dos cortes metodológicos mais importantes já recuperados pela filosofia política contemporânea, especialmente a partir do final do século XX e começo do século XXI, encontrando no filósofo escocês Alasdair Macintyre um dos seus maiores expoentes.

Esta metodologia, que parte do problema prático, pode até não ser muito conhecida no Brasil sob esta perspectiva, mas ela não é de todo estranha na dogmática jurídica brasileira quando se percebe a tentativa de conferir maior realismo ao ato administrativo como se fez recentemente através da adoção do “*princípio da empatia*” no art.22 da LINDB.

A adoção de um novo remédio não revela senão a manifestação dos sintomas de uma doença, no caso uma doença crônica que deixou o paciente em estado quase terminal. É uma tentativa desesperada da doutrina e do legislador de salvar a vida do direito administrativo.

Ao que parece, não é o ato administrativo que está em “*crise*”, mas sim as metodologias que têm sido adotadas para explicá-lo<sup>5</sup>. E o “*princípio da empatia*” ainda não coloca o ato administrativo no seu devido lugar: na ótica do sujeito agente da “*primeira pessoa*”, mas apenas na ótica do observador da “*segunda pessoa*” que, por também estar do lado de fora da decisão administrativa, tem muito pouco a oferecer em termos de contribuição para a sua melhoria.

Ocorre que, se o direito administrativo quiser recobrar a sua saúde e continuar tendo uma vida longa, deve rever os seus próprios métodos, para o que a ética aristotélica da “*primeira pessoa*” tem muito a contribuir. Se o direito administrativo não quiser se transformar em definitivo num mero apêndice da doutrina de valores do direito constitucional (“*o direito administrativo passa também*”) e, se não quiser ser engolido pelo voluntarismo radical do direito civil, deve reivindicar não apenas a juridicidade da sua atividade infralegal – o que já representa um grande salto dogmático - como também a ideia do sujeito agente das próprias escolhas, vale dizer, da ética da “*primeira pessoa*” da concepção aristotélica.

A filosofia política deve entrar com muita força na metodologia da dogmática do direito administrativo. Porém, não a mesma do ato administrativo autoritário do século XIX, fundada eminentemente na autoridade burocrática weberiana.

Fugir da ética não parece a melhor solução<sup>6</sup>. E a “*fuga para o direito privado*” parece ser exatamente a consequência desta postura que, entretanto, também não tem sido capaz de oferecer respostas adequadas, substancialmente legítimas e na velocidade que a sociedade contemporânea requer.

E também não têm se mostrado capazes de fazê-lo as doutrinas mais contemporâneas apoiadas numa “*condição pós-moderna*”, e.g. de Jean-François Lyotard que, através da desconstrução da linguagem, pretende construir uma teoria imune à ética, na qual o contratualismo radical é levado às suas últimas consequências, inclusive à autofagia, à destruição.

---

<sup>5</sup> A filosofia política qualifica essas crises de “*crise epistemológica*”, para cuja solução é necessária a “*invenção ou a descoberta de novos conceitos, e a estruturação de um novo tipo ou novos tipos de teoria (...)*”. MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.388-393.

<sup>6</sup> A própria fuga da ética é ela própria um tipo de ética, eis que “*é uma ilusão supor que há posição neutra, um lugar da racionalidade em si, que forneça recursos racionais suficientes para a pesquisa independente de todas as tradições*”. MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 394-396.

O contratualismo de matriz desconstrutivista (o contratualismo radical) não parece capaz de ajudar na solução dos grandes desafios da complexa sociedade contemporânea. Pelo contrário, a permanência do contratualismo no direito administrativo passa necessariamente pela valorização do elemento ético, realidade a respeito da qual o crescimento do *compliance* parece testemunhar.

Portanto, o salto metodológico é duplo. O direito administrativo do pós-coronavírus clama por revisões profundas da dogmática tradicional, não havendo momento mais propício para tentar “*tirar o maior bem do maior mal*”.



## PARTE I – TEORIA E INSTITUCIONALISMO

### 1 O ATO ADMINISTRATIVO CLÁSSICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

#### 1.1. UMA RELEITURA DE UMA CATEGORIA JURÍDICA CLÁSSICA

Se a doutrina está em busca do “*acto administrativo perdido*”<sup>7</sup>, compete ao estudioso do direito administrativo encarar o desafio e tentar oferecer alguma contribuição para esta empreitada.

As mudanças de paradigma da sociedade contemporânea levaram às mudanças de paradigmas das próprias categorias do Direito. O ato administrativo concebido no século XIX, que ocupou lugar central no direito administrativo durante mais de dois séculos, não pode mais ser enxergado sob a mesma ótica do passado.

Contudo, dizer que o ato administrativo não tem mais lugar no mundo contemporâneo parece um exagero. Dizer que o ato administrativo agora foi substituído por categorias jurídicas novas que passaram a ocupar o centro de gravidade do direito administrativo também não parece uma resposta adequada diante da realidade complexa da sociedade contemporânea.

Parece não haver dúvida de que o ato administrativo, que sempre foi a grande marca do direito administrativo, recentemente, tem encontrado rivais de peso, como o próprio contrato, a ponto da doutrina falar em “*governar por contrato*”<sup>8</sup>. Superado o Estado liberal autoritário e não podendo a Administração Pública se impor diante dos cidadãos, o contrato seria a solução para se alcançar a paridade desta relação jurídica.

Sem desprezar a solução proposta pela doutrina – pelo contrário, reconhecendo a importância do contratualismo no direito administrativo -, é intrigante tentar entender se o ato administrativo realmente perdeu a importância que tinha para o direito administrativo, ou se, pior do que isto, ficou no passado como uma arcaica forma de atuação autoritária do Estado liberal, incompatível com os novos paradigmas e valores da sociedade contemporânea.

Com efeito, antes de simplesmente descartar ou menosprezar o ato administrativo, por uma questão de lealdade científica, é importante verificar se é ou não possível harmonizá-

---

<sup>7</sup> Conforme título sugestivo de: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>8</sup> GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par Contrat*. Paris: Presses de Science Po, 1999.

lo com esses novos paradigmas e valores da sociedade contemporânea, realizando assim uma releitura de uma categoria jurídica clássica sob uma nova ótica<sup>9 10</sup>.

A proposta do trabalho, portanto, é tentar filtrar o ato administrativo para verificar se o seu principal elemento – a autoridade – pode ser aproveitado fora de um contexto do autoritarismo, ou seja, analisar se é possível construir uma nova feição de autoridade, diferente daquela feição totalitária e arbitrária que ainda está impregnada no conceito de ato administrativo até os dias de hoje, uma feição que busque agora se legitimar perante a sociedade, cujos cidadãos não aceitam mais ser (e não podem ser) tratados como objeto (ética da “segunda pessoa” e da “terceira pessoa”), mas que exigem, em vez disso, serem tratados com a dignidade própria de pessoa humana, como sujeitos do seu próprio destino (por isso, ética da “primeira pessoa”<sup>11</sup>).

### 1.1.1. A Metodologia Evolutiva

O objetivo proposto no trabalho exige paciência e boa vontade do leitor, que deve fechar os olhos e tentar se desprender de concepções jurídicas consagradas na doutrina tradicional, tal como a de ato administrativo, cujo aspecto autoritário constitui uma marca quase indelével.

De fato, desde o seu primeiro conceito estampado no verbete atribuído a Merlin da 3ª edição do Repertório Guyot de 1812 o ato administrativo já estava carregado de uma acepção

---

<sup>9</sup> Existe doutrina que, conquanto se distancie dos pressupostos e das conclusões do presente trabalho, adota a mesma estratégia metodológica: “Esta abertura à nova natureza do acto administrativo não nos obriga, todavia, a cortar cerce com o passado. A noção jurídica de acto administrativo vai obviamente honrar esta continuidade. A acentuação dos elementos concertados e para-contratuais do acto não prejudica a sua subsistência enquanto instrumento unilateral do interesse público nem o exercício dos poderes de autoridade que compreende”. [...] “Pela parte que nos toca, preferimos uma solução de relativa continuidade o que tem inequívocas vantagens dogmáticas e sistemáticas. [...] Nenhum dos elementos estruturais do acto administrativo saiu ileso do embate com as novas modalidades e exigências da atividade administrativa social e econômica. Não é isto, contudo, o suficiente para dele prescindir em prol de uma qualquer visão ‘pós-moderna’ da actividade administrativa até porque o acto administrativo tem dado provas da elasticidade suficiente para se adaptar às novas realidades.”. MONCADA, Luis S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 308.

<sup>10</sup> A respeito das estratégias de invenção, diferenciação e recuperação de conceitos de direito administrativo, vide: MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.111-119.

. Sobre a evolução das ciências e a conciliação entre a inovação e a tradição, vide ainda: MARQUES NETO, Floriano Peixoto. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Direito Administrativo Brasileiro**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 83-113.

<sup>11</sup> Cf.: **Ética a Nicômaco**, 1104a9-12.

de cunho autoritário ao ser definido como sendo “uma decisão de autoridade administrativa ou uma ação, um fato da administração que tenha relação com suas funções”<sup>12</sup>.

Na doutrina alemã, Otto Mayer, no auge da categoria jurídica, formulou em 1895-86 uma definição segundo a qual “o ato administrativo é o pronunciamento autoritário de pertinência da administração, determinativo no caso particular para o súdito do que para ele deve ser conforme o direito”<sup>13</sup>, o que revela nitidamente o aspecto autoritário da sua concepção não apenas porque menciona expressamente este termo (“pronunciamento autoritário”), mas também porque considera o cidadão como súdito (como objeto).

De fato, no pensamento do jurista alemão, o conceito central do sistema era o ato administrativo, assim concebido como manifestação autoritária e soberana que determina o que deve valer como direito para o súdito<sup>14</sup>, noção esta que, mesmo com algumas adaptações no decorrer do século XX, como a substituição do termo “súdito” por “destinatário” ou “lesado”<sup>15</sup>, ainda acompanha de perto a ideia de ato administrativo.

No mesmo sentido, Fritz Fleiner, na década de 30, baseando-se no conceito de ato jurídico do direito privado, definiu o ato administrativo como sendo “uma ação autoritária do órgão administrativo que constitui, modifica ou extingue relações jurídicas entre a administração e o administrado”<sup>16</sup>, o que mais uma vez revela a concepção autoritária de ato administrativo.

Na doutrina italiana, Santi Romano, em 1912, numa acepção menos autoritária, pelo menos mais sutil do que a doutrina alemã, formulou o conceito segundo o qual o ato

---

<sup>12</sup> MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.11-36. p.16.

<sup>13</sup> *Apud* MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.11-36.

<sup>14</sup> Entendo que a afirmação de Pedro Costa Gonçalves no sentido de que para Otto Mayer não havia conexão necessária entre ato administrativo e comando, mas apenas entre ato administrativo e definição de direitos, não muda em nada a visão autoritária do pensamento do jurista alemão que decorre da sua “doutrina do ato regulador” e não propriamente do “poder de comando”. Cf.: GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008.: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>15</sup> Conforme SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. p. 69.

<sup>16</sup> *Apud*: MEDAUAR, Odete. *op. cit.* p.24.

administrativo era um “pronunciamento especial de uma autoridade no exercício de uma função administrativa”<sup>17 18</sup>.

Na doutrina francesa, por sua vez, o grande contraponto da doutrina alemã, Maurice Hauriou, em 1927, dizia que o “ato administrativo é a declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos emitida por autoridade administrativa de forma executória, isto é, a comportar a execução de ofício”<sup>19</sup>.

No contexto dessas concepções, de uma maneira geral, o ato administrativo realmente perde todo sentido no direito administrativo do século XXI, onde não há mais espaço para autoritarismos. Aliás, nunca deveria ter tido.

Todavia, como mencionado antes, parece justo tentar ao menos realizar uma releitura do ato administrativo à luz dos novos paradigmas e valores da sociedade e tentar descobrir qual a sua importância no direito administrativo contemporâneo, mesmo porque não se tem notícia de que ele não seja mais utilizado na realidade concreta.

Portanto, a presente investigação tem como pano de fundo metodológico realizar uma releitura do ato administrativo e verificar a sua evolução à luz desses novos paradigmas e valores. Esta evolução, diferente da “*evolução poperiana*” (Karl Popper), segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “não se faz, com efeito, destruindo as conquistas doutrinárias alcançadas, mas harmonizando-as com novos valores e novas referências etiológicas”<sup>20</sup>.

Pode ser que dessa evolução resulte uma concepção diferente (muito, pouco ou mais ou menos, mais diferente) de ato administrativo, razão pela qual se faz necessário um desprendimento conceitual inicial para melhor compreendê-lo depois que for reformado.

### 1.1.2. Os Três Tipos de Pensamento Jurídico

Uma releitura evolutiva de uma categoria jurídica por si só pode não ser exitosa o bastante se não revelar o pensamento jurídico que está por trás dela. É que o pensamento jurídico não está imune à compreensão que cada estudioso tem do Direito. O Direito pode ser

---

<sup>17</sup> *Apud*: MEDAUAR, *op. cit.* p.24.

<sup>18</sup> Talvez seja possível abonar o conceito do jurista italiano, se se compreender melhor, como se pretende fazer no presente trabalho, o seu pensamento institucional e a sua concepção de autoridade que vieram a se materializar em 1918 na obra *Ordenamento jurídico*.

<sup>19</sup> *Apud*: MEDAUAR, *op. cit.*, p.24.

<sup>20</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização- in *memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

visto de várias formas, sendo três delas as principais segundo a doutrina de Carl Schmitt: a do tipo normativista, a do tipo decisionista e a do tipo institucional <sup>21</sup>.

De partida, é realmente importante tentar esclarecer o tipo de pensamento jurídico que está por trás do esforço de se tentar reconstruir uma categoria jurídica. Nesta investigação, o pensamento jurídico adotado é o do tipo institucional, razão pela qual, antes de iniciar a releitura da categoria jurídica proposta (ato administrativo), é necessário explicar de maneira sintética no que consiste cada um dos três tipos de pensamento jurídico.

Ao se adotar um tipo específico de pensamento jurídico, como o institucional, se corre o risco de criar um obstáculo intransponível entre quem o adota e quem adota outro tipo (normativista ou decisionista), gerando uma espécie de ruído no diálogo. Contudo, se trata de um risco assumido para o qual se pede compreensão.

De qualquer forma, ainda que não houvesse afinidade entre os tipos de pensamento jurídico, ainda algum resultado sempre poderia ser extraído em termos de contribuição para a doutrina e para a jurisprudência <sup>22</sup>.

#### 1.1.2.1. O pensamento normativista

De maneira bem sintética, pode-se dizer que o pensamento do tipo normativista traduz a ideia de que o Direito se reduz à norma jurídica positivada e de que somente se pode invocar, se se quiser se manter coerente e fiel a si mesmo, normas e validades de normas, mas nunca poder e autoridade concretos, de modo que a questão da soberania é completamente separada da questão do Direito, sendo ela um fenômeno extrajurídico e que deve, portanto, ser descartado <sup>23</sup>.

Este tipo de pensamento é identificado vulgarmente com o positivismo jurídico do tipo kelseniano e, mesmo inconscientemente, é o pensamento que predomina na ciência do

---

<sup>21</sup> *Apud* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.p. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.19.

<sup>22</sup> A doutrina lembra que os três tipos de pensamento diagnosticados por Carl Schmitt nunca se apresentam separados, mas sempre combinados de diferentes maneiras, às vezes predominando um as vezes outro, mas sempre sem vivarem as costas. MONCADA, Luis S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 6. Tendo a concordar com o jurista português, embora enfatizando que existe no trabalho uma opção metodológica por colocar o acento tônico no pensamento institucionalista.

<sup>23</sup>MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.p. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 21-22.

Direito, ao menos naquilo que se convencionou chamar de dogmática jurídica<sup>24</sup>. Inobstante este fato, vale ressaltar que o pensamento do tipo institucionalista também deve ser considerado dogmático e positivista, embora denotando uma concepção de Direito que é mais ampla do que a concepção dogmática tradicional, conhecida como kelseniana.

É importante destacar ainda que, mesmo que a doutrina kelseniana admita o caráter normativo de outras realidades que não a lei formal, supostamente não apenas executoras, mas também criadoras do Direito em razão da possibilidade de produção de efeitos jurídicos, como o ato administrativo genérico e abstrato (*e.g.* regulamentos), dada a sua dimensão material, o fato é que estas realidades, segundo esta doutrina, são sempre dependentes de uma lei no sentido formal que devem necessariamente lhes emprestar o fundamento de validade, como no caso do Brasil onde não existiria o chamado regulamento autônomo<sup>25</sup>.

O que se percebe é que a doutrina de matriz kelseniana, conquanto tente dar a entender que admite uma função criadora para os atos administrativos, na verdade, enxerga-os apenas e tão somente como um mero executor ou aplicador de leis formais, das quais - e somente das quais - supostamente retiram o seu fundamento de validade. Mesmo na França, onde se admitem os regulamentos autônomos (*règlements*), essa doutrina vai subordinar a sua validade (leia-se, juridicidade) a uma legalidade no sentido amplo, a Constituição<sup>26</sup>. Quando do estudo da concepção restrita alemã de ato administrativo, esta realidade poderá ser observada melhor (vide *infra*: 1.2.).

O pensamento normativo não é incompatível com o pensamento institucional, uma vez que este último não despreza nem a norma jurídica, nem o Estado, simplesmente os enxergando dentro de um contexto maior de “*relevância jurídica*” que será exposto no momento oportuno. Frise-se: a norma jurídica não perde a sua importância, mas deve ser

---

<sup>24</sup> Não é o propósito da pesquisa explorar uma visão simplista da doutrina de Hans Kelsen que como se sabe não só é muito complexa e sofisticada como também evoluiu por obra do próprio pensador e dos seus discípulos, a exemplo de Adolf Merkl no direito administrativo. O fato é que, ainda que eventualmente se cometa a impropriedade de analisar apenas a *vulgata* do seu pensamento, o trabalho tem como premissa outro pensamento, o institucionalista, segundo o qual a norma jurídica não detém o monopólio da produção do Direito, de modo que nem mesmo a passagem da sua teoria de um momento estático para um momento dinâmico parece conseguir alcançar o mesmo resultado.

<sup>25</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.219-236. Contra, admitindo o caráter inovador do regulamento em vistas da finalidade, vide: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.330-334.

Também admitindo o regulamento autônomo, distinguindo-o do regulamento de execução, vide: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.159-183.

<sup>26</sup> Citando Jacqueline Morand-Deviller, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.225.

equacionada para afastar o entendimento de que ela (o Estado) detém o monopólio da produção do direito administrativo.

Portanto, sempre que se referir no trabalho ao normativismo, ou ao positivismo kelseniano, é a este tipo de pensamento jurídico que se estará referindo.

#### 1.1.2.2. O pensamento decisionista

Por sua vez, no pensamento do tipo decisionista não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma “*decisão*” última, dada com o comando, que constitui a fonte de todo e qualquer Direito, ou seja, de todas as normas e ordenamentos jurídicos<sup>27</sup>.

Este tipo de pensamento, segundo Carl Schmitt, assenta as suas raízes nas obras de Jean Bodin e Thomas Hobbes, o primeiro, precursor do conceito de soberania e, o segundo, criador da ideia de que o Direito é essencialmente a decisão do soberano, que é quem afinal decide soberanamente, ou seja, de que o Direito é lei e a lei é a ordem que decide o conflito em torno do Direito<sup>28</sup>.

No decisionismo jurídico o fundamento jurídico de todo o Direito repousa em um processo volitivo (o que parece se identificar com voluntarismo), ou seja, em uma decisão que enquanto tal cria o Direito, de modo que, mesmo uma decisão que não corresponda à regra, cria o Direito<sup>29</sup>. É somente a “*decisão*” – para o decisionista clássico – que fundamenta tanto a norma como o ordenamento<sup>30</sup>.

Segundo Carl Schmitt, os tipos de pensamento jurídico (tipos ideais weberianos) não existem de maneira pura, podendo se combinar, em especial, o normativista e o decisionista. Mesmo o tipo normativista não é independente uma vez que se submete – de forma decisionista – à decisão do legislador, de maneira que o positivista seria um decisionista no seu ponto de partida e um normativista em seu ponto de chegada, o que pode variar conforme

---

<sup>27</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.p. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.40-41.

<sup>28</sup> *Ibidem*. p.40-41.

<sup>29</sup> *Ibidem*. p.41.

<sup>30</sup> *Ibidem*. p.42.

a necessidade de segurança e previsibilidade essencial ao positivismo <sup>31</sup>. Esta observação será referida muitas vezes ao longo do trabalho.

É interessante notar neste ponto que o chamado neoconstitucionalismo não passa muito longe dessa ideia que enxerga uma combinação de tipos de pensamento jurídico. O neoconstitucionalista, fazendo o caminho inverso do positivista kelseniano, muitas vezes representa o papel de um normativista em seu ponto de partida e um decisionista no seu ponto de chegada. Parte de uma norma jurídica dada (agora constitucional) para chegar à uma decisão que, segundo a sua convicção, é a que melhor reflete os valores constitucionais, ou seja, nada muito distante do voluntarismo.

De acordo com Ronaldo Porto Macedo Júnior, num primeiro momento, Carl Schmitt, inspirado no romantismo alemão e na “*teoria do Estado total*”, afirma que o decisionismo é puro *occasio*, ou seja, sem qualquer causa ou fundamento metafísico, teológico ou moral humanitária, demonstrando assim o seu relativismo moral <sup>32</sup>. A decisão nasce do nada e não se reporta a qualquer causa natural ou transcendental <sup>33</sup>.

O pensamento schmittiano desta primeira fase parece guardar muita similitude com um pensamento contemporâneo conhecido como “*pluralismo sociológico*” <sup>34</sup>, bastante conhecido do constitucionalismo global, que será abordado mais a frente.

Posteriormente, num segundo momento, Carl Schmitt teria passado a admitir que a “decisão soberana acaba com o caos e instaura uma normalidade que poderá se transformar conforme a dinâmica das instituições”, de maneira que, ainda segundo o seu comentarista, “a vida social da ordem concreta influencia diretamente a decisão soberana que, deste modo, não mais seria fruto de um puro e simples nada” <sup>35</sup>. Esta seria então a segunda fase do pensamento do autor alemão, a fase de um “decisionismo mitigado” ou a fase do “institucionalismo schmittiano”, institucionalismo porque o autor teria abandonado o caos para tentar “determinar os critérios de formação de conteúdo na esfera política e jurídica a partir da dinâmica social” <sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> *Apud* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.p. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.43-44.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p.49-51.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p.54.

<sup>34</sup> A doutrina do “*emotivismo ético*”, uma variante do “*pluralismo sociológico*”, parece uma versão contemporânea do decisionismo schmittiano quando defende uma “*decisão de poder (não um ‘decido porque posso’, mas um ‘posso porque decido’)*”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p.52.

<sup>35</sup> *Apud* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.p. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.54.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p.55.



Diante da insuficiência do normativismo, o decisionismo schmittiano tem povoado não apenas a dogmática jurídica, mas também a própria política contemporânea, reduzindo o debate jurídico-político à empobrecida dicotomia ideológica do “*amigo-inimigo*”. E nem mesmo a melhor doutrina em teoria política tem conseguido escapar da sua influência <sup>37</sup>.

### 1.1.2.3. O pensamento institucional

Por fim, importa analisar o pensamento do tipo institucional, cujo precursor foi o francês Maurice Hauriou, para quem as instituições representariam no Direito a duração e continuidade do real, sendo fundadas sobre um tipo específico de poder dentro do qual está pressuposto um tipo de consenso que, uma vez dado pelo sujeito, seria válido juridicamente <sup>38</sup>.

Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior, o institucionalismo jurídico de Maurice Hauriou é uma tentativa de superar o conflito entre o subjetivismo e o objetivismo. Enquanto o direito subjetivo representar “tudo aquilo que no direito é fundado na vontade consciente de determinados sujeitos” (exemplo do contrato), o direito objetivo, por sua vez, representa tudo aquilo que no direito se constitui independentemente da vontade consciente de sujeitos determinados e que por isso parece se fundar em si mesmo (exemplo do direito consuetudinário) <sup>39</sup>.

Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior, até o século XIX o Direito era concebido como um conjunto de elementos híbridos, subjetivos e objetivos, sobrevivendo então, a partir de 1850, a fase do ultrassubjetivismo com autores como Hans Kelsen, Carl Schmitt (da sua primeira fase) e Jellinek, este último idealizador da concepção de regras de Direito como volições subjetivas da pessoa do Estado, remontando assim as concepções clássicas hobbesiana e rousseauiana segundo as quais a lei era a expressão da vontade geral, ideia esta que, embora própria da filosofia política, teria sido transposta para o Direito de maneira generalizada, o que, segundo o jurista, teria sido um ato de imprudência na visão de Maurice Hauriou em razão da facilidade de incorporação de regras e regulamentos elaborados pelo

---

<sup>37</sup> A melhor doutrina em teoria política, ao se prender à metodologia schmittiana, parece ter perdido a oportunidade de tirar melhor proveito da filosofia aristotélica e tomista. BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>38</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.p. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.82.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p.82-83.

Estado, admitindo assim o Direito como um produto da vontade estatal<sup>40</sup>. Esta fase de “*ultrassubjetivismo*” parece ter acabado por identificar o Direito com o Estado, integrando assim a chamada “*doutrina da estatalidade do direito*”<sup>41</sup>.

Como reação, continua o jurista, Leon Duguit defendeu a ideia “*hiperobjetivista*” segundo a qual a regra do direito, como coisa em si mesma, se torna a base de toda a existência jurídica, de maneira que as ações humanas podem gerar efeitos jurídicos somente se conformes as regras do Direito<sup>42</sup>.

Como se percebe, a questão passa a ser posta entre dois extremos: de um lado, o “*superssubjetivismo*” (ou “*ultrassubjetivismo*”) e de outro o “*hiperobjetivismo*”. É neste contexto que Maurice Hauriou cria o seu institucionalismo jurídico (aqui denominado de clássico), tentativa de, como referido antes, superar este conflito, conciliando os elementos subjetivos e objetivos. Desde já, portanto, se deve admitir, não é de se estranhar o acolhimento das soluções híbridas (ao menos, não extremas) no presente trabalho.

O conceito de instituição formulado por Maurice Hauriou é importante:

[...] uma instituição é uma ideia de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos.<sup>43</sup>

Esta definição é semelhante àquela retirada por Santi Romano, para quem a última formulação do jurista francês, contida nos seus *Principles de droit public*, considera instituição como:

[..]toda ordem permanente através da qual, no interior de um determinado grupo social, os órgãos que dispõem de um poder de dominação são colocados a serviço dos objetivos que interessam ao grupo, por meio de uma atividade coordenada com aquela do conjunto do grupo.<sup>44</sup>

É curioso notar que foi justamente numa questão contratual que a teoria da instituição de Maurice Hauriou foi desenvolvida, especialmente no seu ensaio sobre a imprevisão nas relações contratuais (a teoria da imprevisão). Segundo o jurista francês, foi exatamente a “instituição do serviço público” o elemento fundamental que permitiu a

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.83-84.

<sup>41</sup> Sobre os principais autores dessa doutrina, vide: REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5ª edição, rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 217-264.

<sup>42</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.84.

<sup>43</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p. 19.

<sup>44</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Rì Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.80, conforme nota do tradutor.

incorporação da teoria da imprevisão no direito administrativo, demonstrando assim que no contrato por si só não haveria elementos capazes de justificar a socialização dos riscos, de maneira que somente a teoria da instituição poderia oferecer uma resposta capaz de explicar a existência de interesses e o chamado risco comum, ou seja, a comunhão de ideias e a comunidade de interesses, gerando assim uma equação que imporá um padrão de justiça distributiva que estabelecerá os riscos comuns<sup>45</sup>.

Em outras palavras, a insuficiência do contrato exigiu a elaboração de uma teoria (a teoria da imprevisão) que fosse capaz de resolver um problema grave de injustiça dentro do direito administrativo a partir de uma mudança radical de perspectiva, ou seja, a partir de uma mudança de pensamento jurídico (para o tipo institucionalista).

Existe alguma semelhança entre esta situação e o impacto da pandemia de coronavírus (COVID-19) em 2020 sobre os contratos administrativos?<sup>46</sup>

Não à toa, não se pode se deixar impressionar com propostas extremistas que depositam toda a confiança no contratualismo como solução para superar o Estado arbitrário e garantir a emancipação da sociedade contemporânea. A propósito, é interessante notar as ressalvas que a doutrina mais dedicada ao estudo do contrato faz em relação à tendência do fenômeno da chamada Administração Consensual como panaceia e como um fim em si mesmo<sup>47</sup>.

A noção de serviço público, que crescia à época para incorporar a ideia de continuidade do serviço e de comunhão de interesses comunitários, serviu de matéria prima para o desenvolvimento da teoria instituição, pois o serviço público fora considerado uma instituição incorporada ao contrato. Assim, o fundamento da obrigação de repartir o risco do contrato (a “teoria da imprevisão”) não estaria no contrato em si, mas sim na instituição (do serviço público) implicitamente incorporada no contrato.

---

<sup>45</sup> *Apud* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.85-86.

<sup>46</sup> Hoje se discute se a “teoria da imprevisão” é suficiente para oferecer respostas aos impactos da pandemia nos contratos administrativos. Não parece que o seja e, embora a norma jurídica também não o seja, o fato é que esta insuficiência foi reconhecida no PLS 2.139/2020 em discussão no Congresso Nacional com a pretensão de dispor sobre um “regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas contratuais da Administração Pública, no período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19)”. Vide e.g. o Webinar “Contratos administrativos e a Covid-19” em <https://zoom.us/j/94408460981>, acesso em 27/05/2020.

<sup>47</sup> Por todos, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.343-347, que inclusive transcreve a fórmula de Jean-Pierre Gaudin, segunda a qual se corre o risco de que se tenha “a *res publica* progressivamente substituída pelas formas difusas de uma cidadania privada”.

Sintomática da visão institucionalista é a adoção de critérios de regulamentação mais flexíveis fundados em padrões de normalidade, como as diretivas ou os *standards*, largamente utilizados no direito anglo-saxão como forma de autolimitação do poder da própria Administração Pública <sup>48</sup>. O *standard* não diz o que deve ser feito, nem enuncia regras de conduta na lógica binária do tipo permitido-proibido; antes, oferece uma medida justa (média) da conduta que deve ser adotada em cada caso concreto, sendo assim uma regra de julgamento, algo similar aos “princípios gerais do direito” (que não devem ser confundidos com os princípios jurídicos), harmonizando e integrando os interesses existentes na sociedade <sup>49</sup>.

Ainda nesse contexto, é marcante a diferença de concepção de justiça entre o pensamento institucionalista e o liberal clássico, pois, enquanto para este último a autonomia da vontade não teria ligação com qualquer fundamentação racional, para o primeiro, as vontades dos contratantes estão submetidas a um objeto, de modo que não há vontade que não se curve a este objeto, sendo importante, para o institucionalismo, o estudo da estrutura interna do ato jurídico, restando afastados assim o subjetivismo e o voluntarismo e, conseqüentemente, o decisionismo-voluntarista <sup>50</sup>.

No pensamento institucionalista, o Direito se conecta à sociologia, introduzindo uma mudança de chave (de método) importante, deixando de ser estudado como mera realidade formal e passando a ser uma realidade social <sup>51</sup>. O salto dogmático (da “*terceira pessoa*” para a “*segunda pessoa*”) é realmente muito importante, mas ainda insuficiente sob o ponto de vista ético (da “*primeira pessoa*”), conforme será exposto.

Segundo Georges Renard, é a ideia – o fim que ela representa (o bem comum) – que faz a instituição, que se enraíza no interior do meio humano informado, organizado e diferenciado, no qual se faz surgir um poder (autoridade). A instituição é uma fonte de poder e autoridade; a instituição é a sede de uma autoridade <sup>52</sup>.

É muito interessante observar a relação entre o pensamento institucionalista e a ideia de autoridade. Não é difícil perceber que a autoridade, de acordo com a abordagem institucionalista, não está no sujeito propriamente que a exerce, mas sim na ou função ou fim (*telos*) a que ela se destina, qual seja, a organização do poder. E como cada instituição é sede

---

<sup>48</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.90-91.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p.93.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.94-96.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.97.

<sup>52</sup> *Apud* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.98.

de uma autoridade, se torna possível a coexistência de diversas fontes de Direito, ou seja, se torna possível o pluralismo jurídico (contraposto ao monismo estatista), o que de alguma forma também leva, de um lado, à diluição da importância de quem exerce a autoridade (sujeito) e, de outro lado, ao aumento da importância da finalidade a ser almejada.

O pluralismo jurídico, de uma maneira geral, não pode ser confundido com o institucionalismo, havendo mais de um tipo de pluralismo<sup>53</sup>. Contudo, o institucionalismo, ao menos em Santi Romano, parece ter como pressuposto exatamente o pluralismo, confundindo-se com ele. Esta questão, porém, deve ser objeto de melhor análise mais a frente. Por ora, basta apenas traçar os contornos do que se pode entender por cada um dos três tipos de pensamento jurídico (normativista, decisionista e institucional) e a adoção no presente trabalho daquele de tipo institucionalista com o seu viés organizativo de autoridade, ou seja, a organização de um poder em torno de uma ideia<sup>54</sup>.

É este tipo de pensamento jurídico que se pretende adotar no presente trabalho, o que significa uma mudança radical do próprio ângulo de abordagem metodológica do tema, em geral tratado sob o viés normativista.

## 1.2. AS CONCEPÇÕES AMPLA E RESTRITA: A “*CRISE*” DO ATO ADMINISTRATIVO

É chegado o momento de revisitar a concepção de ato administrativo, especialmente no Brasil onde, por não vigorar o sistema do contencioso administrativo continental europeu, ele não tem importância para a definição da competência jurisdicional.

Não à toa, é importante um esforço por entender o contexto e a partir de que tipo de pensamento jurídico as concepções de ato administrativo foram produzidas pela doutrina. E a teoria institucional clássica abordada acima pode ter um peso decisivo na revisão da concepção de ato administrativo, mormente num sistema de jurisdição única em que o controle judicial é (ou deve ser) amplíssimo, como no Brasil.

Nesse passo, em que pese a importância da discussão sobre uma concepção de ato administrativo ser maior no sistema continental europeu, ela também parece ser útil para a doutrina brasileira, já que pode contribuir para uma melhor compreensão de um categoria jurídica que foi importada para ser aplicada num sistema completamente diferente daquele em

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.176.

<sup>54</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.111.

que foi concebida. Os riscos no processo de adaptação do ato administrativo entre os sistemas, com efeito, parecem ser relevantes e devem ser minimamente analisados.

A doutrina europeia destaca que no sistema do contencioso administrativo parecem existir duas principais concepções de ato administrativo, de um lado, as amplas e, de outro, as restritas. De uma maneira geral, a concepção ampla considera o ato administrativo como uma atuação simplesmente produtora de efeitos jurídicos (escola ou concepção francesa), enquanto a concepção restrita considera ato administrativo apenas os atos recorríveis que sejam reguladores ou produtores de efeitos jurídicos novos (escola ou concepção alemã).

A primeira concepção, que também acaba por sofrer uma subdivisão entre atos recorríveis e atos não recorríveis, é adotada fora da França pela doutrina majoritária de Portugal<sup>55</sup>, Espanha e Itália. Já a segunda concepção é adotada majoritariamente na doutrina alemã e austríaca<sup>56 57</sup>.

A concepção ampla de ato administrativo nasce no direito francês, estando diretamente ligada ao sistema do contencioso administrativo, ou seja, acaba por constituir critério de fixação de jurisdição, de modo que é considerado ato administrativo toda e qualquer atuação da Administração Pública que, imune de qualquer controle pelos tribunais comuns, estava consequentemente sujeita a um contencioso privativo.

A doutrina narra que o contencioso administrativo foi o resultado de uma interpretação heterodoxa da separação de poderes que confundia o julgar com o administrar, criando assim um “sistema do administrador-juiz”, resquício ainda do Antigo Regime, que estava apoiado numa concepção de Estado renascentista segundo a qual era necessário concentrar e unificar o poder, antes disperso por toda a sociedade, concepção esta associada à ideia de soberania de Jean Bodin como “*potência absoluta e perpétua de uma república*” e temperada, por sua vez, pelos ideais rousseauiano e hobbeseniano de democracia enquanto

---

<sup>55</sup> Em Portugal, defende o retorno à uma concepção restrita (reguladora), mas sem uma visão autoritária: ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A teoria do acto e a justiça administrativa**. Coimbra: Almedina, 2006. p.124. Também defende a concepção restrita, embora criticando a “definitividade” e a “executoriedade”: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Ivridica n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra, p.1189-1220.

<sup>56</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.333-335.

<sup>57</sup> Segundo Luiz Cabral de Moncada, a doutrina majoritária alemã critica o conceito restrito clássico de Otto Mayer. In: MONCADA, Luis S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 245, nr. 300. Na verdade, ao que parece, a doutrina alemã se dispersou em diversas correntes, desde aquelas que defendem um retorno à concepção restrita até aquelas que defendem a substituição pela teoria da relação jurídica. O próprio Luiz Cabral de Moncada, embora diga que defende uma concepção ampla do ato administrativo, parece confundi-la com a teoria da relação jurídica.

pacto social como origem do poder, ou seja, uma explicação imanente do poder político fundamentando o Estado na vontade das pessoas que formam a sociedade <sup>58</sup>.

E narra ainda que, paradoxalmente, o contencioso administrativo foi resultado também dos ideais liberais de John Locke e Montesquieu, segundo os quais era preciso limitar o Estado, dando origem assim a um Estado com uma “*costela autoritária*” e outra “*costela liberal*” <sup>59</sup>.

É de fato interessante notar, conforme observa a doutrina, como os ideais do liberalismo político deram origem a sistemas administrativos radicalmente tão diferentes, um de “tipo inglês” (jurisdição uma) e outro de “tipo francês” (contencioso administrativo), ambos com raízes comuns na obra de Montesquieu, *De l’Esprit des Lois*, que foi confeccionada a partir da experiência inglesa e a partir do princípio da separação de poderes enunciado por John Locke <sup>60</sup>.

A observação é muito importante.

A doutrina aponta que a diferença essencial entre os dois sistemas está no fato da Inglaterra desconhecer a noção de Estado, noção esta decisiva para o sistema francês, existindo em seu lugar poderes públicos (coroa e parlamento) como corpos distintos e em concorrência entre si, sem que seja atribuído a quaisquer deles uma superioridade para estabelecer a ordem, sendo, ao contrário, ambos dotados de uma substantividade independente da qual resulta uma mera relação (horizontal e não hierárquica) que mantém íntegra as suas individualidades; e da mesma forma são vistos os tribunais, como órgãos e expressões do “direito da terra”, que não é estatizado, mas sim produto do costume e das decisões judiciais. No sistema francês, diferentemente, a separação de poderes vai ser entendida a partir de uma noção unificadora (centralizadora e hierárquica) de Estado <sup>61</sup>.

A doutrina destaca que os revolucionários franceses alteraram a concepção inicial da separação de poderes, confeccionando uma concepção de poder (simplificado, dogmatizado, estatal, ou seja, um fim em si mesmo) que não coincidia com a concepção de poder (*puissance*) de Montesquieu, mais voltada para os grupos sociais, como meio de atingir para uma sociedade mista <sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. p.11-15.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p.16-17.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p.17-18.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p.18-19.

Como se percebe, o paradoxo apontado pela doutrina <sup>63</sup> é só aparente.

É aparente porque as “costelas” não são tão diferentes como se poderia imaginar. Na concepção francesa de separação de poderes, a arbitrariedade que permeia o conceito de poder estatal é a mesma – exatamente a mesma - arbitrariedade que permeia o conceito de liberdade. Autoritarismo e liberalismo (à francesa) no fundo representam a mesma coisa. Representam a ideia de que tanto o Estado quanto o indivíduo podem fazer o que bem entenderem, ao bel-prazer, sem precisar justificar a legitimidade substancial das suas escolhas.

Para compreender esse detalhe, é necessário entender que os conceitos de poder e de liberdade à francesa são conceitos muito peculiares construídos num tempo e espaço determinado (da França pré-revolucionária), não coincidindo com o resto da Europa, e.g. da Inglaterra e de Portugal <sup>64</sup>.

Enquanto o conceito de poder à francesa foi cunhado pela doutrina absolutista de Jean Bodin (“*potência absoluta e perpétua de uma república*”), o conceito de liberdade à francesa, por sua vez, foi construído com base na concepção de autonomia absoluta do indivíduo que não precisava dar a menor satisfação para ninguém, nem buscar justificar a legitimidade substancial das suas escolhas <sup>65</sup>.

Em suma, não existe paradoxo.

É com muito cuidado, portanto, que se deve interpretar o *puissance publique* no direito administrativo, eis que ele não necessariamente está ligada à ideia de um poder estatal, autoritário, arbitrário, podendo, em vez disto, estar associado à uma concepção de poder não estatal, não autoritário e por vezes até mais legítimo substancialmente do que o próprio poder

---

<sup>63</sup> A doutrina neoconstitucionalista também identifica um aparente paradoxo ao criticar o papel central da lei (“*légicentrisme*”) em detrimento dos direitos humanos, dizendo que “*los derechos naturales de los hombres, de los que partía la Déclaration, conducían a la soberanía de la ley, producida con el concurso de los ciudadanos*”, operando assim uma “*tutela no de los derechos, sino de la ley*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.53.

<sup>64</sup> Em Portugal, e não apenas na Inglaterra, a legitimação do poder do rei dependia tanto do direito consuetudinário quanto da vontade popular, o que demonstra que historicamente o conceito de poder e de liberdade português nem sempre coincidiu com o conceito absolutista francês. Vide: BOEIRA, Marcus Paulo Ryncembel. **A Escola de Salamanca e a fundação constitucional do Brasil**. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2018. p.104-123.

<sup>65</sup> O conceito de liberdade à francesa - como autonomia absoluta - representa apenas um tipo de liberdade dentre tantos outros e, embora tenha se difundido de maneira generalizada para o resto dos países ocidentais, não pode ser tido por óbvio e incontestável. Tanto não o é que existe uma concepção inglesa de liberdade que é bem diferente e subsiste até os dias de hoje. A revisão do conceito de liberdade é um dos pressupostos-chave da tese e será retomado mais a frente. Por ora, é possível antecipar apenas que o conceito de liberdade à francesa representa apenas como que uma “*liberdade da indiferença*” que pode se transformar numa “*liberdade de qualidade*”. A pandemia do COVID-19 pode representar uma grande oportunidade para essa revisão do conceito de liberdade à francesa. Para uma breve síntese sobre o conceito de “*liberdade-autonomia*”, cf.: BOEIRA, Marcus Paulo Ryncembel. **A natureza da democracia constitucional: um estudo sobre as 5 causas da democracia na CRFB/88**. Curitiba: Juruá, 2011. p.36-38.



estatal. Talvez algo muito próximo da concepção institucionalista de poder organizado (vide *infra*: 1.4.1.1.).

Eis a síntese da concepção inicial francesa do *acte administratif*. Eis o que teria sido, segundo o português Vasco Pereira da Silva, o “*pecado original*” do direito administrativo nascido do contencioso administrativo francês<sup>66</sup>.

Mais tarde, esta concepção ampla foi sendo limitada (não se trata da concepção restrita ainda) para distinguir os “*atos de autoridade*” dos “*atos de gestão*”, sendo os primeiros considerados atos administrativos “*por natureza*” e os segundos, atos administrativos apenas “*por determinação legal*”. Em outras palavras, a partir de então nem todos os atos “*da*” Administração Pública<sup>67</sup> eram considerados atos administrativos, de maneira que se passou a admitir o controle judicial (fora do contencioso administrativo) daqueles atos de gestão não declarados imunes pela lei.

Paralelamente a essa limitação, a doutrina francesa passou a distinguir (agora sim) o ato administrativo “*em sentido amplo*” e ato administrativo “*em sentido restrito*”, sendo este último o ato administrativo propriamente dito, posto que executável (a chamada “*decisão executória*”) e, conseqüentemente, sujeito a recurso dentro do contencioso administrativo, razão pela qual também recebe a denominação de “*ato recorrível*”; enquanto todos os demais atos administrativos produtores de efeitos jurídicos passam a ser considerados atos administrativos em “*sentido amplo*”<sup>68</sup>.

É nesse contexto que Maurice Hauriou vai definir o ato administrativo como “qualquer decisão destinada a produzir efeito jurídico, emitida pela autoridade administrativa na forma executória”<sup>69</sup>.

Atualmente, a doutrina francesa mantém a distinção, tendo, contudo, substituído a ideia de ato executório caracterizado pela execução forçosa pela ideia de ato executório

---

<sup>66</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. p.11-28; 574, entre outros.

<sup>67</sup> Esta parece ser a origem da distinção feita, indevidamente, até os dias de hoje entre atos administrativos e atos da Administração. Criticando a distinção, vide: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Ato administrativo e ato da administração: existe ainda algum sentido nesta distinção? In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Direito Administrativo Brasileiro**: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.71-87.

<sup>68</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. p.575.

<sup>69</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. 2003, p.581.

caracterizado pela unilateralidade <sup>70</sup>. Em outras palavras, a doutrina substituiu a autoexecutoriedade pela unilateralidade <sup>71</sup>.

Os atos administrativos “*em sentido amplo*”, nesse passo, são meros produtores de efeitos jurídicos e não possuem efeito regulador, ou seja, não visam criar, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas; ao contrário dos atos administrativos em “sentido restrito”, também denominados “decisões executórias”, os quais têm este poder de alterar unilateralmente a ordem jurídica, criando, modificando ou extinguindo essas relações jurídicas <sup>72</sup>.

Outra parte da doutrina francesa distingue os atos administrativos de forma tripartite: *i)* atos administrativos “*não unilaterais*”, *ii)* atos administrativos “*unilaterais*” e *iii)* “*decisões executórias*”. Segundo esta concepção, *i)* os primeiros são todas as atuações da Administração Pública na sua acepção mais ampla, abarcando os atos administrativos bilaterais, os atos de gestão privada, os atos não lesivos, os atos preparatórios, os atos (chamados de medidas) posteriores ao ato; enquanto *ii)* os segundos são aqueles que são lesivos aos particulares na medida em que afetam (mas não modificam) o ordenamento jurídico; e *iii)* os terceiros são aqueles que modificam o ordenamento jurídico, criando, modificando ou extinguindo essas relações jurídicas. Este último (*iii)* seria a “*quintessência*” do ato administrativo unilateral, um ato administrativo “*reforçado*”, uma vez que não apenas pode afetar, mas também modificar o ordenamento jurídico <sup>73</sup>.

A doutrina italiana, por sua vez, adota uma concepção ampla de ato administrativo. Segundo Giuseppe Chiovenda, ato administrativo é a “atividade administrativa emanada de um órgão da Administração, no exercício de funções administrativas, e possuindo relevância jurídica” <sup>74</sup>, no que está compreendida uma grande variedade de atuações administrativas, como os atos materiais, as omissões, os atos de gestão privada, os atos internos etc.

O jurista italiano critica, desta forma, as concepções restritivas tanto do alemão Otto Mayer como do francês Maurice Hauriou, as quais, segundo ele, adotam, respectivamente, a ideia de “declaração de direito” típica das sentenças judiciais e a ideia de “decisão executória” que não compreende diversas outras atuações administrativas (preparatórias, de execução pura etc.).

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, p.576.

<sup>71</sup> O espanhol José Maria Boquera Oliver também destaca essa evolução operada na doutrina francesa do conceito de *décision exécutoire* de Maurice Hauriou, de executoriedade para unilateralidade. BOQUERA OLIVER, J.M. *Critério conceptual del derecho administrativo*. RAP, nº42, (1963), p.121 e ss. p.496-501.

<sup>72</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. p. 576-577.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 577-578.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

No mesmo sentido, Guido Zanolini adota uma concepção ampla de ato administrativo que compreende “qualquer declaração de vontade, de desejo, de conhecimento, de juízo, realizada por um sujeito da Administração Pública no exercício de um poder (potestà) administrativo”<sup>75</sup>.

Somente num momento posterior é que a doutrina e jurisprudência italianas passaram a distinguir os atos administrativos num sentido amplo, chamado de “*atto amministrativo*” e num sentido restrito, chamado “*provvedimento*”, este último um ato administrativo “*por excelência*”, já que fruto do poder (*potestà*) da Administração Pública, passível, portanto, de impugnação<sup>76</sup>, o que, segundo Vasco Pereira da Silva, representa uma visão “*atocêntrica*” que hipervaloriza o produto final da vontade administrativa em detrimento da atuação procedimental<sup>77</sup>.

Coube ao italiano Sabino Cassese a tarefa de resgatar a concepção ampla de ato administrativo da doutrina italiana para conter essa subalternização do procedimento (*atto amministrativo*) em relação ao produto final (*provvedimento*), destacando inclusive que o procedimento pode ser concluído não apenas com um ato administrativo, mas também através de outras formas, como o contrato ou qualquer outro módulo negocial<sup>78</sup>, no que parece ter razão<sup>79</sup>.

Na doutrina espanhola, Fernando Garrido Falla adota a concepção ampla italiana, especialmente de Guido Zanolini, destacando que somente os atos que emanam da Administração Pública são verdadeiramente atos administrativos, ou seja, adota expressamente um “*critério orgânico*” para o ato administrativo (tão somente aquele praticado pela Administração Pública)<sup>80</sup>, concepção esta que posteriormente também vai sofrer a mesma distinção entre atos principais, definitivos e recorríveis e atos de procedimento, não definitivos e não recorríveis.

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p.582.

<sup>76</sup> Citando MASSIMO SEVERO GIANNINI e ALDO MAZZINI SANDULLI, vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. p.582-583.

<sup>77</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.583.

<sup>78</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** Coimbra: Almedina, 2003. p.584-585.

<sup>79</sup> A doutrina argentina também percebeu a necessidade de adotar como critério de caracterização do ato administrativo a simples produção de efeitos jurídicos perante terceiros, mesmo na fase preparatória interna da Administração Pública. CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974., p.100.

<sup>80</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** Coimbra: Almedina, 2003. p.585.

Na mesma linha, os espanhóis Eduardo Garcia de Enterría e Tomás - Ramón Fernández também adotam a concepção de Guido Zanobini, embora dela excluam expressamente os regulamentos<sup>81</sup>. Outros juristas espanhóis, apesar de adotar uma concepção ampla, acabam por fazer a distinção entre um ato mais amplo abrangente de toda a atividade administrativa e um ato mais restrito, de natureza processual, recorrível, portanto<sup>82</sup>.

Mas há também uma doutrina minoritária, encabeçada por Ramón Parada, que adota uma concepção restrita de ato administrativo que é muito parecida com a do “*provvedimento*” italiano e com a “*décision exécutoire*” francesa, de maneira a equiparar ato administrativo e ato recorrível, criticando como consequência a doutrina majoritária espanhola que adota a concepção ampla de Guido Zanobini<sup>83</sup>.

Na mesma linha, o espanhol José Maria Boquera Oliver defende uma concepção restrita de ato administrativo que é mais próxima da concepção francesa de “decisão executória”<sup>84</sup>, segundo a qual o “acto administrativo es pues, la declaración de voluntad que crea unilateralmente e impone consecuencias jurídicas a um sujeto o sujetos por presumirse, com presunción iuris tantum, su legalidade”<sup>85</sup>.

A concepção restritiva de ato administrativo, contudo, parece ter ganhado outra dimensão dogmática - muito maior - na doutrina alemã, fruto da sua concepção de ato administrativo feito sentença judicial (herança de Otto Mayer), criador de direitos e deveres para os particulares, concepção na qual a modificação do ordenamento jurídico é a tônica<sup>86</sup>. Segundo essa concepção, não poderiam ser considerados atos administrativos, entre outros, os atos materiais, as atuações fáticas, os atos preparatórios, os atos confirmativos, os atos de gestão privada e os contratos administrativos<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, p.586-587. O jurista português ressalta em nota de rodapé (NR.1) essa peculiaridade dos autores espanhóis de excluir os regulamentos da concepção de ato administrativo. Ao contrário do próprio direito positivo argentino (Lei 19.549/72), que inclui os regulamentos, esta também parece ser a tendência da doutrina e.g. de CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974., p.101-109.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p.588-589.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p.589-590.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p.590.

<sup>85</sup> BOQUERA OLIVER, J.M. *Critério conceptual del derecho administrativo*. RAP, nº42, (1963), p.121 e ss. p.18.

<sup>86</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.592. Questionando a tese segundo a qual Otto Mayer identificava o ato administrativo à sentença judicial, cf.: MONCADA, Luis S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 331 e 333. Também explicando que Otto Mayer não identificava conexão necessária entre ato administrativo e comando, mas apenas entre ato administrativo e definição de direitos, cf.: GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.605.

<sup>87</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.593-594.

A partir dessa concepção restrita de ato administrativo (*Verwaltungsakt*), a doutrina alemã desenvolveu todo um arcabouço teórico que fosse capaz de garantir uma proteção jurídica eficaz do cidadão contra a Administração Pública, do qual resultou um conceito legal de ato administrativo que tem os seguintes elementos: *i*) proveniência da Administração Pública (elemento orgânico), *ii*) caráter jurídico público (afastando as atuações privadas da Administração Pública), *iii*) unilateralidade (afastando os atos bilaterais), *iv*) natureza reguladora (afastando os atos materiais), *v*) concretude (afastando os regulamentos) e *vi*) eficácia externa (afastando os atos internos)<sup>88 89</sup>.

Como se percebe, esta noção abrange todos os atos produtores de efeitos jurídicos novos (os atos modificativos ou reguladores), os atos de comando, os atos constitutivos, os atos simplesmente declarativos, neste último caso, dentro da ideia de ato administrativo feito sentença judicial que afasta incertezas<sup>90</sup>.

Consequentemente, ficam excluídas do conceito legal diversas situações que a teoria não pode abarcar como os atos desprovidos de caráter regulador, dando margem assim ao surgimento de lacunas (de vácuos) que a realidade fática por assim dizer não perdoa<sup>91</sup>, dando origem à chamada “*crise*” da concepção restrita do ato administrativo.

O dogmatismo jurídico às vezes não desiste de tentar formular soluções teóricas alternativas para todas as situações da realidade que não consegue enquadrar na teoria encampada na norma jurídica, criando, neste contexto, expedientes teóricos (subterfúgios por assim dizer) que, não conseguindo enquadrar determinados fatos no conceito restrito de ato administrativo, acabam construindo conceitos pouco claros como “atividade soberana”, atos materiais etc.<sup>92</sup>.

Esses mecanismos teóricos por assim dizer totalizantes, omnicomprensivos etc. caminham na contramão da concepção institucional do Direito exatamente por desprezarem a realidade das coisas, criando como consequência um risco que poderia ser evitado. O perigo que a concepção restrita do ato administrativo criou para o cidadão não pode ser

---

<sup>88</sup> *VwVfG* - §35- *Considera-se ato administrativo toda a disposição, decisão ou outro medida do poder público emitida por uma autoridade para regular um caso concreto, no âmbito do direito público, e que visa produzir diretamente efeitos jurídicos externos.* (tradução de Jorge Alves Correia e Andreas Isenberg. A Lei Alemã do Procedimento: guia de leitura e anotações. 2016).

<sup>89</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Almedina, 2003. p.594-595.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p.595-596.

<sup>91</sup> Exemplo de como a teoria não explica a realidade dos fatos.

<sup>92</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Almedina, 2003. p.602.

desconsiderado, uma vez que teve o efeito de criar embaraços que levaram a uma limitação do controle judicial de uma parte expressiva da atividade administrativa, alcunhada muitas vezes de atividade “*informal*”<sup>93</sup>.

Este é apenas um dos muitos efeitos nocivos de uma visão normativista pura do tipo kelseniano: jogar para a “*informalidade*” (clandestinidade, extrajuridicidade) parcela considerável da realidade dos fatos, desprezando assim múltiplas atividades administrativas desempenhadas no mundo real que afetam diretamente a vida das pessoas<sup>94</sup>.

É por isso que a visão do tipo institucionalista clássico de Maurice Hauriou e Santi Romano merece ao menos a chance de demonstrar que também sabe e pode lidar com o Direito, ou seja, que também merece ser considerada uma ciência dogmática exatamente por enxergar o Direito tal como ele “é” na realidade concreta das coisas e não como ele “deveria ser”, papel reservado à filosofia.

Os efeitos nocivos do conceito restrito de ato administrativo (*Verwaltungsakt*) foram tão graves que persistem até os dias de hoje, época em que se percebe que o ato administrativo ainda está associado à ideia de autoritarismo (de ato autoritário), a ponto da doutrina, especialmente a alemã, por assim dizer abandonar o barco do ato administrativo<sup>95</sup> para construir novos esquemas teóricos (e.g. da teoria da relação jurídica), que, sendo omnicompreensivos (característica que é negativa e não positiva, como defende a doutrina) ou não passam pelo teste da realidade fática ou se tornam instrumentos abstratos estéreis.

É interessante notar que, apesar da nocividade da doutrina do “*ato regulador*”, a jurisprudência e, posteriormente, o legislador alemão logo trataram de consertá-la, abrindo a possibilidade de garantir proteção jurisdicional contra qualquer atuação do poder soberano (art. 19, IV, da Lei Fundamental)<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> A doutrina portuguesa mais próxima do pensamento legalista alemão defende e.g. que “*só nos caos mais graves de afectação dos direitos dos particulares será de exigir uma adequada previsão legislativa*”, de maneira que os demais atos informais (não graves?), como as recomendações, avisos etc. somente podem ser desafiados “*através do instituto da responsabilidade extracontratual da Administração*”. MONCADA, Luis Cabral de, A reserva de lei no actual direito público alemão. In: **Estudos de Direito Público**. p. 103-117. Editora Coimbra. Coimbra, 2001, p.116.

<sup>94</sup> Ainda que a moderna doutrina de matriz kelseniana tenha evoluído de uma concepção estática para uma concepção dinâmica da norma jurídica e, conseqüentemente, do ato administrativo, passando a admitir um “momento político”, ainda assim não parece capaz de explicar este “momento político” sob o ponto de vista interno do agente, uma vez que permanece o caráter “*punitiforme*” próprio do normativismo. Conforme será exposto, a ética aristotélica da “*primeira pessoa*” quebra esta lógica, permitindo enxergar o ato administrativo em movimento e sob o ponto de vista interno do agente.

<sup>95</sup> A ilustração serve para dizer que parte significativa da doutrina alemã, na tentativa de jogar ao mar o excesso de peso do barco, jogou fora a própria roda do leme e, ao abandonar o barco (em vez de tentar consertar o timão), acabou por embarcar num bote salva-vidas sem leme.

<sup>96</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.602.

Ocorre que nem mesmo o comando constitucional <sup>97</sup> foi capaz de arrefecer a convicção restritiva da doutrina alemã, que acabou por se dispersar em diversas outras correntes, ora para alargar o aspecto processual do ato administrativo e ao mesmo tempo desvalorizar a importância do ato administrativo (aspecto substancial), ora para substituí-lo por outra categoria (a da relação jurídica), ora para insistir no resgate do “paradigma perdido” do modelo de Otto Mayer <sup>98</sup>.

Vasco Pereira da Silva utiliza as expressões “*hamletianas*” e “*kafkianas*” para definir a miscelânea causada pela atual doutrina alemã que reconhece, note, “*não atos que são atos, ou que (não sendo) é como se fossem*” <sup>99 100</sup>.

É por isso que Vasco Pereira da Silva acaba por concluir – com total razão – que a “*crise*” do ato administrativo é, na verdade, uma “*crise*” da sua concepção restritiva, que é incapaz de lidar com as novas realidades da Administração prestadora e infraestrutural, lançando mão de “*expedientes teóricos*” por assim dizer heterodoxos (verdadeiros subterfúgios) como o conceito de “*ato bifronte*” etc.

A própria doutrina partidária da concepção restrita alemã reconhece a “*problemática*” das suas definições abstratas e gerais, e.g. de Luís Felipe Colaço Antunes que percebe a dificuldade de explicar o suposto carácter individual e concreto do ato administrativo nas hipóteses de pluralidade de destinatários como no caso *a*) da proibição de circulação de automóvel numa estrada específica ou *b*) dos sinais de trânsito, situações em que, sendo os usuários “*determináveis*”, se estaria isto sim diante de “*atos gerais*” ou “*atos coletivos*” <sup>101</sup>.

Argumenta o jurista português que, se a proibição de circulação fosse de aplicação geral para todas as estradas, então, a solução seria diferente, não sendo o caso de ato administrativo, mas sim de norma administrativa. De maneira paradoxal, o jurista conclui que, considerando o critério (processual) da tutela judicial efetiva, na esteira de Ernst Forsthoff,

<sup>97</sup> Mais uma demonstração de que a normativismo por si só não altera a realidade dos fatos.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p.603-607.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p.607.

<sup>100</sup> Semelhante confusão parece presente na doutrina portuguesa quando, ao mesmo tempo em que defende o conceito restrito do ato regulador, também defende paradoxalmente uma concepção ampla ao dizer que a garantia constitucional da efetividade da tutela judicial não é reduzida “*já que inclui todas as decisões que visem produzir externamente efeitos jurídicos substantivos próprios, isto é, afinal, todos os actos que são capazes de provocarem lesões efectivas na esfera dos direitos do particular*”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Iuridica n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: p.1208.

<sup>101</sup> ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A teoria do acto e a justiça administrativa**. Coimbra: Almedina, 2006. p.134-135.

seria mais adequado classificar os sinais de trânsito como “*norma administrativa*” (e não ato administrativo) que seria impugnável a todo o tempo <sup>102</sup>.

Entendo que não é possível concordar com um argumento apenas para impedir a desfiguração da noção restrita de ato administrativo. Não seria melhor rever a noção restrita de ato administrativo? Em vez alterar os fatos, não seria melhor rever a teoria?

A concepção restrita de ato administrativo é tão problemática que o próprio legislador alemão alterou o código de procedimento administrativo alemão (*VwVfG*) <sup>103</sup> para incluir o chamado “*ato administrativo automatizado*” exatamente para poder contemplar as decisões em massa proferidas em relação a múltiplos destinatários, desde que não importem em valorações próprias da função administrativa ou em margem de livre discricionariedade (§35a) <sup>104</sup>, na esteira dos chamados “*atos gerais*” do §35 (segunda parte) <sup>105</sup>. É o reconhecimento cabal da insuficiência da concepção restrita de ato administrativo originariamente positivado no §35 (primeira parte) <sup>106</sup>.

É exatamente esta a posição de Vasco Pereira da Silva quando afirma que melhor seria que a doutrina alemã enfrentasse o “*dilema existencial*” dos atos administrativos, abandonado a ideia de regulação para adotar um conceito amplo <sup>107</sup>.

Esta também foi a postura adotada pela doutrina francesa.

Se a “*crise*” do conceito restrito de ato administrativo teve efeitos “*quase trágicos*” na doutrina alemã, o mesmo não ocorreu na doutrina francesa que não fez cerimônia para retomar a tradição da sua concepção ampla, exigindo apenas a presença de uma “*decisão lesiva*” (“*décision faisant grief*”), muito próxima da “*decisão executória*”. É um regresso (e não um retrocesso) à tradição dogmática francesa de conceber o ato administrativo com o sentido amplo de atuação administrativa produtora de efeitos jurídicos <sup>108</sup>.

---

<sup>102</sup> *Ibidem*. p. 134-135.

<sup>103</sup> “Lei da Modernização do Processo de Tributação” de 18 de julho de 2016.

<sup>104</sup> §35a. Emissão integralmente automatizada de um ato administrativo: “Um ato administrativo pode ser praticado integralmente através de meios automatizados, quando a lei o preveja e não se verifiquem valorações próprias do exercício da função administrativa, nem tal implique o exercício da margem de livre decisão administrativa” (tradução de Jorge Alves Correia e Andreas Isenberg. *A Lei Alemã do Procedimento: guia de leitura e anotações*. 2016).

<sup>105</sup> §35 (segunda parte). Noção de ato administrativo: “[...] Consideram atos administrativos gerais os atos administrativos que se dirigem a um grupo de pessoas determinado ou determinável a partir de critérios gerais ou que incidem sobre a natureza pública de um bem ou sobre a sua utilização pela coletividade” (tradução de Jorge Alves Correia e Andreas Isenberg. *A Lei Alemã do Procedimento: guia de leitura e anotações*. 2016).

<sup>106</sup> §35 (primeira parte). Noção de ato administrativo: “Considera-se ato administrativo toda a disposição, decisão ou outra medida do poder público emitida por uma autoridade para regular um caso concreto, no âmbito do direito público, e que visa produzir diretamente efeitos jurídicos externos. [...]” (tradução de Jorge Alves Correia e Andreas Isenberg. *A Lei Alemã do Procedimento: guia de leitura e anotações*. 2016).

<sup>107</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.608.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p.599.



Mas não foi esta a postura da doutrina alemã, tanto que até mesmo Vasco Pereira da Silva reconhece o erro da doutrina da relação jurídica ao simplesmente “*abandonar o barco*”. As suas palavras devem ser transcritas:

[...] também não deixa de ser verdade que a colocação do acento tônico na relação jurídica conduziu, muitas vezes, ao efeito contrário, de prestar exclusiva atenção às demais formas de actuação, ao mesmo tempo que se aceitava, sem questionar, o conceito clássico de acto (com um conteúdo não muito diferente daquele que tinha sido proposto por Otto Mayer.<sup>109</sup>

O jurista português, a despeito da dura crítica à doutrina alemã, optou por outro caminho, qual seja, do reenquadramento do ato administrativo dentro da teoria da relação jurídica, diferentemente da postura adotada no presente trabalho, que é a de tentar reconstruir o ato administrativo a partir do que já existe na realidade fática, que não se explica apenas pelo contratualismo<sup>110</sup>.

O fato é que, diante da “*crise*”, outra parte da doutrina alemã permaneceu firme no ato administrativo com o propósito de não “*abandonar o barco*” e tentar reconstruir o ato administrativo a partir de uma concepção ampla, a exemplo de Winfried Brohm e sua “*teoria da decisão*”, que, incluindo no seu âmbito os regulamentos, os atos preparatórios e os atos intermediários, defende que o procedimento é muito mais importante do que o resultado<sup>111</sup>.

Segundo a “*teoria da decisão*”, ato e regulamento confundem-se cada vez mais, ambos representando o termo de um processo de formação da vontade e de tratamento da informação pela Administração Pública, independentemente de conter ou não uma regulação de direitos (modificação da ordem jurídica), de maneira que o que importa é o processo decisório e não o seu resultado. A consequência dessa concepção ampla é a de que também são considerados atos administrativos os diversos atos do procedimento, como as decisões

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, p.608-609.

<sup>110</sup> A doutrina portuguesa, aparentemente intermediária, reconhece as deficiências da visão “atrocêntrica” e prega a reconstrução do ato administrativo através do seu enquadramento dentro da ideia de relação jurídica, que, segundo ela, não é incompatível com a autoridade: “a perspectiva da relação jurídica não pretende, pois, substituir a figura do acto administrativo, enquadra-o, complementa-o e coloca-o no seu lugar próprio, superando o empobrecimento que resultaria da manutenção exclusiva de uma visão ‘actista’”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Iuridica n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, p.1203-1204.

<sup>111</sup> Citando Winfried Brohm, vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.609-611.

parciais, a participação de outros órgãos etc.<sup>112</sup>. Esta teoria também se adapta melhor às modernas e complexas formas de atuação administrativa prestacional e infraestrutural<sup>113</sup>.

Parece que a “*teoria da decisão*” de Winfried Brohm se aproxima muito da concepção institucional de ato administrativo ora proposta, apresentando muitas vantagens, em especial a de resgatar os regulamentos (não concretos), muito importantes sob o ponto de vista organizacional, uma vez que podem contribuir para afastar o arbítrio ou a irracionalidade na atuação administrativa<sup>114</sup>, o que é, ao fim e ao cabo, a grande meta a ser alcançada pela Administração Pública na busca da realização do bem comum<sup>115 116</sup>.

Nesta quadra, se tivesse que escolher entre a teoria da relação jurídica e a sua “*teoria da decisão*”, ficaria com esta última, até mesmo por ela não despreza os regulamentos, nem o seu aspecto objetivista e organizacional, ao contrário da primeira, que faz questão de excluí-lo para colocar o acento tônico no aspecto subjetivista do Direito<sup>117</sup>.

Aliás, a “*teoria da decisão*” tem o mérito de aproximar todas as formas de atuação administrativa entre si, além de aproximar ato administrativo e regulamento<sup>118</sup>, aproxima também o ato administrativo do contrato, o ato administrativo do acordo etc., de maneira que a distinção entre eles acaba se tornando cada vez mais fluída.

Entretanto, a “*teoria da decisão*” ainda parece estar muito arraigada ao procedimento, olvidando, conseqüentemente, a importância não só da legitimação pelo resultado, tão valorizada no direito administrativo contemporâneo, mas principalmente de outro elemento essencial que pode ser capaz de conferir legitimidade substancial à ação administrativa, representando uma grande inovação em termos dogmáticos, para o que o

---

<sup>112</sup> *Ibidem*. p. 609 – 611.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 568.

<sup>114</sup> Reconhecendo que a função do processo decisório é não apenas a clássica função “*garantística*”, mas também a moderna função de “*racionalização das decisões administrativas*” em torno da eficiência, vide: SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, número 24, dez./jan./fev. 2011.

<sup>115</sup> O interesse público (entendido como bem comum) continua sendo o grande referencial para a atuação administrativa, conquanto a “*supremacia do interesse público*” realmente mereça revisão, conforme defende a doutrina. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014., p.83-130 e 325.

<sup>116</sup> Para entender o bem comum como “*causa final*” (*telos*) da democracia, cf.: BOEIRA, Marcus Paulo Ryncembel. **A natureza da democracia constitucional: um estudo sobre as 5 causas da democracia na CRFB/88**. Curitiba: Juruá, 2011. p.199-249.

<sup>117</sup> Entendendo que o regulamento é sim compatível com a teoria da relação jurídica, vide: MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 322, nr. 376.

<sup>118</sup> Na França é utilizada a expressão *acte réglé*, como observa a doutrina, hipótese em que se está diante de uma “*vontade permanente do Estado*”. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.41.

presente trabalho pretende contribuir. Trata-se do elemento ético de matriz aristotélica (a ética da “*primeira pessoa*”) que será abordado ao longo do trabalho.

### 1.3. AS TEORIAS SOBRE A NOVA CATEGORIA CENTRAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Abordado o tipo de pensamento jurídico que serve de base ao presente trabalho e diagnosticada a existência de uma “*crise*” do ato administrativo, surge o desafio de tentar realizar a sua releitura ou, na expressão de Vasco Pereira da Silva <sup>119</sup>, partir “*em busca do ato administrativo perdido*”.

É que o ato administrativo, enquanto manifestação por excelência do poder administrativo, ou como forma de atuação-tipo da Administração Pública, teria perdido a sua posição de quase exclusividade ou de monopólio nas relações envolvendo a Administração Pública que, diante das sucessivas mudanças de paradigmas da sociedade, teria passado a contar com novas formas de atuação (contrato, acordo etc.). Trata-se da chamada “*crise do ato administrativo*” <sup>120</sup>.

Segundo a doutrina alemã de Ernst Forsthoff, um dos primeiros a chamar a atenção para a inadequação da dogmática clássica às novas realidades, o ato administrativo, por ter sido concebido como instrumento de um Estado liberal ou burguês voltado exclusivamente para garantia de liberdade <sup>121</sup>, seria incongruente com a nova Administração promotora de bem-estar social <sup>122</sup>.

Se, como ensina o jurista português, havia unanimidade na doutrina quanto ao “*diagnóstico de crise*” do ato administrativo, não havia unanimidade quanto às soluções possíveis. Parte da doutrina defendeu (*i*) a reforma e reconstrução do ato administrativo de modo a adequá-lo as novas realidades, de maneira que ele deveria continuar ocupando o lugar de destaque no direito administrativo. Outra parte entendeu que (*ii*) existe uma total inadequação da dogmática clássica às novas realidades da Administração prestadora, defendendo assim a adoção de uma dualidade de regimes, um para a Administração agressiva e outro para a Administração prestadora. Por fim, uma terceira corrente defendeu (*iii*) a

<sup>119</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> Note a problemática gerada pelo conceito de liberdade à francesa: a “*liberdade da indiferença*”.

<sup>122</sup> *Apud* SILVA. Vasco Manuel Pascoal Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.110-111.

renovação da dogmática jurídico-administrativa para redefinir um novo conceito central para o direito administrativo que para uns seria a relação jurídica e para outros o procedimento <sup>123</sup>.

A primeira solução (i) parece ser a tendência da doutrina francesa (por todos, Rivero), da doutrina majoritária espanhola (por todos, Garcia de Enterría e Fernández), da doutrina majoritária portuguesa (a exemplo de Freitas do Amaral e Rogério Soares) e da doutrina minoritária alemã (por todos, Maurer) <sup>124 125</sup>.

A segunda solução (ii) é defendida por Ernst Forsthoff, para quem o sistema administrativo clássico poderia continuar sendo aplicado no âmbito da Administração Pública agressiva, sendo necessário, contudo, criar um novo sistema para a Administração prestadora <sup>126</sup>.

A terceira solução (iii) é perfilhada pela doutrina majoritária alemã, que defende que a relação jurídica é a nova categoria central do direito administrativo (por todos, Bachof), e pela doutrina italiana, que entende que o procedimento é o novo centro do direito administrativo (dentre outros, Nigro e Cassese) <sup>127</sup>.

Na doutrina brasileira, Odete Medauar entende que não ser adequado se apegar à ideia de um novo conceito central do direito administrativo, já que a complexidade da sociedade contemporânea deve contar com uma pluralidade de soluções <sup>128</sup>.

Entendo que o ato administrativo é um conceito-chave do direito administrativo que pode conviver perfeitamente com outras formas de atuação administrativa. Não se pode negar a sua especial importância para o direito administrativo como forma de manifestação da autoridade. Uma autoridade mais horizontal e consensual, é verdade, mas ainda assim uma

---

<sup>123</sup> *Ibidem*. p. 111-112.

<sup>124</sup> *Ibidem*. p.113-122.

<sup>125</sup> Defende o ato administrativo como categoria central do direito administrativo português: ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A teoria do acto e a justiça administrativa**. Coimbra: Almedina, 2006., p.119. Também defende, embora relacionando-o com a relação jurídica e com o procedimento, destacando ainda o reconhecimento recíproco da autoridade através, *e.g.*, do “*método da equivalência*” e do “*princípio do país de origem*” do direito comunitário europeu: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Iuridica n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coi, p.1211 e nr. 34.

<sup>126</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.113-122.

<sup>127</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.113-122.

<sup>128</sup> Apoiando-se em Jean Rivero, conclui que não existe uma categoria central do direito administrativo, ou seja, que não existe um critério único ou uma noção-chave do direito administrativo. MEDAUAR, Odete. Administração: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (orgs.) **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.173-174. Vide ainda: PALMA, Juliana Bonacorsi de. Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade? In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.215.

autoridade. É igualmente inegável, contudo, a necessidade de se reconstruir a noção de ato administrativo à luz dos novos paradigmas e valores da sociedade.

Este é, aliás, o ponto de partida desta investigação (vide *supra*: 1.1.).

O fato é que é importante repassar as teorias que defendem a existência de (iii) um novo centro do direito administrativo para verificar se é ou não adequado reconstruir uma concepção contemporânea de ato administrativo.

Segundo Otto Bachof, adepto da terceira solução (iii), defende não se deve decompor em duas partes o sistema jurídico-administrativo, como na segunda solução (ii), eis que a Administração Pública – agressiva ou prestadora - não é concebida em razão da sua estreita natureza técnico-jurídica, mas sim tendo em vistas as suas funções e fins, de modo que os seus domínios se entrecruzam e se interpenetram, não fazendo sentido ademais criar um sistema jurídico exclusivo para a atividade prestadora <sup>129</sup>.

Na mesma linha, Vasco Pereira da Silva acrescenta que a reconstrução do sistema administrativo deve alcançar não apenas a Administração agressiva como também a Administração prestadora <sup>130</sup>.

Para parte importante da doutrina e para o jurista português, o ato administrativo não ocupa mais o lugar central do direito administrativo, tendo sido substituído por outras categorias, a exemplo: (iii.1) da teoria da relação jurídica de base alemã que confere primazia à perspectiva dos direitos subjetivos dos cidadãos, ou seja, de índole subjetiva; e (iii.2) do procedimento administrativo de base italiana que confere um enfoque maior ao caráter organizacional do direito administrativo, ou seja, de índole objetiva <sup>131</sup>.

É interessante notar que Vasco Pereira da Silva, defensor da terceira solução (iii), compreende a teoria da relação jurídica como conceito central que, entretanto, não excluiria, antes seria complementado, o processo administrativo, entendido como “*pano de fundo*” onde se estabelecem e se desenvolvem as relações jurídico-administrativas <sup>132</sup>. Segundo ele, as teorias (iii.1) da teoria da relação jurídica e (iii.2) do procedimento administrativo seriam, portanto, conciliáveis <sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.116-118.

<sup>130</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.118.

<sup>131</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.120.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p.122.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 433-442.

Em brevíssima síntese, segundo a doutrina que defende a terceira solução (*iii*), o ato administrativo não é mais adequado para oferecer respostas aos novos papéis desempenhados pelo Estado nos séculos XX e XXI, tendo o Estado-liberal sido substituído pelo Estado social (prestador) e, em seguida, pelo Estado pós-social (infraestrutural ou constitutivo), baseados não mais na ideia de poder de polícia, de restrição de direitos, mas sim na ideia de ampliação ou constituição de direitos em favor dos cidadãos. Sai, portanto, um Estado que limita os direitos do cidadão e entra no seu lugar um Estado que amplia e/ou constitui novos direitos.

Parece importante repassar por essas teorias, ainda que de maneira sintética.

### 1.3.1. A Teoria da Relação Jurídica

A teoria da relação jurídica (*iii.1*) tem sido desenvolvida especialmente na doutrina alemã, vindo a influenciar a doutrina de outros países, a exemplo da doutrina portuguesa de Vasco Pereira da Silva, aparentemente minoritária, conforme reconhece o próprio jurista.

Para entender a teoria da relação jurídica é importante resgatar as críticas à concepção de ato administrativo como categoria central do direito administrativo. A principal crítica à centralidade do ato administrativo está num aspecto que sempre o acompanhou desde a sua concepção no século XIX e em alguma medida o acompanha até os dias de hoje: o seu aspecto autoritário. Como exposto (vide *supra*: 1.1.1.), a concepção de ato administrativo, especialmente na doutrina alemã, sempre esteve carregada do elemento autoritarismo.

Ocorre que, segundo essa nova doutrina, o ato administrativo deixou de ser a forma exclusiva (não sendo sequer a mais frequente) de atuação administrativa, tendo surgido novas formas de atuação tanto genéricas (como as decisões-plano) como as formas não-autoritárias (como os contratos), razão pela qual se faz necessário um “*conceito-quadro*” capaz de explicar todos os vínculos entre a Administração Pública e o cidadão, tanto os anteriores como os posteriores à prática do ato administrativo, de modo que a relação jurídica, como candidata a este novo posto, não faz desaparecer, antes integra o ato administrativo dentro de um novo esquema explicativo <sup>134</sup>.

Segundo o jurista português, (*iii.1*) a doutrina da relação jurídica permite explicar o fenômeno da participação dos cidadãos no procedimento, de modo a assimilar a própria noção (*iii.2*) de procedimento administrativo. E não são razões de ordem formal que justificam esta teoria, mas sim motivos de ordem material, quais sejam, o relacionamento entre a

---

<sup>134</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.160-161.

Administração Pública e os cidadãos dentro do contexto de um Estado de Direito. Em outras palavras, segundo o jurista, o fundamento da teoria da relação jurídica é a própria constituição dos modernos Estados de Direito, que marca posição no sentido de reconhecer que esse relacionamento é uma relação jurídica e não uma mera ligação de sujeição entre poder administrativo (soberano) e administrado (súdito) <sup>135</sup>.

Ainda segundo o jurista português, essa doutrina se fundamenta na ideia de que existe, de um lado, uma da “*relação jurídica geral*” que alcança a todos os cidadãos e se caracteriza por ter um conteúdo formado por direitos absolutos (posições jurídicas) e, de outro lado, por uma “*relação jurídica especial*” que alcança pessoas específicas dotadas de direitos e deveres fundados na lei e no contrato. Aquela “*relação jurídica geral*”, da qual podem decorrer “*relações jurídicas especiais*” (particularizadas), seria, portanto, uma “*relação-quadro*” ou uma “*relação-pressuposto*” que não deve ser confundida com a clássica relação de poder, contendo assim direitos absolutos e “*pretensões legais latentes*”, de modo que, num Estado de Direito, onde vigora o princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade individual, não há se falar em “*relação de poder*”, mas apenas em “*relação jurídica geral*” <sup>136</sup>.

A vantagem da adoção dessa teoria seria o fato do cidadão passar a ser tratado como sujeito de direitos numa posição de igualdade em relação à Administração Pública, ou seja, faz surgir mais intensamente os direitos dos cidadãos <sup>137</sup>.

Além disso, também são apontadas como vantagens da teoria, sinteticamente: a possibilidade de utilização de diversas formas de atuação administrativa (unilaterais, consensuais ou informais), bem como o fato dela abarcar tanto as posições anteriores como as posteriores à prática do ato administrativo, de oferecer uma melhor explicação das atuações multilaterais e das relações duradouras e de ainda utilizar o procedimento como espaço onde se desenrolam as relações jurídicas administrativas, permitindo uma melhor compreensão dos fenômenos da colaboração e da participação dos cidadãos <sup>138</sup>.

Ocorre que a teoria da relação jurídica não está imune a críticas nem mesmo da doutrina tradicional. Em breve síntese e sem a pretensão de esgotá-las, ei-las: a relação jurídica é um conceito genérico, havendo um grande número de relações jurídicas

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, p.161-162.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p.164-166.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p.187-188.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p.188-190.

diferentemente reguladas e constituídas; existe, ao menos no âmbito da administração agressiva, uma relação desequilibrada decorrente da relação de poder; a relação jurídica é inadequada para explicar a integralidade dos fenômenos administrativos, a exemplo dos deveres objetivos da Administração Pública; a relação jurídica pressupõe um conflito ou uma contraposição de interesses públicos e privados; as relações multilaterais não restariam devidamente explicadas; desvaloriza o papel do ato administrativo, da decisão administrativa e da organização administrativa <sup>139</sup>.

Estas críticas são rebatidas pela (iii.I) doutrina da relação jurídica sob o argumento, sintetizado, de que: embora em estado embrionário, a teoria é sim diversificada do ponto de vista das várias finalidades que lhe tocam, mas que na estrutura ela é uma só; se deve criar um novo equilíbrio entre a Administração e o cidadão; a não correlação necessária entre direitos e deveres, que é o que distingue o direito administrativo e do direito civil, sendo possível existir deveres objetivos sem os correlativos direitos subjetivos; a imbricação entre interesses públicos e privados é uma realidade da Administração moderna em que a contraposição Estado-sociedade se transforma em uma relação bilateral ou plurilateral, havendo, portanto, uma complexidade de interesses em jogo; a situação de vantagem da Administração Pública não pode servir de fundamento para uma situação de domínio em relação aos cidadãos, que não são meros objetos; as relações multilaterais valorizam a teoria da relação jurídica sob uma nova perspectiva, de alargamento da figura; a teoria da relação jurídica não é uma “*receita milagrosa*”, mas apenas o método adequado para a compreensão das ligações entre Administração Pública e cidadãos, de modo que ela coexiste com outros institutos importantes do direito administrativo como o próprio ato administrativo, o regulamento e a teoria da organização administrativa <sup>140</sup>.

Conforme já adiantado (vide *supra*: 1.2.), entendo que o ato administrativo continua sendo um conceito-chave do direito administrativo, embora possa conviver perfeitamente com outras formas de atuação administrativa. A complexidade da sociedade contemporânea realmente exige uma pluralidade de soluções, mas – e talvez até por isso - a autoridade inserida na estrutura do ato administrativo continua sendo imprescindível para a vida em sociedade, uma autoridade mais horizontal e consensual, ou seja, substancialmente legítima, mas ainda assim uma autoridade.

Demais disso, há grandes lacunas nas explicações oferecidas pela doutrina que defende a relação jurídica como conceito central do direito administrativo, aliás, como

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, p.190-192.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p.193-204.



normalmente ocorre com os grandes esquemas conceituais abstratos que acabam por reduzir indevidamente a complexidade da realidade social. A própria doutrina reconhece que esta teoria não é uma “*receita milagrosa*”, coexistindo, ao contrário, com outros institutos importantes como o ato administrativo, o regulamento e a organização administrativa.

O que era para, se não resolver tudo, ao menos figurar como conceito central, acaba por ter que dividir o protagonismo com outras categorias igualmente importantes, o que contradiz a ideia de que a teoria da relação jurídica é a nova categoria central para o direito administrativo. Esta parece ser a posição do jurista alemão Walter Schmidt para quem o conceito de relação jurídica ainda é estreito e necessita ser completado pelos conceitos de organização e de decisão administrativa <sup>141</sup>.

Mas essa objeção nem é a mais grave. A perspectiva que se pretende adotar neste trabalho, de viés institucional (vide *supra*: 1.1.2.), parte de outros pressupostos aparentemente incompatíveis com a teoria da relação jurídica, ao menos enquanto considerada como categoria central ou método adequado para entender as relações entre a Administração Pública e os cidadãos.

Ainda não é o momento de desenvolver a teoria (melhor dizendo, a abordagem) institucional do ato administrativo, mas parece possível demonstrar a primeira diferença essencial de premissa entre a teoria da relação jurídica e a que se pretende propor (institucional): o tipo de pensamento jurídico.

De fato, a teoria da relação jurídica parte de uma premissa que é própria do pensamento do tipo normativista, segundo a qual o Direito fica reduzido às normas jurídicas. E por mais que busque corrigir – por motivo justo - a perspectiva puntiforme própria da visão “*atocêntrica*”, continua presa ao ponto de vista externo do sujeito da “*terceira pessoa*”, conceito emprestado da filosofia política.

Isso significa que o grande problema dessa perspectiva é exatamente não explicar a decisão administrativa por dentro <sup>142</sup>, ou seja, sob a ótica do sujeito agente da “*primeira pessoa*” da ética aristotélica, não oferecendo assim elementos materiais concretos capazes de auxiliar na elaboração de um direito administrativo mais substancial. O pensamento

---

<sup>141</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.309, nota de rodapé nº4.

<sup>142</sup> A ciência do poder (cratologia) crítica: “*Realmente, parece haver mais preocupação com os aspectos conflituos do poder que com sua imensa importância construtiva na sociedade e há mais curiosidade com os aspectos coercitivos que com seu papel na afirmação da liberdade*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992. p.39.

normativista não permite esse salto dogmático <sup>143</sup>, não ao menos quando está diante de uma decisão administrativa.

A teoria da relação jurídica, não se pode negar, tem o grande mérito de destacar a importância do cidadão como sujeito de direito e não como mero objeto de um poder administrativo, o que, embora até possa representar um salto dogmático, não parece ser suficiente para explicar como concretamente o direito administrativo pode ser colocado a serviço dos cidadãos <sup>144</sup>. A teoria da relação jurídica parece ser uma teoria estéril, porquanto “*relação*” não indica substância de coisa alguma, mas apenas predicado de um substrato <sup>145</sup>.

Ocorre que colocar o acento tônico no direito subjetivo, por si só, não tem o condão de como num passe de mágica transformar o direito administrativo numa ferramenta a serviço do cidadão <sup>146</sup>. Mais importante do que simplesmente reconhecer direitos subjetivos - no aspecto estrutural - é tentar entender como identificar, construir e viabilizar efetivamente estes direitos, para o que uma análise funcional do Direito <sup>147</sup> representa um avanço. Também insuficiente, mas ainda assim um avanço.

Parece mais urgente tentar explicar como concretamente o direito administrativo pode ser colocado a serviço dos cidadãos do que simplesmente reconhecer mais direitos subjetivos, “*direitos insaciáveis*” na expressão da italiana Anna Pintore <sup>148</sup>. Aliás, como exposto antes, a própria doutrina da relação jurídica reconhece a importância do procedimento administrativo na construção dos direitos subjetivos, o que leva a questionar mais uma vez a sua pretensa centralidade.

---

<sup>143</sup> É interessante notar que até mesmo a ética kantiana consegue mergulhar nas decisões humanas sob o ponto de vista do sujeito agente da “*primeira pessoa*”, conquanto numa perspectiva diferente da aristotélica. Conforme será exposto oportunamente, Kant teve o enorme mérito de abandonar a ética da “*terceira pessoa*” e recuperar a ética da “*primeira pessoa*”, embora caindo no erro de adotar a “*liberdade da indiferença*” ao invés da “*liberdade de qualidade*”.

<sup>144</sup> O trauma decorrente da palavra “*poder*” é tão grande que a doutrina simplesmente se esquece de que ele é “*um fenômeno conatural ao homem*”, cabendo ao direito “*ordenar o poder de modo tal que seja possível ao homem usá-lo e, ao mesmo tempo, subsistir enquanto homem*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.38-39.

<sup>145</sup> “[...] relações, disposições e razões não parecem indicar a substância de coisa alguma; são todos predicados de um substrato e nenhum deles é uma coisa definida”. Cf.: ARISTÓTELES. **Metafísica**. Livro III, 1001b30-32.

<sup>146</sup> Criticando a “teoria decimonônica de los derechos públicos subjetivos”, vide: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.47-50.

<sup>147</sup> Conforme proposta de Norberto Bobbio que, sem desprezar o aspecto estrutural, valoriza o aspecto funcional do Direito. Vide: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

<sup>148</sup> Apud GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2007. p.143.

Além disso, a perspectiva normativista parece contribuir para o agravamento de um grande gargalo do direito administrativo contemporâneo, especialmente brasileiro, o chamado hiperativismo judicial.

Colocar ênfase na força do Poder Judiciário de garantir, de maneira voluntarista (vide *supra*: 1.1.2.), um direito ainda não nascido que é retirado a fórceps do útero da sociedade, mesmo não estando ainda completamente formado, não parece suficiente. Em outras palavras, um instrumento importante no Estado de Direito, que deveria ser utilizado com funções e finalidades específicas, acaba sendo desvirtuado e utilizado de maneira ordinária, descriteriosa e deslegitimada democraticamente, num verdadeiro reino do direito de alguns em prejuízo do direito de todos.

Finalizando a crítica à teoria da relação jurídica, sem a pretensão de esgotá-la, entendo que o seu viés normativista se, por um lado, até pode ser capaz de explicar as relações multilaterais entre a Administração Pública e os sujeitos indeterminados<sup>149 150</sup>, de outro lado, não parece capaz de explicar uma questão importante para o direito administrativo: as relações entre a Administração Pública e as futuras gerações<sup>151</sup>.

Ainda que seja possível defender a ideia de uma relação jurídica com sujeitos indeterminados, o mesmo não se pode dizer quanto à ideia de uma relação jurídica com sujeitos futuros, sob o argumento de que também aqui há um alargamento da figura. É certo que o Direito até alberga situações envolvendo um sujeito futuro (*e.g.* o nascituro), que, de toda sorte, é a pessoa já concebida, diferente da ideia de futuras gerações que, mesmo não sendo titulares de direitos subjetivos, devem ser levadas em consideração pela Administração Pública.

---

<sup>149</sup> Na verdade, entendo que a teoria da relação jurídica não é capaz de explicar as “*relações multilaterais*” (infraestrutura etc.) exatamente porque não existe um direito subjetivo concreto em posição de relação com o dever estatal, não existindo, como consequência, qualquer relação jurídica propriamente dita. A doutrina reconhece a existência de casos que ultrapassam os direitos subjetivos concretos: “*Além dos já referidos, cabe ainda ao Estado garantir e proteger valores de ordem mais geral, como a segurança (v.g., segurança técnica), a saúde e o trabalho – trata-se, afinal, de estender o dever estadual de protecção para domínios que ultrapassam os direitos dos concretos utilizadores de cada serviço ou actividade.*”. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. Estado de Garantia e Mercado. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. vol. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), 2010, p.97-128.

<sup>150</sup> A doutrina ainda se refere à existência de efeitos que geram “*externalidades*” a terceiros ditos “*contra interessados*” que vão além de uma eficácia bilateral entre a Administração e os beneficiários ou utentes. MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 309.

<sup>151</sup> No Brasil, as futuras gerações foram eleitas “*objeto*” de proteção constitucional (CF: Art. 225). Existe ainda uma explicação não-normativista para a proteção das futuras gerações na ética aristotélica: o sentimento humano de preservação da espécie.

O argumento de que podem existir “*deveres objetivos*” da Administração Pública sem que haja o correspondente direito subjetivo (como no caso das relações multilaterais)<sup>152</sup>, a teoria da relação jurídica parece perder todo o sentido porque acaba ficando sem um (sujeito) referencial (relacional), que não existe nem mesmo de modo latente, já que as futuras gerações não são propriamente sujeitos de direitos, mas sim como que um parâmetro objetivo capaz de servir de baliza para a construção de um direito administrativo substancial que interessa muito ao pensamento jurídico do tipo institucional (vide *supra*: 1.1.2.3.) e à própria ética aristotélica.

Na verdade, entendo que a teoria da relação jurídica parece mais resultado do fracasso da doutrina alemã que defendeu uma concepção restrita de ato administrativo enquanto mera aplicação da lei formal, ou seja, enquanto mera subsunção lógica e rígida à lei formal. Parece mais o resultado de uma visão normativista do direito de tentar explicar tudo em termos conflitivos<sup>153</sup>, deixando de enfatizar a sinergia construtiva e colaborativa que devem guiar as ações humanas em sociedade, conforme se verá mais a frente. Segundo o institucionalismo clássico, o Direito é muito mais do que mero conflito.

A “*crise*” do conceito restrito de ato administrativo (vide *supra*: 1.2.) foi sentida com mais intensidade (de forma quase trágica) pela dogmática alemã, que acabou se dividindo entre as seguintes atitudes: *a*) de acolher a concepção ampla de ato administrativo (doutrina minoritária), *b*) de tentar resgatar a concepção restrita tradicional, apesar dos seus paradoxos (outra parte da doutrina) ou *c*) abandonar de uma vez por todas o ato administrativo na tentativa de encontrar um substituto para ele. É dentro desta última postura (*c*) que se localiza a teoria da relação jurídica que, segundo a doutrina, é a nova tendência da doutrina alemã<sup>154</sup>. Postura estéril, contudo.

### 1.3.2. A Teoria do Procedimento Administrativo

Para a doutrina majoritária italiana o ato administrativo também não ocupa mais o lugar central do direito administrativo, tendo sido substituído pela teoria do procedimento

---

<sup>152</sup> A doutrina utiliza nesses casos a expressão “*contra interessado*”. MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 309.

<sup>153</sup> O termo conflitivo é utilizado de agora em diante no sentido de conflito “meramente divisivo”, já que a história da sociedade é uma “história de um extenso conflito”, que pode, contudo, se tornar “integrado e integrador” nas “relações contínuas, cambiantes, mas as vezes estáveis”. MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.23.

<sup>154</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p.600.

administrativo que confere um enfoque maior ao carácter organizacional do direito administrativo, possuindo, portanto, uma índole objetiva (*iii.2*).

De largada, é possível dizer que essa teoria é mais compatível com a posição defendida no presente trabalho do que a teoria da relação jurídica em razão exatamente do seu carácter objetivo e da ideia organizacional que repousa por trás dela, elementos caros ao pensamento do tipo institucional (vide *supra*: 1.1.2.3.).

A doutrina italiana, assim com a alemã, identificou a “*crise*” do ato administrativo, tendo, entretanto, construído uma solução diferente que passa pela revalorização do procedimento, transferindo a atenção do ato administrativo em sentido restrito, conhecido como *provvedimento*<sup>155</sup>, para o procedimento, consoante ensina de Massimo Severo Giannini<sup>156</sup>.

É importante destacar que, antes de partir para essa nova perspectiva, a doutrina clássica estava presa ao dilema de saber qual deveria ser o melhor modelo para o ato administrativo: a sentença judicial ou o negócio jurídico do direito privado. Segundo Sabino Cassese, no primeiro modelo importava apenas decisão final (perspectiva jurisdicional), enquanto que para o segundo, numa ótica privatista, era irrelevante o modo de formação da vontade, como o é no direito privado<sup>157</sup>. Em ambos os modelos, importa apenas o ato final, razão pela qual se pode falar em concepções “*atocêntricas*”, tipicamente puntiformes.

Na nova perspectiva, o procedimento surge como alternativa ao ato administrativo, levando, conforme ensina Mario Nigro, a uma “*paradoxal inversão de posições*”, através da qual o procedimento, que antes estava meramente a serviço do ato final, passa a reduzi-lo a um mero resumo final dos elementos pré-formados no seu curso (do procedimento)<sup>158</sup>.

Segundo a doutrina, existem duas vantagens do procedimento em relação ao ato administrativo, sendo a primeira a possibilidade de uniformização do tratamento dogmático de toda a atividade administrativa, já que o procedimento pode ser utilizado em todos os domínios da Administração Pública e ainda fazer a ponte entre a gestão pública e a gestão

---

<sup>155</sup> O termo *provvedimento*, numa tradução descuidada dos textos da doutrina italiana, poderia conduzir à ideia de que se está referindo ao procedimento quando na verdade não se está. O termo é reservado para o ato administrativo final. O *provvedimento* é, portanto, uma concepção restrita do ato administrativo italiano (vide *supra*: 1.2.).

<sup>156</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.302.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p.302-303.

privada; e, a segunda, a possibilidade de entender a atividade administrativa na sua integralidade ao longo do tempo e não apenas pontualmente<sup>159</sup>.

O fenômeno do procedimento, portanto, deve se tornar a regra da atividade administrativa, seja ela regida pelo direito público ou pelo direito privado, servindo como ponte de ligação entre vários sujeitos, públicos ou privados, que colaboram na realização não de um poder em si mesmo, mas de uma determinada função<sup>160</sup>. É importante notar desde já a mudança de perspectiva da doutrina italiana em relação à doutrina alemã, mudança esta que parte de uma visão meramente estrutural para uma visão precipuamente funcional<sup>161</sup>.

Mario Nigro ensina que, se a Administração cada vez mais privatiza ou contratualiza a sua atividade, o valor publicístico desta atividade deixa de decorrer de um regime jurídico substancial e passa a ser encontrado na organização desta atividade<sup>162</sup>.

A Administração Pública e o cidadão se tornam então cúmplices na realização das tarefas administrativas e a atuação administrativa passa a interessar na sua integralidade, considerando o seu desenvolvimento progressivo ao longo do tempo<sup>163</sup>.

É muito forte a ideia de organização presente na doutrina de Mario Nigro, para quem a nova perspectiva constitui uma técnica de diluição do poder e um método de coordenação de organizações; a importância do procedimento revela-se não apenas no seu resultado final, mas também na sua instrução em cujo centro se encontra a participação ativa dos cidadãos na definição do interesse público, numa verdadeira repartição de poderes entre a burocracia formal e a pluralidade de cidadãos<sup>164</sup>.

A participação no procedimento, segundo a doutrina, é vista sob a perspectiva da organização administrativa enquanto mecanismo institucionalizado de colaboração entre os cidadãos e a Administração Pública na produção das decisões administrativas, do que resulta a conclusão de que o procedimento se presta não propriamente como meio de defesa de direitos ou posições subjetivas perante a Administração, mas como expediente organizativo voltado para a tomada de melhor decisão. Segundo Sabino Cassese, “*o procedimento é o perfil dinâmico da organização*”<sup>165</sup>.

---

<sup>159</sup> *Ibidem*, p.303.

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

<sup>162</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.304.

<sup>163</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.304.

<sup>164</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.305.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p.306.

De acordo com Mario Nigro, o resultado dessa nova perspectiva é a deslocação do centro de gravidade da atividade administrativa do ato administrativo para o “*iter*” de formação da decisão, reduzindo a importância do resultado final em si mesmo, o qual pode levar, para além do ato, ao acordo, à sua extinção ou à abertura de outros procedimentos, possibilidade esta, segundo o jurista, que pode ser inclusive constatada na lei de procedimento alemã que trata o contrato como alternativa ao ato administrativo <sup>166</sup>.

O procedimento, portanto, deixa de ser visto como mero instrumento posto a serviço de uma decisão final (o ato administrativo ou *provvedimento*, no direito italiano), passando a contemplar assim tanto os momentos anteriores como os posteriores à decisão final; e tanto a atividade unilateral como a atividade de direito privado da Administração Pública <sup>167</sup>.

Surge assim na doutrina italiana a concepção segundo a qual o procedimento é o novo centro do direito administrativo.

Mario Nigro entende que a absorção do ato administrativo pelo procedimento pode ser constatada através de alguns sintomas, dentre eles, a prática jurisprudencial generalizada de convidar a Administração a realizar um novo procedimento sempre que o juiz o considerar insuficiente ou incompleto <sup>168</sup>, técnica jurisprudencial aparentemente uma inspirada no *hard look* dos tribunais americanos <sup>169</sup>.

Detalhe importante e que permite friccionar a concepção italiana com a concepção alemã é a questão da “*teoria da decisão*”. A sutileza merece destaque.

A “*teoria da decisão*” de matriz alemã considera importante o procedimento como condicionante da decisão final, embora sem descurar da importância autônoma da decisão final. A doutrina italiana, por outro lado, se preocupa mais com a evolução do procedimento do que com o seu resultado final.

Em outras palavras, enquanto a “*teoria da decisão*” alemã integra o procedimento dentro da decisão final, a doutrina italiana faz o inverso, integrando a decisão dentro do procedimento, de modo que, neste último caso, o procedimento se torna o conceito central da

<sup>166</sup> *Ibidem*, p.306-307. Vide e.g.: §54, segunda parte, do Código de Procedimento Administrativo Alemão (*VwVfG*). Também o art. 57º, nº 3, 77º nº 4, 127º do Código de Processo Administrativo português (CPA).

<sup>167</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.307.

<sup>168</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.308.

<sup>169</sup> A doutrina portuguesa faz uma comparação entre o controle judicial do *hard look* americano e o controle judicial realizado no sistema continental europeu, revelando que o primeiro foca mais no aspecto procedimental da decisão administrativa, ou seja, no *fairness*, o que não significaria que a retidão material também não seja apreciada, pois ela é, embora num contexto implícito. MONCADA, Luis Cabral de. *Rule of law*, procedimento normativo e legalidade. in **Estudos de Direito Público**. p.118-161. Editora Coimbra. Coimbra, 2001, p.134-136.

dogmática, diversamente da primeira, para a qual o procedimento importa menos do que a relação jurídica <sup>170</sup>.

Isto significa que a decisão final já não é tão importante para a doutrina italiana quanto deveria ser, o que desde já, permite uma primeira crítica.

Diferentemente da doutrina italiana, entendo que a decisão final importa e muito, embora reconheça o importante papel desempenhado pelo procedimento. É que o procedimento não pode cair numa fórmula vazia, de cunho meramente formal, que descure da importância de algo mais substancial.

Além disso, sem pretender antecipar a concepção a ser proposta no presente trabalho, é possível imaginar, ainda que não como regra, uma decisão final desprovida de procedimento, *e.g.* quando estiver baseada em elementos objetivos. Quando muito, poderia admitir a imprescindibilidade do procedimento caso este fosse entendido num sentido muito amplo, amplíssimo, que englobasse *e.g. standards*, princípios gerais do direito, costumes e até mesmo situações informais. Mas esta questão deve ser abordada mais a frente, valendo por ora apenas o seu registro (vide *infra*: 2.3.3.).

### 1.3.2.1. Os tipos de abordagem do procedimento

Ainda dentro do contexto do procedimento à italiana, destaca a doutrina a existência de três tipos de abordagens: “*negativista*”, “*maximalista*” e “*minimalista*”. A primeira (também conhecida como visão contenciosa) não considera a relevância autônoma do procedimento, oferecendo ênfase apenas à decisão final (predominante no direito francês). A segunda afirma a relevância autônoma do procedimento e da codificação, indo além dele para incluir disposições de carácter substantivo (predominante no direito norte-americano, austríaco, alemão, espanhol, português e latino-americano). A terceira reconhece a relevância do procedimento, mas através de uma codificação de carácter restrito, voltada para o estabelecimento de princípios gerais ou para os momentos mais importantes do procedimento (predominante no direito italiano) <sup>171</sup>.

As abordagens são úteis para a compreensão do fenómeno do procedimento.

No caso francês, alega-se que a visão “*negativista*” (de desconsiderar o procedimento) levou à confusão na doutrina entre forma e procedimento, como se este último

---

<sup>170</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.309.

<sup>171</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.311-312.



fosse apenas uma questão de mera formalidade ou mero vício de forma, passível, portanto, de ser superado ou desconsiderado. Recentemente, a doutrina francesa tem se debruçado mais sobre o procedimento administrativo, reconhecendo a sua importância para optar por uma codificação humilde através de leis que fixam princípios gerais <sup>172</sup>.

No caso da visão maximalista, o procedimento é alçado a outro patamar, dando origem a “*verdadeiros códigos administrativos*”. Por trás desta visão está a ideia do procedimento como fenômeno alternativo ao processo judicial, que lhe serve de modelo, chegando a recusar qualquer diferença entre a Administração Pública e a jurisdição (a “*escola de Viena*”), de modo a aproximar a função administrativa da função judicial, sendo os atos resultantes de ambas mera aplicação do Direito.

É interessante notar no ponto que nesta visão o procedimento é encarado como uma espécie de primeira fase do processo judicial, do que resulta a ideia de um controle limitado por parte da jurisdição sobre a atividade administrativa, bem como a ideia de que no procedimento administrativo sempre se está diante de um litígio <sup>173</sup>. Como as garantias do procedimento administrativo não são inferiores às do processo judicial, a Administração Pública acaba por ter como função a de julgar, disto resultando a força jurídica dos seus atos. Dai porque basta um pequeno salto para considerar o procedimento administrativo como uma “*alternativa*” ao processo judicial <sup>174</sup>.

A doutrina não poupa críticas sobre essa visão “*maximalista*”. É essa dogmática austríaca que está na base da “*processualização*” do procedimento administrativo, que é concebido como uma espécie de primeira instância do processo judicial. O procedimento administrativo é moldado a partir do processo judicial sem nenhuma contextualização em relação às especificidades administrativas. A confusão entre administrar e julgar persiste, resultando num “*ligação promiscua*” entre Administração e Justiça <sup>175</sup>.

A doutrina alemã sempre andou muito próxima da doutrina austríaca, defendendo assim uma ampla codificação do procedimento. Contudo, em que pese a proximidade, a doutrina alemã acabou por desenhar uma concepção própria para acolher a ideia de que o

---

<sup>172</sup> *Ibidem*, p.312-218.

<sup>173</sup> Não é difícil observar a influência de pensamento do tipo normativista neste caso.

<sup>174</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.319-321.

<sup>175</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.322.

procedimento não deveria refletir o modelo judicial, nem ser considerado uma “*alternativa*”, mas apenas um “*complemento*” do processo judicial.

A diferença entre as concepções leva a uma diferença grande nos resultados: a proteção jurídica verdadeira e eficaz se dá somente no processo judicial, sendo o procedimento administrativo um precioso auxiliar da Administração e um importante instrumento de proteção jurídica do cidadão. Disso resulta a defesa de uma ampla codificação que vai trazer questões materiais, regras de direito substantivo (inclusive sobre o ato administrativo), de modo que o procedimento, além de complementar ao processo judicial, vai ser considerado também “*modo de realização do direito administrativo*”. É uma “*visão subordinada*” do procedimento ao direito substantivo, na qual a validade material da decisão administrativa deve sempre prevalecer sobre a preterição das regras de procedimento <sup>176</sup>.

Mas essa concepção clássica do direito alemão não restou infensa de críticas da própria doutrina alemã mais contemporânea que defende a revalorização do procedimento administrativo, não mais “*subordinado*” ao direito substantivo, mas sim dotado de tarefas e finalidades próprias para além da mera aplicação do direito material, do que se extrai a sua “*multifuncionalidade*” e o seu “*conceito ordenador*” <sup>177</sup>.

Segundo Vasco Pereira da Silva, essa nova concepção alemã tem como base os direitos fundamentais, a concepção de Niklas Luhmann da legitimação pelo processo e a ideia de Peter Haberle de participação ativa do cidadão no processo decisório da Administração Pública <sup>178</sup>.

A revalorização do procedimento administrativo na doutrina alemã mais contemporânea se dá por dois caminhos: no primeiro se realça a importância da dimensão objetiva do procedimento como instrumento de organização administrativa, sem descuidar, contudo, da dimensão subjetiva da proteção jurídica individual em termos de direito subjetivo, colocando, muito embora, o acento tônico na dimensão participativa como *status activus processualis*, que constitui o princípio estruturador da Administração-constitutiva. Valorização da dimensão objetiva e organizativa do procedimento que, se de um lado se

---

<sup>176</sup> Citando a doutrina alemã (FRITZ WERNER, KARL BETTERMANN, ULE/BECKER, RAINER WAHL, PETER BADURA), bem como o parágrafo 46 da Lei de Procedimento Administrativo, vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.323-327.

<sup>177</sup> Citando a doutrina alemã (FRIEDRICH SCHOCH), vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.328-329.

<sup>178</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.329-330.

aproxima, de outro, se afasta da concepção objetiva italiana por continuar adotando a relação jurídica como conceito central <sup>179</sup>.

No segundo caminho a ênfase recai sobre a “*eficácia irradiante*” dos direitos fundamentais, sobretudo na sua dimensão subjetiva, de maneira que o procedimento agora é visto, juntamente com o direito material, um direito subjetivo do cidadão, uma garantia que ele tem de não ver tomada nenhuma decisão que o afete sem a sua participação <sup>180</sup>.

Entendo que as concepções “*maximalistas*” (austríaca e alemã) não oferecem soluções construtivas para o direito administrativo, pois continuam colocando a ênfase no aspecto subjetivo do procedimento administrativo e conseqüentemente na visão normativista do Direito (subjetivista). Mesmo a parte da doutrina alemã que valoriza a dimensão objetiva e organizativa do procedimento - muito adequada para o direito administrativo -, não consegue fugir dessa maneira de olhar o Direito, conforme apontado (vide *supra*: 1.3.1.) <sup>181</sup>.

Note que não é difícil perceber o impacto que esta doutrina (austríaca e alemã) teve no direito brasileiro, onde, a pretexto de se atender ao comando constitucional (CF: art. 5º, LV), acabou-se por diluir a importância do procedimento na formação da vontade administrativa, reduzindo-o apenas ao seu aspecto litigioso, qual seja o processo administrativo sancionador <sup>182</sup>.

<sup>179</sup> Citando a doutrina alemã (Peter Haberle), vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.331-333.

<sup>180</sup> Citando a doutrina alemã (HELMUT GOERLICH e WALTER KREBS), que entende inclusive inconstitucional o parágrafo 46 da lei de procedimento administrativo, vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.333-335.

<sup>181</sup> O massacre sofrido pela doutrina das “*relações especiais de sujeição*” também parece ser resultado dessa visão normativista do Direito. Parece óbvio atualmente (embora nem tanto em outras épocas) que essas relações não podem ser consideradas extrajurídicas, nem imunes ao alcance do controle judicial, como se pudesse existir um campo em que impera o mero arbítrio. Mas daí a dizer que não pode haver uma organização infralegal no âmbito de relações especiais, como no simples exemplo de uma biblioteca pública, parece um exagero. O cartaz escrito à mão pela bibliotecária pedindo “silêncio” é tão atentatório assim à dignidade da pessoa humana e aos princípios democráticos do Direito? A visão normativista do Direito (e, como se verá, a própria concepção restrita de ato administrativo) parece criar dificuldades que não fazem o menor sentido para o pensamento institucionalista. É que os conceitos jurídicos também evoluem. Observe-se que, atualmente, apesar da crise do conceito tradicional de “*relações especiais de sujeição*”, nem mesmo na Alemanha a ideia subjacente a ele - de que é normal que algumas relações jurídicas específicas possam ser objeto de regulamentação infralegal - foi completamente abandonada, havendo na doutrina alemã, seja com o mesmo nome seja com outro nome (“mera relação de utilização de estabelecimento público” ou *Anstaltsbenutzung*), quem considere que o conceito (evoluído) continua a ser útil como *e.g.* nos casos que envolvem a posição jurídica de alunos nas escolas públicas. Para a contextualização histórica e melhor compreensão do tema, vide: ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.162-167.

<sup>182</sup> A doutrina brasileira, colocando no mesmo cesto processo administrativo e processo sancionador, defende que “a legitimação democrática de atos administrativos unilaterais enfrenta obstáculos históricos difíceis de contornar. No Brasil, em especial, o desafio passa pela ainda esperada superação do autoritarismo e do patrimonialismo no trato da coisa pública, que potencializam a dificuldade de a Administração Pública absorver novos institutos e princípios constitucionais, insistindo em recorrer a dogmas não escritos como a generalizada

Desprezando o contexto e a finalidade do procedimento administrativo para a doutrina italiana, parte da doutrina brasileira acabou por sepultá-lo dentro da cova rasa do modelo do processo judicial, cuja visão é predominantemente normativista e conflitiva, ou seja, bastante estreita para a sinergia colaborativa que deve orientar o direito administrativo.

Por fim, o terceiro tipo de abordagem oferecido ao processo administrativo defende “*codificações minimalistas*” limitadas ao estabelecimento de princípios gerais e à regulação de pontos específicos do procedimento. Como indicado acima, é o pensamento da doutrina majoritária italiana.

Ocorre que, mesmo dentro dessa abordagem “*minimalista*”, a doutrina nem sempre teve a mesma concepção de procedimento administrativo, tendo sofrido variações no decorrer do tempo.

O aprofundamento na matéria é importante para poder se chegar à melhor conclusão possível sobre qual teoria adotar no trabalho.

Parece possível identificar, no ponto, ao menos duas perspectivas “*minimalistas*” sobre o procedimento, cada qual sofrendo uma subdivisão: *i*) a que não reconhece a autonomia do procedimento, subdividida entre aqueles que o concebem sob *i.1*) o aspecto formal do ato administrativo e aqueles que o concebem sob *i.2*) o aspecto substancial do ato administrativo; e *ii*) a que reconhece a autonomia do procedimento, também subdividida *ii.1*) no aspecto formal e *ii.2*) no aspecto substancial.

A primeira aproximação da doutrina italiana ao fenômeno do procedimento se deu ainda sob a influência germânica que o encarava, conforme demonstrado acima, sob o ponto de vista formal e como meio “*alternativo*” ao processo judicial (*i.1*). Num segundo momento a doutrina italiana vai se voltando para uma “*concepção substancialista*” do procedimento, agora influenciada pela doutrina alemã de direito privado que enxergava uma categoria nova além do contrato: o chamado “*ato de acordo*” ou “*ato-união*”; dando origem à ideia de procedimento como “*ato complexo*”, uma “*noção substantiva unitária*” que enxerga o procedimento como um “*único ato jurídico*”, desprovido de autonomia jurídica, representando desta maneira, apenas um “*elemento*” do ato administrativo (*i.2*)<sup>183</sup>.

---

autoexecutoriedade e unilateralidade dos atos administrativos e sua presunção de veracidade – atributos ancorados na ideia ainda presente de supremacia do interesse público sobre o particular”. GUEDES, Demian. O Estado democrático de Direito e os seus castigos: uma reavaliação do ato sancionador. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.288.

<sup>183</sup> Citando a doutrina italiana (UGO FORT, GUIDO ZANOBINI e CHIOVENDA), vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.346-347.

Até então a doutrina não reconhecia a autonomia do procedimento, o que veio a ocorrer pelo pensamento do italiano Aldo Mazzini Sandulli, que rejeita a tese da sua natureza substantiva, entendendo que se trata de uma realidade formal, ou seja, o aspecto dinâmico de um procedimento que se concretiza em vários momentos do tempo; o “*iter*” através do qual se chega ao resultado final, não sendo, portanto, ele próprio um ato administrativo, mas uma série de atos que culminam num ato final, ligados estrutural e funcionalmente ao objetivo em vista e coordenados dentro de um procedimento (*ii. I*)<sup>184</sup>.

Numa atitude crítica, Vasco Pereira da Silva afirma que esse pensamento, embora tenha conseguido se libertar das concepções “*para-substantivas*” e “*para-judiciais*” (ou seja, “*para-contenciosas*”), não conseguiu cortar a sua ligação com o poder administrativo. O procedimento, no pensamento do jurista italiano, seria uma resposta à exigência, ao mesmo tempo, de controle judicial e de ordenação interna dos atos administrativos<sup>185</sup>.

Outra corrente de pensamento italiana (“*doutrina funcionalista*”) entende que o procedimento é a forma da função administrativa, não se podendo confundir o procedimento (próprio da função administrativa) com o processo judicial (próprio da função judiciária), de maneira que esta função tende a modificar unilateralmente as posições jurídicas dos destinatários e pode ainda prescindir dos destinatários (*ii. I*, com a variação funcionalista)<sup>186</sup>.

Persistindo na crítica, Vasco Pereira da Silva afirma que esta corrente de pensamento continua realçando o exercício do poder, embora chamando a atenção para a tarefa de ponderação e de conciliação de interesses que é desempenhada pelo procedimento, de maneira que, segundo o jurista português, não resta claro onde exatamente está a tônica do procedimento: se no aspecto autoritário ou se no aspecto da composição de interesses. Assim, de um lado, o procedimento continua sendo enxergado em razão do resultado final do poder administrativo, precedido de atos instrumentais e, de outro lado, desempenha o papel de ponderação de interesses para a produção do ato final<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.347-348.

<sup>185</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.348.

<sup>186</sup> Citando a doutrina italiana (BENVENUTI, GIANNINI, PAOLO DELL’ANNO e TEDESCHINI), vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.349-350.

<sup>187</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.350-351.

Giorgio Pastori considera que nessa concepção funcionalista o papel do juiz se amplia, podendo o controle judicial alcançar todo o processo lógico-substancial de tomada de decisão e não apenas o aspecto procedimental <sup>188</sup>.

Num último momento, a doutrina (“*nova escola objetivista*”) finalmente acolhe a ideia de que o procedimento é realidade de natureza substancial destinada à composição de interesses, públicos e privados, criticando assim tanto a concepção formal como a concepção funcional do procedimento (também considerada formal). Para esta nova doutrina o procedimento não pode mais ser visto como um esquema fechado, rigidamente regulador e destinado essencialmente à decisão final (unidirecional), mas sim como uma realidade de natureza aberta, flexível, substancialmente dinâmica, variada, complexa e pluridimensional <sup>189</sup>.

A “*crise gravíssima da função*”, para Mario Nigro, onde se entrecruzam atuações públicas e privadas praticadas por sujeitos públicos e privados, feriu as concepções formais sobre o procedimento, que não pode mais ser considerado como mera realidade formal destinada à produção do ato administrativo, ou seja, enquanto mera forma de exercício do poder administrativo, mas sim como um instrumento de composição material de interesses públicos e privados e entre interesses públicos entre si, quer a Administração esteja atuando sob o regime de direito público, quer sob o regime privado <sup>190</sup>.

Com efeito, é a partir dessa concepção substancial que a doutrina italiana vai defender que o procedimento é o novo centro do direito administrativo como alternativa ao ato administrativo.

E um dos aspectos mais chama a atenção no contexto dos tipos de abordagem do procedimento na concepção substancial é a sua visão “*minimalista*”, segundo a qual, conforme resume Vasco Pereira da Silva, as regras do procedimento devem ser abertas, flexíveis, dinâmicas, de natureza organizativa, voltadas especialmente para a instrução (e não do resultado), tudo dentro de um quadro legal mínimo, valorizando assim a tendência de uma desregulamentação, de maneira a deixar nas mãos da Administração Pública a

---

<sup>188</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.352.

<sup>189</sup> Citando a doutrina italiana (NIGRO, PASTORI, PERICU, PUGLIESE, TRIMARCHI, CHITI e CARDI), vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.353.

<sup>190</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.354.

responsabilidade pela escolha do procedimento através do qual pretende justificar a sua atividade <sup>191</sup>.

Quanto ao controle judicial, Giorgio Pastori mais uma vez percebe a mudança de papel do juiz, que deixa de ser o “*juiz do ato*” e passa a ser o “*juiz da relação*” com a possibilidade de controlar não apenas o ato final, mas todo o procedimento <sup>192</sup>.

Entendo que a teoria italiana sobre o procedimento é mais adequada do que a teoria da relação jurídica em razão dos seus critérios objetivos e de caráter organizativo, afinados com o pensamento jurídico do tipo institucional (vide *supra*: 1.1.2). Mas também não explica tudo.

Embora reconheça a importância do papel desempenhado pelo procedimento, especialmente no seu aspecto autônomo, substancial e minimalista (“*nova escola objetivista*”), entendo que o ato administrativo ainda conserva a sua importância e função dentro do direito administrativo contemporâneo, ou seja, a decisão final, ainda é o escopo maior de qualquer ação humana (pública e privada), dela resultando um ato unilateral, um ato bilateral ou mesmo uma não decisão (que é uma decisão com o sinal trocado <sup>193</sup>).

Com efeito, se o procedimento não está simplesmente a serviço da decisão final, possuindo a sua importância e autonomia própria, a decisão final também não está a serviço do procedimento (também não é escrava do procedimento), sendo possível imaginá-la a partir de graus diferenciados de procedimento, variando de um grau máximo até um grau mínimo ou até mesmo, eventualmente, com grau zero (desprovida de procedimento) quando baseada em outros elementos objetivos como *standards*, princípios gerais do direito, costumes e até mesmo situações informais. Quando muito, se poderia admitir a imprescindibilidade do procedimento caso este fosse entendido num sentido muito amplo, amplíssimo (vide *infra*: 2.3.3.). Mas ainda não é chegada a hora de explicar a tese.

### 1.3.3. A teoria neoconstitucionalista

---

<sup>191</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.355-356.

<sup>192</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.356.

<sup>193</sup> Da autonomia do procedimento decorre o fato de que dele não necessariamente deve resultar sempre um ato administrativo, mas não o fato de que dele não deve resultar uma decisão final alternativa, que pode inclusive ser uma não decisão que, ainda assim, é uma decisão (posto que a escolha de uma opção exclui as outras).

A teoria neoconstitucionalista do ato administrativo não é propriamente uma teoria, mas uma mera perspectiva de análise do ato administrativo que pode ser identificada na doutrina brasileira, segundo a qual o Direito passou a ser compreendido como um conjunto de princípios e regras jurídicas, aplicável por ponderação e por subsunção, respectivamente, tendo passado a exigir o sopesamento dos valores positivados na Constituição <sup>194</sup>.

Na verdade, o chamado neoconstitucionalismo, embora tenha reformulado o positivismo jurídico kelseniano para nele inserir valores jurídicos (princípios jurídicos) para além do mero formalismo, não se desligou do pensamento jurídico do tipo normativista (vide *supra*: 1.1.2.).

Se o neoconstitucionalismo, por um lado, pode ter muito com o que contribuir para a interpretação e aplicação do Direito, de outro lado, em termos concretos, ainda parece insuficiente para oferecer respostas para todos os problemas práticos de uma sociedade complexa. Não faria o menor sentido desprezar o papel que ele representou no século XX e ainda representa no século XXI, mas o fato é que ele já não está imune às críticas da doutrina nacional, nem às disposições do próprio direito positivo.

De fato, a propósito do princípio da eficiência, a doutrina entende que houve uma “diluição” dos demais princípios administrativos do art. 37 da Constituição Federal, de modo que deve ser aposentado o exagero de buscar resolver tudo com base em princípios <sup>195</sup>. Explica a doutrina que a ideia das hipergeneralizações dos princípios não é boa porque os seus resultados são ruins e são os resultados que afinal importam <sup>196</sup>.

O diagnóstico da doutrina está correto. Entretanto, não são (só) os resultados que importam. Também importam, é claro, mas ainda existem outros critérios que devem guiar a decisão administrativa. O ponto de vista do “*sujeito utilitário*” <sup>197</sup>, sozinho, não ajuda na solução da questão exatamente porque os bens da sociedade não se reduzem aos “*bens de*

---

<sup>194</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria (neo)constitucional do ato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147 a 168.. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147 a 168.

<sup>195</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014. p.177-178.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p.180.

<sup>197</sup> Sobre o conceito de “*sujeito utilitário*”, cf.: ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p.287-294.



*eficiência*”, alcançando também os “*bens de excelência*”<sup>198 199</sup> que não são auferíveis mediante mero cálculo utilitário.

Isto não significa que esses “*bens de excelência*” podem ser alcançados de maneira simplesmente dedutiva pelo juiz através da subsunção de valores objetivos aos problemas práticos da sociedade, conforme pretende o neoconstitucionalismo<sup>200</sup>.

O direito positivo, através das recentes alterações da LINDB, parece ter reconhecido a limitação dos princípios jurídicos – o grande contributo do neoconstitucionalismo – na solução de toda a sorte de problemas da sociedade contemporânea, quando exige, *e.g.*, que as decisões judiciais, administrativas e de controle: não se baseiem em valores abstratos sem considerar as suas consequências práticas (art. 20, *caput*); considerem as possíveis alternativas para o problema (parágrafo único do art. 20); indiquem de modo expreso as suas consequências jurídicas e administrativas (art. 21); considerem os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (art. 22).

Como previamente indicado, não parece ser difícil apurar a causa da insuficiência do chamado neoconstitucionalismo e da sua inadequação enquanto teoria ou mesmo perspectiva analítica do ato administrativo. A resposta pode ser encontrada no tipo de pensamento jurídico a que ela se liga: o normativista, na versão nova da “*ética de valores*”<sup>201</sup>.

Conforme explanado (vide *supra*: 1.1.2. e 1.3.1.), o pensamento jurídico normativista parece redutor em termos de realização do Direito. É que, não sendo independente, o normativismo, no fundo no fundo, se submete ao decisionismo, ora no seu ponto de partida (positivismo jurídico), ora no seu ponto de chegada (neoconstitucionalismo). Neste último caso, o neoconstitucionalista, fazendo o caminho inverso do positivista, é um normativista em

<sup>198</sup> Para entender melhor os conceitos de “*bens de eficiência*” e “*bens de excelência*”, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). , p. 43-57. No mesmo sentido, utilizando originalmente os conceitos de “*bens externos*” e “*bens internos*”, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral.** Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983). p.315-341.

<sup>199</sup> Esses conceitos não são estranhos ao direito administrativo quando se percebe que, na sua origem liberal, houve uma separação absoluta entre Estado e sociedade que dividiu a realidade em dois mundos: o dos “*valores políticos*” e o dos “*valores econômicos*”. Cf.: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado.** Coimbra: Almedina, 1996. p. 31, nr nº 38. A doutrina da “*negociação proba*” também já detectou a importância de compatibilizar “*eficiência*” e “*equidade*”. FREITAS, Juez. *Negociação proba na esfera administrativa: dever constitucional de promoção da sociedade pacífica.* In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coords.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição.** Belo Horizonte: Fórum, p.235.

<sup>200</sup> Embora muito diferentes sob o ponto de vista teórico-prático, é possível fazer um paralelo entre os conceitos macintyreanos de “*bens de eficiência*” e “*bens de excelência*” e, respectivamente, os conceitos de “*direitos orientados à liberdade*” e “*direitos orientados à justiça*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil,** Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.82-83.

<sup>201</sup> ABBÁ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral.** Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p.213.

seu ponto de partida e um decisionista no seu ponto de chegada. Em outras palavras, parte de uma dada norma jurídica (princípios constitucionais) para chegar a uma decisão que, segundo a sua convicção pessoal e subjetiva, é a que melhor reflete os valores constitucionais, ou seja, nada muito distante do voluntarismo.

É duvidoso dizer que o neoconstitucionalismo representa um avanço em relação ao positivismo jurídico ao substituir a subsunção pela ponderação, ou seja, a arbitrariedade da imputação normativa kelseniana pela arbitrariedade da ponderação dos valores refletidos nos princípios jurídicos. No pensamento neoconstitucionalista, a subjetividade da valoração persiste, agora não mais localizada no legislador, mas sim no juiz. Do subjetivismo arbitrário do legislador se passa ao subjetivismo ilustrado do juiz. Em outras palavras, persiste toda carga voluntarista que o decisionismo carrega. Positivismo jurídico e neoconstitucionalismo, nesta perspectiva, são duas faces da mesma moeda (a moeda do supersubjetivismo) <sup>202</sup>.

Fica fácil perceber que a sombra do pensamento do tipo normativista ainda paira tanto sobre a abordagem neoconstitucionalista do ato administrativo como também sobre as suas teorias substitutivas, a teoria da relação jurídica desenvolvida pela doutrina alemã e a teoria do procedimento administrativo na concepção inicial adotada pela doutrina italiana, ainda sob a influência da primeira (vide *supra*: visão maximalista do procedimento no item 1.3.2.1.).

Em todas elas, de um lado, se coloca o acento tônico no aspecto redutor e conflitivo da ideia de direito subjetivo (uma espécie de império do subjetivismo), perdendo-se, de outro lado, a oportunidade de analisar a decisão administrativa por dentro, ou seja, sob a ótica do sujeito agente da “*primeira pessoa*”, bem como de oferecer elementos materiais, objetivos e concretos, voltados para criar a sinergia colaborativa que deve orientar o direito administrativo contemporâneo.

É possível dizer que a abordagem em questão tanto é insuficiente para tratar do ato administrativo – e por isso sequer pode ser chamada de teoria do ato administrativo - que acaba se apoiando nas duas teorias substitutivas anteriores.

Ricardo Marcondes Martins apresenta a “*teoria (neo)constitucional do ato administrativo*” como fundamento de uma profunda revisão da teoria da decisão pública, que passou a exigir um processo administrativo mesmo quando não haja litígio ou acusação, dando origem assim ao processo administrativo “*de participação*” através do qual se assegura

---

<sup>202</sup> Mesmo dentro do neoconstitucionalismo existe uma doutrina que, com razão, critica o “*jusnaturalismo subjetivista*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.66-67.

o direito do administrado de participar do processo decisório da Administração e de influenciar a decisão final de acordo com a sua pretensão <sup>203</sup>.

É interessante notar que o estudo das duas teorias referidas anteriormente, permite perceber a qual das duas (alemã ou italiana) uma eventual corrente de pensamento mais se aproxima. No caso da abordagem neoconstitucionalista, além do pensamento jurídico do tipo (neo)normativista, fica bastante perceptível a sua aproximação com a doutrina alemã.

É que, ao se referir à teoria da decisão (concepção própria da doutrina alemã), o neoconstitucionalista também parece destacar a centralidade da decisão final, compreendendo o procedimento como mero instrumento a seu serviço. Essa aproximação em direção à doutrina alemã é perceptível quando conclui que o ato administrativo é a única alternativa posta à disposição da Administração Pública quando do seu relacionamento com os cidadãos, não sendo possível sequer se falar, segundo este pensamento, em contrato no âmbito público <sup>204</sup>.

Fica evidente aqui a falta de reconhecimento da autonomia do procedimento, que acaba sendo compreendido como mero instrumento a serviço do ato administrativo.

Mas não é só. No afã de defender que o ato administrativo não morreu, nem foi substituído por outras categorias, a teoria neoconstitucionalista matou ao mesmo tempo tanto o contrato (privado e administrativo) como o procedimento administrativo, sepultando o que chama de “*mito da administração concertada*” sob o argumento de que não existe autonomia da vontade na Administração Pública.

Também induz à mesma conclusão (de aproximação da doutrina alemã) a menção ao direito do administrado de participar do processo decisório da Administração e de influenciar a decisão final de acordo com a sua pretensão, pois, ao pressupor a existência de pretensões (e não de colaboração), revela o caráter subjetivista desse pensamento, ainda que não se fale em litígio. O processo judicial como paradigma do procedimento administrativo subsiste nesse tipo de pensamento. O que é denominado processo administrativo “*de participação*” nada mais é do que uma mera réplica do que é denominado processo administrativo ‘*de defesa*’.

Na verdade, a abordagem neoconstitucionalista remonta ao tempo da concepção inicial alemã do ato administrativo autoritário, que é anterior à própria teoria alemã da relação

---

<sup>203</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria (neo)constitucional do ato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147 a 168. p.156-158.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p.162-163.

jurídica e anterior à própria doutrina italiana que defende o procedimento. É claro que o elemento autoritarismo não poderia permanecer com tamanha evidência, tendo sido reformatado pela ideia de ponderação objetiva de valores jurídicos<sup>205</sup>, cuja resposta é quase sempre redutora da real capacidade que o direito administrativo tem (deve ter) de compor os diversos interesses.

Observe o exemplo adotado pela mesma doutrina: entre apreender uma ambulância sem o filtro exigido por lei ambiental de proteção ao meio ambiente e cumprir o dever de proteger a vida dos pacientes transportados pela ambulância, o ato administrativo deve ser praticado em favor da vida do paciente e não do meio ambiente, de onde surge a sugestão conclusiva no sentido de que se deixe de fazer a apreensão<sup>206</sup>.

Ocorre que, embora preservado o direito à vida do paciente (sem dúvida, fundamental), o direito ao meio ambiente continua desatendido. Em outras palavras, a ponderação objetiva de valores - por si só - não organizou de maneira construtiva e proativa, nem de maneira definitiva (nem mesmo transitória) a questão, já que a ambulância continua sem o filtro e continua poluindo o meio ambiente. O ato administrativo do exemplo acima não se antecipou a nada, nem foi sequer planejado, tendo sido praticado de modo meramente pontual e reativo a um problema, o que é muito pouco se se pensar na sinergia colaborativa que deve orientar o direito administrativo contemporâneo.

Note o problema: entre essa postura da Administração de ponderar e decidir problemas de modo meramente reativo e uma atitude voluntarista (normativismo-decisionista) não existe uma grande distância. É claro que a ponderação de valores é importante no direito administrativo - muito importante -, mas ela por si só parece insuficiente para dar conta da complexidade da sociedade contemporânea e todo o potencial que o ato administrativo pode oferecer.

Ocorre que a perda da visão de um todo maior, o desprezo pelo planejamento futuro, a inanição da proatividade e a ausência de sinergia construtiva e colaborativa podem fazer muita falta durante a formação do ato administrativo.

Bem por isso se deve ter o cuidado de não confundir o institucionalismo clássico com o neoconstitucionalismo, nem associar este último à ideia de que se trata de uma versão contemporânea daquele, já que, muito ao contrário, apresentam visões bem diferentes do

---

<sup>205</sup> Exemplo disso pode ser encontrado na doutrina neoconstitucionalista mais contemporânea que, a despeito dos diagnósticos adequados sobre o pluralismo jurídico, continua presa ao ponto de vista externo e puntiforme do sujeito da “terceira pessoa” (o juiz), não enxergando o enorme potencial dinâmico do sujeito agente da “primeira pessoa”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.131-153.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p.156.

Direito <sup>207</sup>. O neoconstitucionalismo, como se percebe, se aproxima mais do pensamento jurídico do tipo normativista do que daquele de tipo institucional.

#### 1.4. PROPOSTA DE UMA “TEORIA INSTITUCIONAL” DO ATO ADMINISTRATIVO

Até aqui foram expostas aquelas teorias candidatas a substituir (relação jurídica e procedimento) ou a reformular (neoconstitucional) o ato administrativo diante da realidade da sociedade contemporânea. É chegada hora de tentar oferecer outro caminho, que não é propriamente uma teoria, mas apenas uma abordagem diferente sobre o ato administrativo.

A proposta, nesse passo, parte do pressuposto de que o ato administrativo não está morto e continua sendo o centro do direito administrativo (e o expandindo ainda mais), não havendo uma nova categoria jurídica capaz de substituí-lo, nem de fazer o que somente ele tem o potencial de fazer.

Partindo do pressuposto de que o ato administrativo, mesmo no século XXI, ainda é uma categoria jurídica central, cumpre tentar realizar sua releitura à luz dos novos paradigmas e valores da sociedade e tentar descobrir qual a sua real importância e função no direito administrativo contemporâneo.

Desde já se pode dizer que aquela concepção autoritária inaugurada por Otto Mayer, segundo a qual “o ato administrativo é o pronunciamento autoritário de pertinência da administração, determinativo no caso particular para o súdito do que para ele deve ser conforme o direito”<sup>208</sup>, não parece ter mais lugar no direito administrativo contemporâneo.

Como já mencionado, esta concepção, muito própria do Estado liberal de matriz francesa, não encontra acolhimento nem na lógica do Estado social (prestador), nem na lógica do Estado pós-social (infraestrutural), já que o ato administrativo se presta não apenas a restringir direitos (poder de polícia), mas também a ampliar e constituir direitos em favor de

---

<sup>207</sup> Na filosofia política, o institucionalismo pode acabar se aproximando do neoconstitucionalismo sempre que resolver compartilhar a mesma visão liberal-atomista-procedimental, em contraposição às teorias comunitaristas (vide: 4.1.3.2.). Cf.: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 2ª ed.. São Paulo: Edição Loyola, 2014, p.197-220.

<sup>208</sup> *Apud* MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.23.

toda a sociedade. Aliás, se presta a muito mais do que isto: se presta a buscar os “*bens de excelência*” a que alude Alasdair Macintyre<sup>209</sup>.

A proposta, com efeito, é tentar adaptar – sem desnaturar – o ato administrativo aos paradigmas e valores da sociedade contemporânea. Trata-se, na verdade, de uma tentativa de oferecer uma nova e diferente abordagem desta categoria jurídica, o que deve ocorrer através de uma tentativa metódica de aproximação do ato administrativo a outras perspectivas de pensamento jurídico, especialmente a perspectiva institucional e a sua identificação com o ordenamento jurídico concreto.

É importante alertar para o fato de que não se pretende, portanto, construir uma nova teoria sobre o ato administrativo, mas apenas tentar oferecer uma perspectiva de análise diferente daquelas até aqui identificadas.

#### 1.4.1. Bases Teóricas da Proposta

Parece pertinente apresentar as bases teóricas da abordagem proposta, ao menos com o objetivo de aproximação, o que não é exatamente um método inédito, já tendo sido utilizado, de uma maneira ou de outra, pela doutrina nacional<sup>210</sup>.

De uma maneira geral, a abordagem proposta utiliza como perspectiva metodológica três teorias jurídicas: a teoria institucionalista (Maurice Hauriou), a teoria do ordenamento jurídico (Santi Romano) e a teoria funcionalista (Norberto Bobbio).

##### 1.4.1.1. A teoria institucionalista de Maurice Hauriou

A teoria institucionalista de Maurice Hauriou, de certa forma, já foi apresentada anteriormente como um dos tipos de pensamento jurídico, o institucional, ao lado do normativista e do decisionista (vide *supra*: 1.1.2.3).

Para Maurice Hauriou, as instituições representam no Direito a duração e a continuidade do real, sendo fundadas sobre um tipo específico de poder dentro do qual está pressuposto um tipo de consenso que, uma vez dado pelo sujeito, é válido juridicamente<sup>211</sup>.

<sup>209</sup> MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 43-57.

<sup>210</sup> A título de exemplo, Fernando Dias Menezes de Almeida utiliza perspectivas diferentes sobre o mesmo fenômeno, o contrato, ora analisando-o estruturalmente, ora funcionalmente, conforme doutrina de Norberto Bobbio (vide: seção 3, § 17 da obra *Contrato administrativo*). Também Maria Paula Dallari Bucci, na busca por um método de políticas públicas, utiliza perspectivas diferentes, inclusive a da teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano e a teoria da instituição de Maurice Hauriou (vide: capítulo 3 da obra *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*).

Como exposto antes (vide *supra*: 1.1.2.3), segundo Maurice Hauriou:

[...] uma instituição é uma ideia de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos.<sup>212</sup>

A definição de instituição oferecida por Maurice Hauriou não ficou imune à crítica. Embora reconhecendo esta doutrina como um “admirável marco do pensamento jurídico contemporâneo”, Miguel Reale e.g. entende que a “doutrina pode ser engenhosa, mas não é convincente”, já que não existe organização que não tenha por base a sociabilidade dos homens<sup>213</sup>. O jurista-filósofo brasileiro reconhece a disciplina social como sendo meramente sociológica, ou seja, como consequência da sociabilidade<sup>214 215</sup>.

O próprio Santi Romano, cujo pensamento toma de empréstimo a ideia de instituição do jurista francês, reconhece a sua incerteza e quase dúvida, observando que o que ele quis salientar foi o caráter objetivo da instituição, embora a tenha considerado um objeto, uma coisa, quando na verdade a instituição, mais do que isto, é um ordenamento jurídico objetivo<sup>216</sup>.

O fato é que o institucionalismo idealizado pelo jurista francês representa um olhar diferente para o Direito, um salto de qualidade que não pode ser desprezado pela doutrina. Exatamente por isso não se pode simplesmente taxar pejorativamente a sua escola (*puissance publique*) de autoritária, já que a *puissance*<sup>217</sup> que ele vislumbrava não estava ligada à ideia de autoritarismo, nem de arbitrariedade, mas sim, em vez disto, à uma concepção de poder até

<sup>211</sup> *Apud* MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001 p.82.

<sup>212</sup> HAURIU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.19.

<sup>213</sup> REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. rev. 7ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015., p.296.

<sup>214</sup> *Ibidem*. Vide também NR nº 38. É importante perceber que Miguel Reale, embora se afirme como conciliador entre o monismo e o pluralismo, adotando para tanto a concepção denomina “*gradação da positividade jurídica*”, no ponto, repete a postura dos positivistas tradicionais (kelsenianos), ou seja, resiste em admitir que um elemento social (fático) possa ser reconhecido como jurídico independentemente de uma norma jurídica, deixando este elemento, como consequência, fora das fronteiras do Direito, como um elemento extrajurídico.

<sup>215</sup> No âmbito da filosofia política, a conhecida separação entre “*fato*” e “*valor*” no seu pensamento jurídico é incompatível com a ética da “*primeira pessoa*” exatamente porque, imaginando que os “*fatos*” são supostamente “*neutros*”, lança os “*valores*” dentro do puro decisionismo. Vide: ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p. 240-245 e 332-333.

<sup>216</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. . Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.82-83.

<sup>217</sup> Para uma compreensão adequada de *puissance* como “*ideia*” e “*potência*”, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.78-79.

mesmo não estatal, não autoritário e eventualmente mais legítimo do que o próprio poder estatal, algo muito próximo da concepção de poder organizado.

De fato, quando se compreende o contexto histórico <sup>218</sup> em que estava imerso Maurice Hauriou, não se pode deixar de considerar que a sua concepção de “*prerrogativas*” não estava nem de perto relacionada à ideia de arbítrio ou de mero *privilège*, refletindo, isto sim, apenas a sua compreensão num determinado momento histórico daquilo que pretendia expressar como uma necessidade de fazer prevalecer o interesse da sociedade e não do Estado em si mesmo.

É isso o que revela o texto abaixo:

No pensamento de seus autores e particularmente de Bonaparte, trata-se menos de prestar serviços ao público que de assegurar uma exata execução das ordens do governo num país submetido a uma severa disciplina. Mas os tempos mudam. Inicialmente instrumento, nas mãos do poder, a administração francesa se deixou progressivamente penetrar por ideias de utilidade pública e de serviço público. Sem nada abandonar as prerrogativas essenciais, ela se obrigou, cada dia mais, a não utilizá-las (sic) senão para melhor cumprir sua missão: assegurar a ordem pública e prover a utilidade pública. <sup>219</sup> (Sem grifo do original)

Observe que não é apenas o caso de ser generoso com o jurista francês em razão do contexto histórico, mas o fato é que as suas palavras são muita claras no sentido de expressar o que ele entende por “*prerrogativas*”: tudo, menos privilégio; tudo, menos arbítrio. Significam, muito ao contrário, que a Administração Pública tem um poder (se preferir, um dever-poder) que pode ser exercido, embora não necessariamente, e na estrita medida do necessário para cumprir uma missão de interesse da sociedade. Concepção muito diferente do deus-Estado bonapartista <sup>220</sup>.

<sup>218</sup> “Doutrinas, teses e argumentos, todos, devem ser compreendidos em termos de contexto histórico. O que não quer dizer, obviamente, que a mesma doutrina ou os mesmos argumentos não possam reaparecer em diferentes contextos. Nem que reivindicações da verdade atemporal não estejam sendo apresentadas. Isto quer dizer que reivindicações são feitas em nome de doutrinas cuja formulação é determinada temporalmente e que o conceito de atemporalidade é um conceito com uma história, um conceito que, em certos tipos de contexto, não é de forma alguma o mesmo conceito que em outros”. MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.20.

<sup>219</sup> *Apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.123.

<sup>220</sup> Entendo injusta também, *data venia*, a aproximação feita por Maria Paula Dallari Bucci entre o jurista francês e John Locke para quem, segundo a jurista brasileira, “a ideia de *prerrogativas* estaria associada à *discricionariade*” no sentido de que “*comporta o poder de afastar o cumprimento da lei*”. A visão de John Locke é completamente diferente da de Maurice Hauriou, conforme se pode notar nas suas palavras: “*este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa*”. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. . São Paulo: Saraiva, 2002.. São Paulo: Saraiva, 2002., p.121-122.



É claro que todo esse contexto vai refletir na construção do “*ato executório francês*” que, por sua vez, também vai ser objeto de evolução (vide *supra*: 1.2. e *infra*: 2.2.). Mas isto é outra história.

É preciso assumir, portanto, que existe poder e que existe autoridade.

O que não se pode fazer é fingir que não existe a autoridade ou que ela não tem mais lugar no mundo contemporâneo, onde supostamente existiria apenas o contratualismo radical, posto que isto não retrata a realidade das coisas.

No exemplo abaixo se pode notar a presença da autoridade até mesmo num instituto tipicamente consensual<sup>221</sup> (fig.01):

Na mediação, o *rapport* (estado de confiança) estabelecido pelo mediador é exemplo de que a autoridade, ainda que suave, subsiste até mesmo numa relação de base eminentemente contratual na qual a autodeterminação das partes é o grande princípio norteador. (fig.01)

Ideias como a de que a consensualidade representa um “*canal de desautorização*” do direito administrativo<sup>222</sup> devem ser recebidas com todo o cuidado, já que mesmo o direito administrativo contemporâneo não pode simplesmente se desfazer do seu papel de vetor para as relações sociais em geral e para as administrativas em especial. Desautorizar dois séculos de doutrina administrativista para dizer que o que vale agora é só o consensualismo radical não parece adequado<sup>223</sup>.

#### 1.4.1.2. A teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano

O pensamento de Santi Romano consolidado na sua teoria do ordenamento jurídico vai representar em 1918, mais do que uma novidade em termos de teoria jurídica, uma viragem no pensamento jurídico moderno. Ainda limitada ao positivismo jurídico da época, é certo, mas ainda assim uma viragem importante.

<sup>221</sup> Citando HOPE, Mary Kendall, para quem um bom *rapport* permite a transição de escuta e empoderamento para um “*suave confronto*”, vide: DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson. **Mediação na Administração Pública**, p.87, NR nº 136.

<sup>222</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, número 24, dez./jan./fev. 2011.

<sup>223</sup> A pandemia do coronavírus (COVID-19) que assolou o mundo em 2020 parece servir de alerta para a importância que a autoridade ainda tem lugar mesmo no direito administrativo do século XXI. Mais horizontal, dialógico e consensual (*e.g.* das recomendações), mas ainda assim uma autoridade.

A teoria romaniana tem como base o pensamento institucional, na concepção exposta (vide *supra*: 1.1.2.3.) e propõe estender as fronteiras do Direito para além das normas jurídicas, ampliando enormemente o seu conceito para alcançar situações fáticas que, conquanto consideradas extrajurídicas pela doutrina positivista de matriz kelseniana, devem ser, ao contrário do que defende estas últimas, consideradas jurídicas. Em outras palavras, a concepção de Direito do autor é mais ampla do que a concepção positivista que identifica o Direito com as normas jurídicas produzidas pelo Estado.

E para isso o jurista italiano utiliza a ideia de ordenamento jurídico. A definição de ordenamento jurídico proposta por Santi Romano merece transcrição:

Em outras palavras, o ordenamento jurídico, desta maneira amplamente entendido, é uma entidade que por um lado se move conforme as normas, mas, sobretudo, por outro lado, ele mesmo as move [as normas] quase como se elas fossem peões em um tabuleiro de xadrez. Deste modo, elas [as normas] representam mais o objeto e o meio da atividade do ordenamento, do que um elemento da sua estrutura.<sup>224</sup>

Se as normas jurídicas não são elementos essenciais (mas apenas acidentais) do ordenamento jurídico, quais seriam então os elementos essenciais do conceito de Direito, segundo o jurista italiano?

Santi Romano responde dizendo que são três esses elementos essenciais: *i*) o conceito de sociedade (entidade distinta dos indivíduos que a compõem), *ii*) a ideia de ordem social (excludente de tudo o que é arbítrio e força material) e *iii*) a organização (estrutura, atitude da mesma sociedade em que o Direito é vigente e para ele se constitui como unidade, como um ser em si mesmo)<sup>225</sup>.

É interessante notar que o segundo elemento (*ii*) apontado pelo jurista italiano, conforme será exposto mais a frente, constitui um forte indicativo de que a sua teoria estava no caminho certo, conquanto talvez nem mesmo ele tivesse essa noção<sup>226</sup>.

O fato é que, segundo o autor, o conceito necessário e suficiente para expressar o Direito como ordenamento jurídico tomado no seu todo e unitariamente é o conceito de instituição.

---

<sup>224</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.69.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p.76-78.

<sup>226</sup> A ideia de uma ordem social que exclui tudo o que é “*arbítrio*” é plenamente compatível com a ética aristotélica. E acaba contradizendo o próprio jurista quando ele afirma que uma organização criminosa também é uma instituição. O seu método positivista talvez tenha embaraçado o seu pensamento e o impedido de dar um passo a mais para verificar a relação de contradição lógica existente entre “*arbítrio*” e razão. Uma organização criminosa, justamente por não se fundar na razão em termos de ordem social, só pode ser um “*simulacro*” de instituição e nunca uma “*genuína*” instituição.

De fato, segundo o jurista italiano, “todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico”, existindo entre os dois conceitos, segundo ele, “uma equação necessária e absoluta”<sup>227</sup>.

Eis porque o conceito de instituição de Maurice Hauriou se torna nuclear na teoria romaniana. Mais do que nuclear, segundo Santi Romano, o conceito de instituição, depois de redefinida a intuição do jurista francês, se confunde com o próprio conceito ordenamento jurídico. O conceito de instituição ganha outro vulto, maior e mais importante, com o jurista italiano.

Em apertada síntese, a teoria do ordenamento jurídico formulado pela jurista italiano traz para dentro do mundo do Direito as mais diversas situações a respeito das quais o normativismo puro simplesmente não teria resposta por considerá-las meras situações de fato, situações extrajurídicas. A nova teoria de Santi Romano, entretanto, permitiria compreender e explicar com mais qualidade problemas práticos da sociedade, de maneira a não abandonar o cidadão à sua própria sorte sob a alegação de que estas situações não estariam albergadas pelo Direito.

#### 1.4.1.3. A teoria funcional de Norberto Bobbio

Além das duas teorias (institucionais) acima, a teoria (normativa) funcional de Norberto Bobbio não pode deixar de ser objeto de análise.

A teoria funcional da norma jurídica desenhada por Norberto Bobbio é plenamente compatível com a teoria kelseniana, eis que ambas cuidam do mesmo objeto (a norma jurídica), embora através de ângulos diferentes: da “*estrutura*” no positivismo kelseniano e da “*função*” no funcionalismo do jurista italiano.

Mas e quanto à compatibilidade da teoria funcional em relação à teoria institucional?

Embora o conceito de Direito para a teoria da norma jurídica (seja pelo ângulo estrutural, seja pelo funcional) seja substancialmente diferente daquele elaborado pela teoria do ordenamento jurídico romaniana (teoria institucional), é possível realizar uma comparação ou uma aproximação entre os dois conceitos.

É que, conforme Santi Romano faz questão de ressaltar, a teoria do ordenamento jurídico, além de ser dogmática e positivista, é compatível com a teoria da norma jurídica,

---

<sup>227</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.78.

sendo esta última apenas insuficiente para explicar o conceito de Direito, estando compreendida, portanto, dentro de um espectro maior que é ordenamento jurídico, tal como dois círculos concêntricos, sendo o menor o campo da norma jurídica <sup>228</sup>.

Ocorre que o mais importante não é o esforço do jurista italiano por enquadrar o institucionalismo dentro do direito positivo. Ao contrário, a grande contribuição do institucionalismo, talvez não percebida totalmente por ele, é exatamente a sua capacidade de acolher o positivismo e ir muito além dele (muito além da sua neutralidade).

O institucionalismo romaniano se aproxima da teoria funcional de Norberto Bobbio na medida em que ambas têm em comum o apreço pelo “mundo da realidade” em contraponto ao “mundo da normatividade” típico do normativismo kelseniano.

E os pontos em comuns não param por aí.

As teorias de Santi Romano e Norberto Bobbio têm ainda em comum o entendimento de que ambas são compatíveis com a teoria da norma jurídica kelseniana <sup>229</sup>. A divergência está, em linhas gerais, no fato de que, enquanto para Norberto Bobbio o aspecto funcional é um complemento do aspecto estrutural da norma jurídica, para Santi Romano, o ordenamento jurídico contém a norma jurídica (na estrutura e na função), mas não se esgota nela.

A teoria romaniana, portanto, amplia as fronteiras do Direito (mas ainda dentro dos seus limites), enquanto a primeira, mantendo as mesmas fronteiras do positivismo, realiza apenas uma espécie de enxerto no conceito kelseniano de Direito.

O fato de Norberto Bobbio ter reservado um capítulo inteiro para tratar exclusivamente da teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano <sup>230</sup>, por si só, já demonstra que não é um despropósito utilizar ambas as teorias como método de aproximação. Embora Santi Romano tenha dito que o jurista de Turim “*não entendeu*” a sua teoria <sup>231</sup>, afirmação com a qual não se pode deixar de concordar em razão dos equívocos que apresenta

---

<sup>228</sup> A ênfase que o autor oferece acerca da compatibilidade da sua teoria com a teoria da norma jurídica pode ser encontrada em várias passagens da sua obra. Vide *e.g.*: SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008., p.62, 129 e NR nº 69bis.

<sup>229</sup> Embora Norberto Bobbio diga num primeiro momento que a teoria elaborada por Santi Romano “*se contrapõe à teoria normativa*”, num segundo momento, reconhece a compatibilidade entre elas, não sem antes realizar ajustes através da utilização da classificação que divide “*normas de organização*” de “*normas de conduta*”, equivalente teórico à concepção (hartiana) que promove a divisão entre “*normas de primárias*” e “*normas secundárias*”. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p.164-166.

<sup>230</sup> Vide capítulo 8. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p.159-180.

<sup>231</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.130, NR nº 69bis.

<sup>232</sup>, parece necessário fixar o olhar não nas diferenças, mas sim nos pontos de aproximação entre elas. É a aproximação entre elas e delas, por sua vez, com o ato administrativo que interessa no trabalho.

Segundo Norberto Bobbio, a norma jurídica pode ser compreendida através de outro ângulo – o funcional - diferente do ângulo da sua estrutura. E o que chama mais a atenção na sua abordagem funcional da norma jurídica gravita em torno exatamente daquilo que parece ser um dos principais pontos que separa a teoria romaniana do ordenamento jurídico e a teoria kelseniana da norma jurídica, qual seja, a ideia de sanção, que tem significados diferentes para estas duas teorias.

Enquanto para o institucionalismo, a sanção significa “simples garantia direta ou indireta, imediata ou mediata, preventiva ou repressiva, segura ou provável” <sup>233</sup> (que sequer precisa ser estatal), para a teoria kelseniana, a sanção significa coerção enquanto recurso à força exclusivamente estatal.

É justamente esta concepção coercitiva kelseniana que é posta em questão por Norberto Bobbio ao anunciar a existência de uma “*crise da força*” ou uma “*crise da coerção*” <sup>234</sup>, no que se aproxima, em certa medida e talvez até mesmo sem o pretender, da concepção romaniana de sanção.

Para Norberto Bobbio existem, ao lado das sanções “*negativas*”, as sanções que são “*positivas*” e.g. das sanções “*premiais*”, próprias da função promocional do Direito, onde não reside qualquer resquício de coerção na norma jurídica, mas apenas incentivos e prêmios.

Norberto Bobbio reconhece expressamente que apenas o prêmio e a pena (mas não os incentivos) pertencem propriamente à categoria das sanções, já que a sanção (negativa ou positiva) pressupõe a existência de uma norma primária no sentido hartiano, ou seja, pressupõe uma norma de conduta que impõe reativamente um dever, o que não ocorre,

---

<sup>232</sup> Parece equivocada afirmação no sentido de que “*Santi Romano é, no sentido exato da palavra, ‘formalista’*”. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. , p.167, NR nº 23. A teoria romaniana não pode ser considerada “*formalista*” exatamente por considerar o factual, o espontâneo e a onticidade do direito. GROSSI, Paolo. Introdução. SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008., p.17-19. Ao que parece, quando Santi Romano se refere à “*forma*”, está em verdade se referindo ao seu significado aristotélico de que é a forma que dá existência à coisa (*forma dat esse rei*) e não ao mero formalismo no sentido burocrático. Cf. “*mas quando a matéria existe em ato ela está em sua forma*”. ARISTÓTELES, *Metafísica*, Livro IX, 1050a16.

<sup>233</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.74-75.

<sup>234</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p.73-75.

segundo o jurista de Turim, na hipótese dos incentivos e desincentivos, cujas intenções principais são o encorajamento e o desencorajamento. Ausente, portanto, qualquer norma primária (coerção) <sup>235</sup>.

Contudo, esta ressalva não existe na concepção romaniana de sanção, cuja amplitude parece comportar tanto os prêmios (sanções positivas) como os incentivos, se se considerar que neste último caso a não adesão espontânea gera uma espécie de sanção genérica, assim entendida como o não gozo do benefício prometido. Uma consequência “*indireta*”, “*mediata*”, “*preventiva*” e “*meramente provável*”, como exposto acima.

Por isso, num menor ou maior grau, a teoria funcional de Norberto Bobbio se aproxima da teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano. Ambas ainda estão amarradas, num menor ou maior grau, ao conceito de sanção.

Na verdade, a concepção funcionalista rejeita a ideia kelseniana de ordenamento coativo que tem pressuposto, segundo Norberto Bobbio, o “homem mau, cujas tendências anti-sociais (sic) devem ser controladas”. Admite em vez disto um ordenamento diretivo, cujo pressuposto é o “homem inerte, passivo e indiferente, o qual deve ser estimulado, provocado e solicitado” <sup>236</sup>, ou seja, um homem neutro <sup>237</sup>.

É aqui que a teoria romaniana dá um passo além para acolher não apenas os aspectos controlador (do homem antissocial) e diretivo (homem inerte), mas também – e principalmente – o aspecto organizativo do Direito, cujo pressuposto agora é o homem proativo, cooperativo e sinérgico, ou seja, um homem sociável (bom e mau).

É importante destacar que o homem sociável do institucionalismo romaniano não é o mesmo homem sociável que busca aquilo que é bom e justo (a excelência) da ética aristotélica <sup>238</sup>, mas tem em comum com ele o ponto de vista do sujeito agente da “*primeira pessoa*” <sup>239</sup>.

Perceba que, conforme exposto antes, dentre os elementos essenciais de instituição propostos por Santi Romano está (ii) a ideia de ordem social que “*serve para excluir todo*

<sup>235</sup> *Ibidem*, p.72-73.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p.79.

<sup>237</sup> Ainda que o “*homem inerte*” possa ser encontrado na realidade fática, a história da Humanidade mostra que o homem é, para o bem e para o mau, capaz de grandes realizações. Até mesmo o positivismo filosófico consegue enxergar um homem não inerte, um homem que é “*demasiado bom, mas demasiado estúpido*”. POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem**: epistemologia evolutiva e sociedade aberta, p.156.

<sup>238</sup> A doutrina tem razão quando diz que, em Aristóteles, não existe o *bon sauvage*, mas não tem razão quando diz que o homem não adere espontaneamente ao bem, sendo indispensável a imposição da lei (“a moral da lei”; o homem “*encrático*” macintyreano). Neste sentido, equivocado, cf.: BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p.26-27. No sentido adequado, sem desconfianças radicais nem dos desejos, nem da razão, cf.: MOTA, Francisco Sasseti da. Da catástrofe às virtudes, p.70 e p.93, nota 31. Cf. ainda: “[...], *mas não nascemos bons ou maus naturalmente*”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, 1106a10-11.

<sup>239</sup> O homem sociável do institucionalismo também não se confunde com o *bon sauvage* rousseauiano e Maurice Hauriou mais de uma vez demonstrou a sua oposição às ideias rousseauianas.

*elemento que possa conduzir ao puro arbítrio ou força material*”<sup>240</sup>, o que revela uma aproximação da sua teoria à ética aristotélica da racionalidade voltada ao bem comum. Esta ideia, contudo, não foi tratada explicitamente por Santi Romano, que optou por limitar a sua teoria às fronteiras do positivismo jurídico. E pode ter pago um preço muito alto por isso: primeiro, o quase esquecimento e depois a subversão do seu pensamento<sup>241</sup>.

Com efeito, a teoria funcional (neutra) de Norberto Bobbio, ainda que incompleta para explicar o Direito, como de resto é o positivismo jurídico<sup>242</sup>, também pode ajudar a entender como se deve construir uma concepção contemporânea de ato administrativo ao chamar a atenção para a importância de se enxergar uma função/finalidade, embora ela deva ser não mais neutral, mas sim substancial (*telos*).

#### 1.4.2. O Ato Administrativo sob o Viés Institucionalista

A pretensão desta investigação é realizar uma abordagem do ato administrativo sob um ângulo diferente: do pensamento de tipo institucional já mencionado (vide *supra*: 1.1.2.3.).

É certo que, depois de uma decantação resultante da sua aproximação com as teorias acima referidas (institucional, ordenamental e funcional), o ato administrativo pode não mais permanecer o mesmo, com a mesma concepção e com as mesmas funções de outrora.

A expressão viés institucionalista, com efeito, pretende apenas representar uma proposta terminológica, necessária para se apartar a abordagem ora realizada daquelas concepções tradicionais da doutrina.

<sup>240</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. . Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008., p.76-78.

<sup>241</sup> A incapacidade da teoria institucional clássica de desvincular uma organização criminosa do conceito de instituição pode ter contribuído, num primeiro momento, para o seu desprestígio. O elemento ético (boa vida) fez falta para o institucionalismo romaniano. Todavia, esta incapacidade não retira a sua importância para o pensamento jurídico contemporâneo, nem pode ser tomada sem a devida compreensão do seu contexto histórico, eminentemente positivista. Exemplo disso é que agora, num segundo momento, a teoria tem sido resgatada (e subvertida) pelo “*pluralismo sociológico*”. O tema será retomado mais a frente quando do estudo do pluralismo jurídico. Sobre a importância de contextualizar uma teoria na história, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.20.

<sup>242</sup> A doutrina também coloca o acento tônico no aspecto funcional e, consequentemente, no papel criativo do ato administrativo, reconhecendo explicitamente as limitações do positivismo jurídico, do qual “*não se pode esperar respostas fundamentais*”. MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 255.

Em suma, a abordagem do Direito sob o viés institucionalista pode alterar – e alterar profundamente - o modo de enxergar o ato administrativo. Assim o fazendo, pode resgatar a sua importância para o direito administrativo contemporâneo.

#### 1.4.2.1. O ato administrativo como organização: *auctoritas* e *potestas*

Os problemas advindos da visão normativista são variados, a começar pela confusão entre Direito e coerção. O resultado só poderia ser a crescente repulsa do autoritarismo e, uma vez confundido com ele, a repulsa da própria autoridade que não tem mais lugar na sociedade contemporânea, tendo sido substituída completamente por outras formas de administração, especialmente pelo mecanismo de *gouverner par contrat* <sup>243</sup>.

Ocorre que a conclusão parece precipitada.

É que o contrato não parece adequado para explicar todas as complexas relações que se desenvolvem na sociedade, nem as relações públicas (Estado e cidadão) e nem mesmo as relações privadas (entre cidadãos). Esta última, o objeto da tese.

É certo que a sociedade contemporânea não comporta mais uma concepção autoritária de ato administrativo, uma concepção fortemente verticalizada, monológica e unilateral. Mas entre esta afirmação e a afirmação de que a autoridade não tem mais lugar na sociedade contemporânea existe um grande abismo.

O problema parece residir exatamente no conceito de autoridade.

No Estado moderno o conceito de autoridade parece estar fortemente permeado pela concepção weberiana segundo a qual a autoridade legítima é aquela legalizada, vale dizer, aquela autoridade cuja legitimidade é conferida automaticamente pela lei, de modo que o Estado passa a ser confundido com o próprio ordenamento jurídico <sup>244</sup>. O poder da autoridade é aquele legal e racional, racional no sentido de que é regulado pelo Direito em todos os níveis, inclusive no tocante aos seus aparatos judiciário e administrativo, em especial o aparato coercitivo <sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par Contrat*. Paris: Presses de Science Po, 1999.

<sup>244</sup> “Estado moderno é uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu com êxito monopolizar a coação física legítima como meio da dominação e reuniu para este fim, nas mãos de seus dirigentes, os meios materiais de organização, depois de desapropriar todos os funcionários estamentais autônomos que antes dispunham, por direito próprio, destes meios e de colocar-se, ele próprio, em seu lugar, representado por seus dirigentes supremos”. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. 1999, p.529.

<sup>245</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.202-204.



Implícita a esta concepção de autoridade está a ideia de que a imputação normativa pode ser arbitrária, do que resulta que o ato administrativo, na esteira da concepção germânica mais antiga (aplicar a lei de ofício), também poderia ser arbitrário, como corretamente constatou Ricardo Marcondes Martins<sup>246</sup>.

Se existe alguma unanimidade em considerar ultrapassada a concepção de ato administrativo como mero executor da lei<sup>247</sup>, o mesmo não se pode dizer quanto à concepção weberiana de autoridade<sup>248</sup>, calcada na legalização do poder e sua conseqüente legitimação automática.

De fato, ainda parece muito difícil dissociar o conceito de autoridade da ideia de autoritarismo, da ideia de formalismo estatal, enfim, da concepção weberiana de autoridade.

Pedro Costa Gonçalves fez um estudo muito profundo sobre os conceitos de poder e de autoridade, demonstrando que o conceito de poder é um dos mais difíceis e ambíguos da ciência jurídica, podendo ser compreendido em vários sentidos.

Destaca o jurista de Coimbra os seguintes conceitos: i) *“poder como possibilidade – jurídica ou fáctica – de acção”* e não especificamente de uma *“liberdade”*; ii) poder como *potestà*, ou seja, *“força ativa conferida pela ordem jurídica a um sujeito”* correspondente a uma faculdade de *“originar uma alteração no mundo jurídico”*; iii) poder como *“específica posição jurídica de um sujeito”*, distinto do direito subjetivo, na qual, uma vez investido, *“lhe permite agir sobre a esfera jurídica de um terceiro”*; iv) poder como *potestas* *“(energia capaz), conferida a um sujeito de produzir modificações na esfera jurídica de outro sujeito contra ou independentemente da vontade deste”*, numa *“posição particularmente forte de um sujeito, comportando uma dimensão de supremacia que coloca o titular da posição passiva*

<sup>246</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria (neo)constitucional do ato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147 a 168., p.153-154.

<sup>247</sup> Na doutrina brasileira, se tornou clássica a definição de Miguel Seabra Fagundes segundo a qual *“administrar é aplica lei de ofício”*.

<sup>248</sup> A doutrina entende que *“os princípios da Administração Pública arrolados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, especialmente o da impessoalidade, explicitam a exigência de objetividade e racionalidade dos atos da autoridade”*, representando assim a *“positivação da noção de autoridade burocrática, no sentido weberiano, no ordenamento jurídico brasileiro [...]”*, afirmando que *“a afirmação constitucional do paradigma burocrático”* constitui no direito administrativo brasileiro *“um marco importante”*. Vide: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002., p.108. Nada obstante, a mesma doutrina vai reconhecer mais na frente, em outra obra, *“uma perturbação na segmentação weberiana estrita entre direção e execução das políticas públicas”*, explicando que *“quem executa passa também a ser demandado tanto pelos resultados como pelas medidas intermediárias que conduzem a eles ou não”*. Vide: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.164.

num estado de sujeição”, sendo identificado como o “*poder de comando*”; e v) poder como prerrogativa de mando agora no “*sentido de vis (força física, coacção, violência)*”<sup>249</sup>.

Por autoridade, conceito também ambíguo, o jurista entende ser ela uma “especial legitimação de um certo sujeito, o ‘actor’, para produzir um resultado ou tomar uma decisão” que é “socialmente reconhecida e consentida por provir de alguém que goza de uma legitimação especial”, que “pode ser jurídica, mas também científica, técnica, moral ou tradicional”, o que ocorre, nas exatas palavras do jurista português, “não por causa de uma qualquer faculdade de mando ou de imposição que o direito lhe reconheça, mas por força do reconhecimento social da sua específica qualificação ou legitimação”, de maneira que, conclui, até mesmo “o conhecimento, o saber [...] podem ser fundamento da autoridade de uma pessoa”<sup>250</sup>.

Entretanto, após realizar distinções importantes como a de que “pode existir uma autoridade sem poder (‘autoridade substancial e não formal’) e, inversamente, um poder sem autoridade (‘poder de mando ilegítimo’)”, conclui o jurista que o que interessa não é a “mera ‘auctoritas’ desligada da ‘potestas’, mas a autoridade enquanto qualificação de um especial poder que a ordem jurídica atribui a um sujeito”, ou seja, a autoridade investida por lei de concretos poderes públicos<sup>251</sup>, no que parece adotar a acepção descrita na alínea (iv) acima.

A postura do jurista português é uma opção dogmática plenamente compatível com o que ele denomina “*senso comum jurídico*” e faz todo o sentido no contexto do exercício de poderes públicos por particulares no exercício da função administrativa. Entretanto, ele reconhece a “bondade e até a superioridade dogmática de outras explicações sobre as relações entre os conceitos de autoridade e de poder”<sup>252</sup>.

Então por que não investigar as explicações destas outras dogmáticas supostamente “*boas*” e “*superiores*”?

É que parece realmente urgente superar a íntima ligação ainda existente na doutrina mais tradicional, fruto residual do pensamento weberiano, entre autoridade e lei formal<sup>253</sup>, ou

<sup>249</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.591-592.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 595-596.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 596-597.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 597.

<sup>253</sup> Embora reconhecendo que a autoridade pode ser exercida fora do contexto autoritário, a doutrina se apegava à lei formal como uma “*caução de democraticidade e de racionalidade*”, bem como uma “*garantia de previsibilidade e de segurança*”. Vide: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Iuridica n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra, p.1197-1198.

entre autoridade e Estado <sup>254</sup>, ou entre autoridade e coerção <sup>255</sup>, ou ainda entre autoridade e arbitrariedade <sup>256</sup>, e passar a considerar a existência de uma autoridade substancialmente legítima, em relação à qual não sejam considerados elementos essenciais nem a lei formal, nem a presença estatal, nem a coerção, nem a arbitrariedade, mas sim, diferentemente, uma autoridade baseada numa concepção mais ampla de Direito que encontre o seu fundamento na racionalidade da própria realidade social.

Ora, se a concepção do (i) “*poder como possibilidade – jurídica ou fáctica – de acção*”, conjugada com a aceção de “*autoridade substancial e não formal*”, tem uma “*superioridade dogmática*” (como parece ter) em relação às demais concepções – note, todas normativistas (alíneas ii, iii, iv e v) -, penso que ela não pode ser descartada, mas sim, muito pelo contrário, valorizada e melhor desenvolvida.

É importante perceber que o dilema anunciado pelo jurista português (“*autoridade sem poder e poder sem autoridade*”) não pode ser resolvido simplesmente com uma atribuição formal do poder em favor de um sujeito, uma vez que a investidura por si só também não transforma um sujeito agente em autoridade substancial, do que resulta que a *potestas* também não pode perder de vista a *auctoritas* <sup>257</sup>.

A teoria da instituição desenvolvida por Maurice Hauriou e aprimorada por Santi Romano, ao associar umbilicalmente instituição e ordenamento jurídico, parece fornecer um bom caminho para alcançar esse objetivo.

E a palavra-chave que para melhor compreender o conceito de autoridade parece ser a ideia de organização elaborada pelo institucionalismo clássico <sup>258</sup>.

<sup>254</sup> Como no normativismo de matriz kelseniana.

<sup>255</sup> Embora reconhecendo que autoridade e coerção não se confundem, ou seja, “*não se sobrepõem*”, parece incompleta a explicação oferecida pela doutrina no sentido de que “*a coerção é apenas um caso superlativo da autoridade*”. MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 323. Dizer que a coerção é um predicado superlativo da autoridade significa que a autoridade é o que exatamente?

<sup>256</sup> Como no conceito absolutista de soberania (“*potência absoluta e perpétua de uma república*”)

<sup>257</sup> A doutrina espanhola, destacando a necessidade de se recuperar a distinção romana entre *auctoritas*, que é o saber socialmente reconhecido (de natureza intelectual), e *potestas*, que é o poder socialmente reconhecido (de natureza volitiva), conecta as duas realidades, ressaltando a importância da *auctoritas* como referencial objetivo para a *potestas*, afinal das contas, “*pregunta el que puede: responde el que sabe*”. DOMINGO, Rafael. *Auctoritas*. Barcelona: Ariel, 1999.

<sup>258</sup> A organização é imprescindível para a sociedade, conforme revela a cratologia: “*O poder é uma condição da ordem e a liberdade só é possível na ordem*”. Citando George Burdeau, cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.39. A ideia de “*atividade ordenadora*” não é estranha para a doutrina. Cf.: SUNDFELD, CARLOS ARI. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Administração contemporânea: três linhas de transformação do poder de polícia**, p.61-69. BITENCOURT NETO, Eurico. **Transformações do Direito da Organização Administrativa e a Constituição de**

Autoridade, na visão institucional, está muito mais ligada à uma necessidade que os membros da sociedade tem de organizar uma ideia a ser empreendida, de modo a concentrar num ente diferente das pessoas consideradas individualmente o poder de conduzir os seus interesses através de consentimentos paralelos (diferente da concepção rousseauiana) em torno do mesmo objeto.

Para Maurice Hauriou, “a formação do feixe de consentimentos paralelos é em parte obra do poder e que nela o ‘*liber volui*’ é fortemente tingido de ‘*coatus volut*’”<sup>259 260</sup>.

Este ponto é importante.

Maurice Hauriou chama a atenção para o erro da teoria do contrato social rousseauiano que, segundo ele, confunde força com poder, dizendo que “as instituições são fundadas graças ao poder, mas este cede lugar a uma forma de consentimento”<sup>261</sup>.

Nas palavras do jurista francês, “[o poder] cede lugar a uma forma de consentimento; se a pressão que ele exerce não for até a violência, o assentimento dado pelo súdito é válido juridicamente: ‘*coatus voluit, sed voluit*’”<sup>262 263</sup>.

É importante frisar: o poder não se confunde com a força, não ao menos se o poder tiver como referência a autoridade legítima, que, para o jurista de Toulouse, parece decorrer do consentimento (“*uma forma de consentimento*”)<sup>264</sup>.

O jurista Rafael Domingo parece dar um passo a mais que não se confunde com o mero consensualismo, dizendo que a autoridade legítima (a *auctoritas*) é um “saber socialmente reconhecido” que se relaciona com a potestas que, da sua parte, é o “poder socialmente reconhecido”. E conclui o jurista espanhol: “o poder que perde o seu reconhecimento social se converte em ‘poder despótico’”<sup>265</sup>.

1988. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coords.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.71-95.

<sup>259</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.47.

<sup>260</sup> O termo *coatus* não significa necessariamente a coerção imposta de fora, podendo ser compreendido também como consciência sobre o cumprimento do dever que “*não faltaria nem mesmo no foro interno da pessoa, que se diz individual*”, conforme se verá mais a frente.

<sup>261</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009.: ensaio de vitalismo social, p.11.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p.11-12.

<sup>263</sup> O termo súdito revela apenas o contexto da sua teoria.

<sup>264</sup> No mesmo sentido: “*Poder significa organização ou disciplina jurídica da força e a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento, tácito ou expresso, dos governados (quanto mais consentimento, mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade)*”. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p.106-107.

<sup>265</sup> *Auctoritas*. Barcelona: Ariel, 1999, p.49 (tradução livre).

Conforme se percebe, a autoridade burocrática weberiana não é tão óbvia assim, não reinando de maneira incontestável na dogmática<sup>266 267</sup>.

O institucionalismo consegue dar um grande salto contra o arbítrio, buscando fundamento, para além da lei formal weberiana, numa ideia diretriz que conjuga simultaneamente elementos objetivos e subjetivos e que se apoia mais no consentimento dos indivíduos do que na coerção (força). A autoridade nessa concepção ganha muito mais legitimidade substancial do que na concepção weberiana. É exatamente esse forte traço autoritário da concepção weberiana<sup>268</sup> que a sociedade contemporânea parece rejeitar.

Nas palavras de Maurice Hauriou “é essencial interpretar a organização como um poder organizado”<sup>269</sup>, de modo que, onde há poder organizado - pela própria sociedade de baixo para cima (*botton-top*) -, não há espaço para o arbítrio. Ao menos, este espaço para o arbítrio fica mais reduzido.

O ato administrativo, numa releitura institucional da norma jurídica, deixa de estar ligado à ideia (hartiana) de norma de conduta (embora não a exclua) para se aproximar mais das normas de organização. E a organização – que significa ação, proatividade - da vida em sociedade interessa mais do que o controle – mero limite - sobre a conduta do indivíduo, levando assim à uma visão do homem não como objeto, mas sim, bem o contrário, como condutor do seu próprio destino.

O homem se serve da organização para alcançar os seus fins enquanto membro da sociedade e ao mesmo tempo se realizar enquanto indivíduo. Se existe uma hipótese do homem ser enxergado como objeto, esta hipótese parece estar mais ligada à uma visão do Direito que confere primazia às normas de conduta - portanto, impostas coercitivamente ao

<sup>266</sup> A teoria política, mesmo sob o influxo hobbeseniano e schmittiano, também admite que “*de certo modo, continua a haver uma distinção entre poder e autoridade*”. E que: “*O poder está nas mãos daquele que decide, mas a autoridade está situada na comunidade submetida à decisão. Se todo o direito é ordem, nesta podemos distinguir dos aspectos: a definição de ordem por parte do poder direito e a aceitação desta definição por parte da comunidade ordenada*”. BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p. 82. Distinguindo, poder, vigor, força, violência e autoridade, cf.: ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**, p.60-63.

<sup>267</sup> Em sentido semelhante, dizendo que a autoridade “*é uma qualidade de relação de poder sob o critério de legitimidade*”, a doutrina cratológica, citando Marvin E. Olsen, identifica três modalidades de poder: “*de força, de dominação e de autoridade*”, revelando que nesta última “*a função se integra à legitimidade*”, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.20 e 194-195.

<sup>268</sup> Como na seguinte passagem: “*Tendencialmente, a administração burocrática é sempre uma administração que exclui o público. A burocracia oculta, na medida do possível, o seu saber e o seu fazer da crítica*”. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 199, p.225.

<sup>269</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009, p.26.

homem -, do que à uma visão do Direito que confere ao próprio homem o poder de estabelecer, consensualmente, as suas próprias normas de organização, normalmente observadas de modo espontâneo <sup>270 271</sup> .

Parece claro que o cumprimento espontâneo daquilo que é combinado, ajustado, convencionalizado, enfim, organizado internamente, carrega um peso de legitimidade substancial maior do que aquilo que é simplesmente imposto através de uma coerção externa <sup>272</sup> . Vide exemplo abaixo (fig.02).

No *dispute board*, as decisões do Comitê, além de poderem ter natureza vinculante (DAB- *dispute adjudication board*) ou mista (CDB- *combined dispute board*), podem ter natureza não vinculante (DRB-*dispute review board*), o que constitui exemplo de que a coerção não é imprescindível para o direito contemporâneo. (fig.02)

A propósito, se se fosse tomar como referencial a concepção hartiana, o ato administrativo teria como paradigma não a norma de conduta, ligada à ideia de Estado liberal (de polícia) ou, talvez, no máximo <sup>273</sup> , de Estado social (prestador), mas sim a norma de organização, muito mais próxima da ideia de Estado pós-social (infraestrutural) <sup>274</sup> . Observe que, se para as teorias substitutivas do ato administrativo, o Estado prestador ainda serve de divisor de águas em relação ao Estado de polícia, o mesmo não ocorre na visão institucionalista do ato administrativo, onde todos eles encontram o seu lugar (o de polícia, o prestador e, especialmente, o infraestrutural), obviamente, é necessário enfatizar, na sua concepção organizativa (do ato administrativo).

<sup>270</sup> A cratologia identifica quatro tipos de explicação/justificação do poder: teoria psicológica/moral, teoria da obediência/autoridade, teoria da força/autoritária e teoria da função/necessidade. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.59.

<sup>271</sup> Na perspectiva desta classificação, o ato administrativo não deve se apoiar nem na teoria da obediência/autoridade (da ética da “cenoura e do chicote” do homem encrático), nem na teoria da força/autoritária (do decisionismo totalitário) e nem na teoria da função/necessidade (da ética utilitarista), mas sim na teoria psicológica/moral (da ética aristotélica).

<sup>272</sup> A filosofia política, ressalvado eventual excesso coletivista, percebeu a questão: “Para ter uma sociedade livre, é preciso substituir a coerção por alguma outra coisa. Essa outra coisa só pode ser a identificação voluntária com a ‘polis’ por parte dos cidadãos, um sentido de que as instituições políticas em que vivem são uma expressão deles mesmos”. TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 2ª ed.. São Paulo: Edição Loyola, 2014, p.203.

<sup>273</sup> Utilizo a expressão “no máximo” porque a constituição de direitos, própria do Estado-prestador, ainda pode ser adaptada à ideia de norma de conduta através da simples transposição do dever/obrigação, do cidadão para o Estado.

<sup>274</sup> Destacando a centralidade do “direito da organização administrativa”, cf.: BITENCOURT NETO, Eurico. **Transformações do Direito da Organização Administrativa e a Constituição de 1988**, p.74.

#### 1.4.2.2. A função promocional do Direito e o papel da persuasão

Já foi antecipado que a teoria funcional de Norberto Bobbio não é do todo incompatível com a teoria institucional, pois, embora concebidas através de pensamentos jurídicos diversos (normativista e institucionalista, respectivamente), guardam muitas similitudes, a começar pela rejeição da coerção como elemento essencial do Direito.

Conquanto restrita ao universo redutor da norma jurídica, próprio do positivismo kelseniano, a função promocional do Direito pode ser compatibilizada com a concepção ampla de ordenamento jurídico de Santi Romano, dentro da qual também cabe a norma jurídica, ainda naquela ideia de dois círculos concêntricos.

Isto significa ao menos duas coisas: primeiro que, quando houver a opção pela norma jurídica (parte de um todo maior que é o ordenamento jurídico), é possível aproveitar a ideia de função promocional do Direito para, em vez de se exigir comportamentos sob a sombra da coerção, estimular esses comportamentos através de sanções positivas, na expressão de Norberto Bobbio. E segundo que, mesmo fora do âmbito da norma jurídica, ou seja, no âmbito mais amplo de ordenamento jurídico segundo Santi Romano, a organização de uma ideia diretriz pode perfeitamente utilizar a mesma técnica, qual seja, a persuasão, de maneira a estimular os indivíduos a se manterem firmes em torno desta organização (poder organizado).

É importante notar que a sanção na concepção de Santi Romano é bem ampla, abarcando toda a sorte de consequências jurídicas (indiretas, mediatas, preventiva ou e/ou meramente prováveis), do que resulta a conclusão de que dentro dela também cabe a persuasão, ou seja, os seus efeitos indiretos, mediatos, preventivos ou prováveis. O que ela não admite é a pressão (negativa ou positiva) que resulte em violência.

E é importante notar também, quanto à adesão do indivíduo, que ela é em parte inconsciente e em parte consciente, do que resulta que a persuasão através de estímulos também pode reforçar nessa adesão. Nas palavras de Maurice Hauriou, já transcritas acima, se pode dizer que “(o poder) cede lugar a uma forma de consentimento; se a pressão que ele exerce não for até a violência, o assentimento dado pelo súdito é válido juridicamente: ‘coatus voluit, sed voluit’”<sup>275</sup>.

---

<sup>275</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009.: ensaio de vitalismo social, p.11-12. O termo súdito utilizado por Maurice Hauriou não deve impressionar o leitor no sentido de concluir que a sua concepção é autoritária, pois, bem ao contrário, revela apenas o contexto em que a sua teoria foi desenvolvida, o que não retira nem o seu mérito, nem a sua atualidade e pertinência ao tema.

O que se percebe é que a persuasão, a ideia de função promocional do Direito de Norberto Bobbio, também cabe dentro da concepção de ordenamento jurídico de Santi Romano.

Ainda é cedo para aprofundar no tema sob a perspectiva da filosofia política, mas é possível desde já dizer que a perspectiva promocional do Direito está muito ligada a um tipo particular de ética, identificada na doutrina como “*ética da colaboração social*”, na qual prevalece o ponto de vista da “*terceira pessoa*”, ou seja, de um agente externo em relação ao sujeito que decide <sup>276</sup>. Neste tipo particular de ética não existe uma discussão sobre as qualidades dos sujeitos que decidem, nem sobre o que seja o bem, nem sobre o *telos* que informa este bem <sup>277 278</sup>.

#### 1.4.2.3. A permanência da autoridade

O ato administrativo e a ideia de autoridade dele decorrente, com efeito, ainda parecem necessárias à sociedade contemporânea. A Administração Pública não pode ser resumida apenas ao contrato, embora não possa dispensar esta forma de atuação.

Conforme afirma Maurice Hauriou, ainda que noutra contexto histórico, “todo mundo concorda hoje que o laço social, sendo natural e necessário, não pode ser analisado senão por meio de um ‘*coatus volui*’” <sup>279</sup>.

Assim, considerando que nem tudo e nem todos estão sempre dispostos ao contrato, resta à sociedade o ato administrativo como meio necessário de organização social do poder, o qual, entretanto, de maneira alguma, pode ser confundido com o arbítrio, devendo antes ser fruto maduro da racionalidade humana no sentido institucional da ideia diretriz objetiva, e não no sentido legalista e formal weberiano.

Se parece inadequado dizer que não existe consenso no direito administrativo (“mito da administração concertada” <sup>280</sup>), também parece inadequado dizer que não existe autoridade

---

<sup>276</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Lull), 2011. p.129-156.

<sup>277</sup> *Ibidem*, p.262-263.

<sup>278</sup> Sobre o telos a filosofia política diz que: “Temos de distinguir entre mostrar que não podemos deixar de desejar um dado fim e mostrar que todas as nossas avaliações fortes o pressupõem, ou o envolvem, uma vez que superemos a confusão a respeito dele. No segundo caso, teríamos demonstrado não poder ser lúcidos com respeito a nós mesmos sem reconhecer que valorizamos esse fim. É esse o sentido em que esse fim é incontornável [...]”. TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 2ª ed. São Paulo: Edição Loyola, 2014, p.50.

<sup>279</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009.: ensaio de vitalismo social, p.12.



no direito administrativo (“mito da autoridade”). O autoritarismo pode ter se tornado um “mito”, mas não autoridade, que parece bem real e que serve de substrato para a organização social.

Mas todo o cuidado é pouco. Como já dito (vide *supra*: 1.3.3.), no afã de defender que o ato administrativo não morreu, nem foi substituído por outras categorias (ambas, afirmações verdadeiras), não se pode – como fazem alguns neoconstitucionalistas - matar o contrato (privado e administrativo) e sepultar o chamado “*mito da administração concertada*” sob o argumento de que não existe autonomia da vontade na Administração Pública <sup>281</sup>.

O Estado é uma instituição como qualquer outra, embora a mais importante delas por congregar várias outras instituições, o que leva a concluir que ele é a um só tempo diferente e igual <sup>282</sup> aos demais cidadãos que o compõem. Em razão desta alteridade, o Estado pode celebrar contratos (privado ou administrativo) com os demais cidadãos, E em razão desta igualdade, o Estado liga-se aos cidadãos numa unidade a partir da qual se organiza um poder, uma autoridade da qual pode emanar um ato administrativo. São dois lados da mesma moeda.

Em outras palavras, na visão institucionalista, fica superada a ideia de separação absoluta entre Estado e sociedade (como antagonistas), que passam a ser considerados um “*todo vivo*”, um “*organismo*”, um ente com individualidade própria, enfim, uma única instituição com autoridade sobre si mesma (embora também possa se relacionar *separadamente com outros entes que o compõem*). Trata-se daquilo que Santi Romano, citando a doutrina italiana, denomina de “‘intimidade’ de toda autoridade que não faltaria ‘nem mesmo no foro interno da pessoa, que se diz individual’ ” <sup>283</sup>.

A autoridade do ato administrativo, com efeito, não se funda na vontade do Estado propriamente dito, mas sim na vontade do ente resultante da combinação de todas as vontades, ou seja, na vontade resultante dos “*consentimentos paralelos*”, nas palavras de Maurice Hauriou, conforme já se fez referência (vide *supra*: 1.4.2.1.).

---

<sup>280</sup> Cf.: MARTINS, Ricardo Marcondes. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria (neo)constitucional do ato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147 a 168. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147 a 168. p.147/168.

<sup>281</sup> Valorizando a vontade interna nas relações interorgânicas, própria do “*pluralismo intersubjetivo*”, cf.: BITENCOURT NETO, Eurico. **Transformações do Direito da Organização Administrativa e a Constituição de 1988**. p.84.

<sup>282</sup> Esta noção (unidade e pluralidade) é uma das chaves desta investigação.

<sup>283</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.68, NR nº 14 da p.72 e p.86.

Para entender melhor esse ponto é importante recorrer à explicação que Maurice Hauriou oferece a propósito do elemento subjetivo que, ao lado da ideia objetiva, forma a instituição, qual seja, o agrupamento humano, que, para o jurista francês, “é, com os órgãos do governo, o portador da ideia da empresa”<sup>284</sup>.

E explica com mais detalhes:

Nesse sentido, deve-se reconhecer que o grupo dos membros do Estado é, ao mesmo tempo, o dos sujeitos da ideia do Estado, e essa observação dá à palavra ‘sujeito’ uma grande profundidade de significado; isso quer dizer que cada nacional carrega dentro de si a ideia do Estado e que ele é o sujeito dessa ideia, porque sobre ele recaem os riscos e a responsabilidade pelo seu sucesso. O súdito de um Estado é, em suma, como um acionista da empresa Estado. E é essa situação do súdito que engendra com o tempo sua qualidade de cidadão, porque, estando exposto aos riscos da empresa, é justo que ele adquira, em troca, um direito de controle e de participação no governo da mesma.<sup>285</sup>

A imagem de um cidadão como acionista da empresa-Estado (não do acionista meramente rentista que aparece apenas no final do mês para fazer retiradas) é interessante para ajudar a entender a concepção de autoridade enquanto poder organizado. Os acionistas, caso queiram ver o êxito da empresa, devem colocar os interesses da empresa acima dos seus próprios interesses particulares, não podendo alegar que não estão dispostos a se sujeitar ao governo da empresa, cujo poder decorre naturalmente da própria organização, afinal de contas, é muito conhecida a consequência resultante da retirada de recursos financeiros pelos acionistas além da capacidade da empresa.

Essa ilustração muda completamente toda a forma de enxergar o ato administrativo, que deixa de representar uma mera vontade subjetiva e externa, imposta de cima para baixo por uma autoridade formal estranha à sociedade, para representar uma ideia objetiva à qual aderem espontaneamente todas as vontades internas (conscientes e inconscientes), fundando assim uma autoridade um pouco mais substancial do que a autoridade weberiana, mais substancial porque advinda de baixo para cima (*botton-top*) e porque comum a dirigentes e dirigidos.

Já não se trata mais de uma vontade egoísta, seja do governante seja dos cidadãos, mas sim de uma vontade que decorre da comunhão de todas elas, formando assim uma

<sup>284</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.25.

<sup>285</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.25-26. Mais uma vez, o termo súdito não deve impressionar o leitor no sentido de concluir que a sua concepção é autoritária, pois, bem ao contrário, revela apenas o contexto em que a sua teoria foi desenvolvida, o que não retira nem o seu mérito, nem a sua atualidade e pertinência ao tema.

pluralidade de consciências individuais que empenham ativamente todo o seu ser em direção a uma causa comum, criando assim, para utilizar um termo mais contemporâneo (talvez incomum para Maurice Hauriou), uma sinergia que se eleva muito acima das vontades isoladamente consideradas e acima até mesmo de uma suposta “*vontade média*” resultante do meio social, conforme a concepção de consciência coletiva elaborada pela escola de Émile Durkheim<sup>286</sup>. É a capacidade humana no seu máximo e não no seu médio<sup>287</sup>.

É certo que esta comunhão de vontades pode ser resultado apenas de relações de reciprocidades entre sujeitos utilitários<sup>288</sup>, despreocupados com um bem ou um *telos* maior, mas não se pode negar que se trata de uma comunhão de vontade um pouco mais substancial do que as demais concepções meramente formais de autoridade.

Tudo isso ajuda a explicar inclusive por que pode existir uma espécie de primazia da instituição-Estado em relação às demais instituições<sup>289</sup>. Não se trata de uma primazia decorrente da mera autoridade formal advinda automaticamente da lei, conforme concepção weberiana já referida. Trata-se de uma primazia que deve se verificar na realidade e não de modo meramente abstrato e *a priori*. A vontade produzida na instituição-Estado deve refletir exatamente a vontade decorrente desse feixe de “*consentimentos paralelos*” a que se refere Maurice Hauriou, o que deve ser apurado objetiva e subjetivamente na realidade concreta.

Por isso, entendo que não existem ressalvas a se fazer ao pensamento de Santi Romano quanto ao pluralismo do ordenamento jurídico, como as de Norberto Bobbio ao concluir que o seu conterrâneo era um “*pluralista moderado*”, ou um “*monista relativo*”, sendo, conseqüentemente, “*teoricamente pluralista*” e “*ideologicamente monista*”<sup>290</sup>.

A concepção de instituição permite concluir de modo diferente. A existência de um princípio de organização superior que harmonize todas as demais organizações menores

<sup>286</sup> Conforme explica Maurice Hauriou. HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.29-30.

<sup>287</sup> Para uma visão antropocêntrica do homem como a soma de mente e corpo, e não apenas como comportamento, consoante a concepção behaviorista, cf.: Karl Popper. **A vida é aprendizagem**: epistemologia evolutiva e sociedade aberta, p. 51-52.

<sup>288</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011.p. 287-294.

<sup>289</sup> A questão da existência ou não de primazia do ordenamento jurídico estatal em relação aos demais ordenamentos jurídicos deve ser melhor desenvolvida posteriormente. Por ora, parece possível defender que a primazia da Administração Pública é a primazia de dar a primeira palavra, mas não a última, ou seja, a decisão administrativa deve valer até decisão judicial ou administrativa em contrário, não bastando a mera impugnação para abalá-la. Contra, vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20ª edição. Malheiros: São Paulo, 2006. p.240.

<sup>290</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p.173-180.

parece decorrer muito mais uma conclusão lógica do que uma mera ideologia. Basta verificar a maneira com que o jurista analisa cada um dos ordenamentos jurídicos entre si e em relações de dependência, coordenação e subordinação uns com os outros (do maior para o menor, do todo e das partes etc.<sup>291</sup>) para perceber o alto grau de coerência lógica que a sua obra apresenta.

A concepção pluralista de Santi Romano parece manter plena coerência lógica neste aspecto, motivo pelo qual se pode até discordar dela, mas não se pode acusá-la de ideológica.

Para entender o pluralismo de Santi Romano é preciso entender o seu institucionalismo e a sua identificação com o ordenamento jurídico. E o pressuposto básico da instituição-Estado é a concepção segundo a qual não existe uma separação absoluta entre Estado e sociedade, mas sim, bem o contrário, uma necessária união da qual decorre, como já referido acima, um “*todo vivo*”, um “*organismo*”, um ente com individualidade própria, mesma razão pela qual a chamada “*crise do Estado*” não tem qualquer impacto sobre esse pensamento. Exatamente porque não comunga da concepção contraposta, marcada justamente pela ideia de separação absoluta entre Estado e sociedade e da consequente falta de identidade substancial desta com aquele.

Em outras palavras, a “*crise do Estado*” é na verdade uma crise de uma concepção específica de Estado, aquela iniciada com a revolução francesa e desenvolvida pela escola weberiana, e não a crise da concepção institucionalista de Estado, que parece ser resgatada cada vez mais pela doutrina<sup>292</sup> e pela legislação<sup>293</sup> mais contemporâneas.

É a realidade se impondo sobre as teorias totalizantes, sejam as estatizantes, sejam as liberalizantes, razão pela qual se pode afirmar que a extinção do Estado não é uma premissa do presente trabalho. O Estado só precisa demonstrar que é capaz de lidar melhor com o cidadão e com o aquilo que é bom.

---

<sup>291</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.137-225 (Parte II da obra). O pluralismo jurídico de SANTI ROMANO será exposto com mais profundidade na Parte II desta investigação.

<sup>292</sup> J.J. Gomes Canotilho faz uma boa síntese sobre a inadequação do modelo burocrático e sobre a imprestabilidade de alguns dogmas, dentre eles o dogma da separação entre Estado e sociedade, concebendo o Estado como um ente dotado de substantividade própria imune à observação da sociedade (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Stvdia Ivridica n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 1189- p. 715).

<sup>293</sup> Vide: art. 2º, inciso II da LLE (Lei 13.874/2019), que adota “*a boa-fé do particular perante o poder público*” como um princípio da lei. Também o art. 3º, inciso V da mesma lei que diz que é um direito de toda pessoa “*gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica*”. É interessante notar que o resgate da boa-fé do homem pela LLE tem um sentido muito maior do que o meramente simbólico, conforme se verá mais a frente. Em sentido contrário, vide: MARTINS-COSTA, Judith. Art. 3ª, V: Presunção de boa-fé. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 20, p.123-132.

Norberto Bobbio tem certa razão quando diz que o institucionalismo romaniano favorece a “ocultação das contradições que dilaceram a sociedade”<sup>294</sup>, mas não se pode deixar de lançar um olhar otimista sobre o Direito enquanto instrumento a serviço das relações sociais que têm como protagonistas homens sociáveis (vide *supra*: 1.4.1.3.).

A concepção redutora do Direito como mero instrumento de controle sobre o “*homem mau*”, ou então como mero instrumento indutor do “*homem inerte*”, uma espécie de “homem-coisa” (ou homem-animal do behaviorismo<sup>295</sup>), não é a única saída possível.

Para o institucionalismo clássico, o homem é vocacionado para a ação, de maneira colaborativa e na sua capacidade máxima. Se esta ação, colaborativa e máxima, está voltada para o bem comum (boa vida) é uma realidade para a qual o institucionalismo realmente não oferece resposta.

O fato é que, deixando de lado qualquer ranço ideológico, não se pode deixar de admitir que realmente podem ser encontrados na sociedade os três tipos de homem (o mau, o inerte e o inclinado ao bem). Todos eles convivem na mesma sociedade, do que resulta a possibilidade de combinar simultaneamente controle, direção e confiança, conforme o caso, todos compatíveis com a ideia organizativa de autoridade. O que não se pode fazer é presumir que todo homem é apenas “*mau*” ou apenas “*inerte*”. E esquecer que ele também pode ser bom e buscar realizar o bem comum (boa vida).

Portanto, a autoridade ( $\neq$  de autoritarismo) não apenas tem lugar no direito contemporâneo como, mais do que isto, é inerente ao próprio Direito, fruto da necessidade humana de organização. E o ato administrativo serve exatamente para a materialização desta organização. Assim, reconhecer o traçado natural do percurso que vai do ato administrativo ao contrato não parece ser um problema (a aproximação entre eles). Só não pode haver espaço para o puro arbítrio, incluído o “contratualismo radical”, expressão que ora se ousa cunhar<sup>296</sup>.

## Síntese Parcial do Capítulo 1

<sup>294</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, p.173-174.

<sup>295</sup> “*Desses três elementos [percepção sensorial, intelecto e desejo], a percepção sensorial não gera ação, como é evidenciado pelo fato de os animais serem dotados de percepção sensorial, mas não agirem*”. ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**, Livro VI, 1139a19-21.

<sup>296</sup> A expressão “Estado contemporâneo” e ou “Estado pós-social” foi acolhida no lugar da expressão “*Estado pós-moderno*” justamente em razão da sua associação com a ideia de um “*Estado líquido*”, desorganizado, incompatível, portanto, com a perspectiva institucional. Vide a crítica à concepção metanarrativa (da condição pós-moderna) feita de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2008. p. 131-162.

A conclusão que se pode tirar até aqui, ao contrário do que defende parte da doutrina, é a de que o ato administrativo não está morto, tendo ainda muita importância no direito administrativo contemporâneo.

O olhar evolutivo do Direito parece ser a postura metodológica mais correta para revisar o ato administrativo de acordo com os novos paradigmas da sociedade contemporânea, tentando assim reconstruir algo novo a partir de algo velho, sem descurar a realidade das coisas e sem utilizar expedientes teóricos omnicompreensivos que muitas vezes não oferecem uma explicação adequada, nem suficiente da realidade.

E muitas vezes não basta lançar um olhar crítico sobre o tema sem também alterar o seu próprio ângulo de visão. Um dos grandes pilares da pesquisa repousa no pensamento jurídico do tipo institucional de Maurice Hauriou e Santi Romano como contraponto àquele do tipo normativista, tradicionalmente utilizado pela doutrina.

Compreender o ato administrativo contemporâneo exige um desprendimento conceitual muito grande em razão da grande influência que a concepção restrita alemã, de índole normativista, ainda mantém até os dias de hoje na doutrina, concepção esta que é responsável por sua “*crise*” justamente por vinculá-lo apenas ao seu aspecto autoritário.

Exatamente por isso a doutrina brasileira deve atentar para a necessidade de resgatar a concepção ampla de ato administrativo – na mesma linha do que fez a doutrina majoritária europeia -, segundo a qual o ato administrativo é qualquer atuação administrativa produtora de efeitos jurídicos, o que pode ser melhor compreendido dentro de uma visão institucional, ordenamental e funcional do Direito.

O ato administrativo, compreendido a partir de uma concepção ampla, mais funcional, é capaz de conferir outra feição à autoridade, agora construída a partir de uma legitimidade democrática mais substancial, completamente diferente da sua concepção autoritária, oferecendo assim uma contribuição importante para o direito administrativo e, conseqüentemente, para a sociedade contemporânea.

Nesse passo, é importante perceber que desprezar o ato administrativo em favor das demais formas de atuação administrativa (*e.g.* do contrato e do acordo) não é a postura mais adequada, uma vez que o contratualismo por si só não parece ser suficiente para resolver todos os dilemas da sociedade contemporânea, já que não se pode simplesmente substituir o puro arbítrio do Estado (autoritarismo) pelo puro arbítrio da vontade radical das partes.

E também não se deve abandonar o ato administrativo para acolher em seu lugar outras categorias jurídicas, supostamente melhores, como a teoria alemã da relação jurídica e

a teoria italiana do procedimento, já que elas não oferecem respostas melhores e mais adequadas do que o ato administrativo (reconstruído) pode oferecer.

A perspectiva neoconstitucionalista também não oferece. Ao contrário, o autoritarismo remanesce nesta concepção, simplesmente mudando o voluntarismo de lugar.

Portanto, a grande aventura é, partindo das cinzas do ato administrativo autoritário clássico, tentar reconstruir um ato administrativo que reconheça a importância da autoridade, com outra feição, necessária para a complexidade da sociedade contemporânea. Um ato administrativo mais horizontal e consensual.

## 2 O ATO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO

### 2.1. O ATO ADMINISTRATIVO DO SÉCULO XXI

O ato administrativo, dada a sua importância para uma cada vez mais complexa sociedade, definitivamente não pode ser descartado pelo direito administrativo contemporâneo. Entretanto, o ato administrativo contemporâneo não pode continuar associado à ideia de mero autoritarismo, de mera coerção, nem continuar preso à velha concepção restrita do ato regulador alemão (*Verwaltungsakt*) ou ainda à concepção restrita italiana “actocêntrica” que valoriza apenas a decisão final (*provvedimento*), devendo ir muito além para encontrar a sua verdadeira vocação na realidade social.

O ato administrativo contemporâneo, nesse passo, deve procurar se desapegar das suas tradicionais concepções restritas (e.g. do *provvedimento* italiano e do *Verwaltungsakt* alemão), bem como de quaisquer outras tendências que possam associá-lo à ideias como poder puro e simples (*potestas*), mera decisão final, mero autoritarismo, mera coerção etc.

Mas a pergunta que não quer calar é: o que sobra do ato administrativo?

Resposta: sobra muito. E só uma concepção ampla pode ser capaz de oferecer uma resposta mais adequada. Não necessariamente as concepções amplas tradicionais, francesa e italiana, por exemplo, mas uma concepção ampla o suficiente que permita compreender o ato administrativo dentro de uma concepção igualmente ampla de ordenamento jurídico concreto, como na concepção de Santi Romano (vide *supra*: 1.4.1.2.), bem como dentro de um contexto de redescoberta das suas funções, agora numa perspectiva funcional do Direito, como na concepção de Norberto Bobbio (vide *supra*: 1.4.1.3.).

O ato administrativo contemporâneo está em evolução. A sua nova vocação, ou seja, as suas novas funções são muito mais ativas do que aquelas tradicionalmente associadas a ele

Atualmente, o ato administrativo é muito maior do que aquele nascido no século XIX e também do que aquele crismado no século XX. E tentar entender o desenvolvimento histórico do ato administrativo e das várias teorias que o explicam, como se tentou fazer no

---

<sup>297</sup> Parte da doutrina portuguesa ainda hoje defende a concepção restrita alemã, enumerando as funções do ato administrativo: função definidora (ato regulador), função tituladora (imperatividade e executividade), função estabilizadora (preservadora do ato ilegal), função procedimental (participação) e função processual (tutela judicial). ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Iuridica n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra. p.1220.



capítulo anterior, é de suma importância para evitar a armadilha de cair numa miscelânea de conceitos por vezes incompatíveis entre si<sup>298</sup>.

O fato é que o papel do ato administrativo de hoje é diferente do papel representado por seus antepassados do século XIX e século XX. É possível dizer, para utilizar uma linguagem tecnológica bem própria da contemporaneidade, que se trata de um “ato administrativo 4.0”<sup>299</sup>, dado o grau de complexidade e de flexibilidade tecnológica que ele pode desempenhar e para o que o contratualismo nem sempre está preparado para lidar.

## 2.2. CONSTRUINDO UM CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Como foi possível perceber no capítulo anterior, a discussão em torno da concepção de ato administrativo está muito além de considerá-lo mero critério de definição de competência do contencioso administrativo (critério processual), razão pela qual o tema também interessa aos sistemas de jurisdição única, como no caso do Brasil.

Na doutrina brasileira o conceito de ato administrativo sofreu muitas variações, desde os juristas pioneiros, *e.g.* Visconde do Uruguay<sup>300</sup>, Themistocles Brandão Cavalcanti<sup>301</sup> e Caio Tácito<sup>302</sup>, até os juristas mais modernos, *e.g.* Régis Fernandes de Oliveira<sup>303</sup>, todos eles de uma maneira geral se aproximando ora da concepção restrita do CPA alemão

<sup>298</sup> Se bem entendi, existem algumas perplexidades que, *data venia*, não consegui superar, a exemplo da postura da doutrina portuguesa de dizer que defende um conceito amplo de ato administrativo ao mesmo tempo em que defende a teoria da relação jurídica, que visa justamente substituí-lo, e ao mesmo tempo ainda em que defende uma noção de ato administrativo que se aproxima da noção italiana de *provvedimento*, que é restrita e não ampla. MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ob. cit.322-323.

<sup>299</sup> O conceito “4.0”, relativo à 4ª Revolução Industrial, tem sido utilizado recentemente pela doutrina administrativista em referência à “*discricionariedade 4.0*”. MOREIRA, Egon Bockmann. **A discricionariedade diz respeito a soluções**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/discricionariedade-diz-respeito-a-solucoes-03122019>. Acesso em 03/12/2019. Aliás, já se tem falado em “Sociedade 5.0” para se referir ao uso de novas tecnologias não para a automação industrial, mas para a melhoria na qualidade de vida da população, *In*: <https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/sociedade-5-0-japao-quer-assumir-lideranca-da-transformacao-mundial/>, acesso em 17/12/2019.

<sup>300</sup> Ato administrativo é aquele “*emanado de uma autoridade administrativa, dizendo respeito a um assunto administrativo*”. *Apud* MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.11-36. , p.23.

<sup>301</sup> “Ato administrativo é toda manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, e cuja execução é capaz de produzir consequências jurídicas”. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.47.

<sup>302</sup> Atos administrativos são “*todos os atos praticados por um órgão administrativo, pelos quais o Estado estabelece ou modifica uma situação jurídica individual ou, ainda, concorrer para a sua formação*”. **Direito administrativo**. p.56.

<sup>303</sup> Ato administrativo como “*declaração unilateral do Estado, ou de quem faça as suas vezes, no exercício da função administrativa, que produza efeitos jurídicos individuais e imediatos*”. **Ato administrativo**. p.60.

(*Verwaltungsakt*), conforme já apontado (vide *supra*: 1.2.), ora de uma concepção francesa mais ampla, embora ainda ligada à ideia do “*ato executório*”.

Na doutrina brasileira parece oportuno destacar a definição de Hely Lopes Meirelles para quem:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.<sup>304 305</sup>

A concepção restrita alemã (vide *supra*: 1.2.) aparece muito forte nesta definição quando afirma que o ato administrativo deve ter: *i*) proveniência da Administração Pública, *ii*) caráter jurídico público (“*agindo nessa qualidade*”), *iii*) unilateralidade, *iv*) natureza reguladora (“*adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos*”) e *v*) concretude (“*tenha por fim imediato*”), deixando, portanto, muito evidente a doutrina alemã do “*ato regulador*” que tem como finalidade modificar o ordenamento jurídico existente. Fica afastada apenas a exigência do CPA alemão relativa à eficácia externa (“*a si própria*”).

Muito parecida é a noção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto que lança mão do seguinte conceito:

Ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes.<sup>306</sup>

A concepção restrita alemã também aparece muito forte nesta definição quando afirma que o ato administrativo deve ter: *i*) proveniência da Administração Pública, *ii*) caráter jurídico público *iii*) unilateralidade e *iv*) natureza reguladora (“*constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica*”), deixando novamente explícita a ideia do “*ato regulador*”.

Ficam afastadas as exigências do CPA alemão relativas ao *ii*) caráter jurídico público (nada mencionando sobre as atuações privadas da Administração Pública) e à *vi*) eficácia externa (“*entre seus próprios entes, órgãos e agentes*”).

<sup>304</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. , p. 149.

<sup>305</sup> Praticamente idêntico é também o conceito de Alexandre Santos de Aragão. Teoria geral dos atos administrativos – uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. *in*: ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria geral dos atos administrativos: uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.37-70, 2011p.39.

<sup>306</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.152.

Num sentido ligeiramente diferente, Celso Antônio Bandeira de Mello oferece dois conceitos, um amplo e outro estrito. No sentido amplo o jurista define o ato administrativo como a:

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”<sup>307</sup>

E no sentido restrito como:

[...] declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.<sup>308</sup>

Embora desapareça a referência à *iv*) natureza “*reguladora*” do ato, ambos os conceitos, amplo e restrito, se traduzem na ideia de “*ato de ofício*”, de mera aplicação da lei formal, que é muito própria da concepção alemã, conforme exposto acima, permanecendo ainda a exigência de que o ato tenha *i*) proveniência da Administração Pública, *ii*) caráter jurídico público e *iii*) unilateralidade e *v*) concretude, no caso da definição em sentido restrito.

O que vai aparecer de novidade nesta definição é o controle judicial.

A inserção deste novo elemento no conceito de ato administrativo parece ter uma explicação histórica legítima, especialmente no Brasil. É que com o advento da Constituição Federal de 1988 e respectiva previsão do princípio da inafastabilidade do controle judicial (art.5º, inciso XXXV) o chamado mérito do ato administrativo, antes dotado de imunidade, passou a ser cada vez mais objeto de sindicância por parte do poder judiciário, refletindo na preocupação da doutrina por reafirmar este princípio constitucional.

Inobstante esse fato, importante é certo, o controle judicial, por vários motivos, não pode ser tomado por elemento do ato administrativo. Sem pretender esgotar o assunto, vale ressaltar a importância de se estudar a essência do ato administrativo, ou seja, o ato administrativo “por dentro” praticado pelo sujeito agente da “*primeira pessoa*” (compositor e ator da ação), e não a sua possível patologia, ou seja, o ato administrativo “por fora”

---

<sup>307</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20ª edição. Malheiros: São Paulo, 2006. p.215.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p.216.

simplesmente observado pelo sujeito da “*terceira pessoa*” (nem compositor, nem autor da ação).

O controle judicial tanto não faz parte da essência do ato administrativo que inúmeros atos administrativos nascem, crescem e se extinguem, produzindo efeitos jurídicos, sem que haja qualquer controle judicial. Em verdade, o controle judicial representa um momento lógico posterior ao ato administrativo, um segundo momento, que nem sempre ocorre e que, quando ocorre, pressupõe um momento lógico anterior.

Além disso, todos os atos jurídicos, inclusive do direito civil, estão sujeitos ao controle judicial, onde quer que haja lesão ou ameaça de lesão de direito, do que se depreende que o controle judicial é uma garantia constitucional destinada ao ordenamento jurídico como um todo, não sendo um predicado exclusivo do ato administrativo.

A inserção deste elemento no conceito do ato administrativo causa confusão na teoria do ato administrativo, porquanto acaba misturando as funções administrativas e judiciais sem oferecer parâmetros de atuação para o poder judiciário, de maneira a gerar um ativismo judicial voluntarista que não reconhece estes limites.

Em suma, a definição de ato administrativo não precisa deste predicado. E não é recomendável que o tenha.

O abandono da ideia do “*ato regulador*” alemão começa a ficar mais nítido e.g. na doutrina de Almiro do Couto e Silva para quem o ato administrativo “é o ato jurídico praticado unilateralmente por agente do poder público, no exercício da função administrativa, subordinado ao direito público, de natureza individual e concreta, destinado à produção de efeitos jurídicos imediatos”.<sup>309</sup>

Ainda que se possa perceber a influência da concepção restritiva alemã (*i, ii, iii e v*), desaparece a característica “*reguladora*”, admitindo-se no seu lugar a mera produção de “*efeitos jurídicos imediatos*”, bem como a ideia de “*ato de ofício*”, de mera aplicação da lei formal, razão pela qual talvez se possa dizer que esta concepção acaba se aproximando um pouco mais da concepção francesa de ato administrativo.

Essa guinada também pode ser percebida em Maria Sylvia Zanella Di Pietro para quem o ato administrativo é a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> Notas sobre o conceito de ato administrativo, *In Direito Administrativo*- estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto, p.280.

<sup>310</sup> ARAÚJO, Edmir Neto de. *Direito Administrativo*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.181.

Também é possível notar a marca da doutrina restritiva alemã (*i, ii, e v*). A definição também traz a novidade do controle judicial, a respeito do que vale a observação crítica acima. Ficam superadas, com efeito, as exigências *iii, iv e vi*.

O que chama a atenção do conceito, embora a jurista silencie a respeito, é a ideia de “*observância da lei*” no lugar da expressão “*complementares da lei a título de lhe dar cumprimento*”, esta última muito própria do “*ato de ofício*”, de mera aplicação da lei formal, o que não deixa de representar um grande avanço doutrinário. Exatamente por isso, e também porque não adota a ideia do “*ato regulador*”, talvez se possa dizer que a concepção da jurista também dá mais um passo rumo à concepção ampla francesa.

Muito próximo desta concepção é a definição de Edmir Netto de Araújo para quem o ato administrativo é a:

[...] declaração de vontade do Estado, nessa qualidade, exteriorizada por agente competente e no exercício de suas funções visando a produção de efeitos jurídicos conformes ao interesse público, com ela objetivados, determinados ou admitidos pelo ordenamento jurídico, em matéria administrativa.<sup>311</sup>

Numa zona aparentemente mais cinzenta, por sua vez, aparece a definição de Odete Medauar para quem:

Ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.<sup>312</sup>

Como se pode observar, embora esta definição pareça caminhar na mesma direção da concepção francesa, quando adota a expressão “*que produz efeitos jurídicos*”, logo em seguida volta a mencionar a ideia do “*ato regulador*” alemão com a expressão “*especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos*”. Mas o que mais chama a atenção nesta definição é a ideia de decisão final, pronta e acabada (actocêntrica) que é passível de ser retirada da ideia de “*expressão das decisões tomadas*”, dando a entender que o ato administrativo é apenas o momento final de uma decisão autoritária<sup>313</sup>.

<sup>311</sup> **Curso de direito administrativo.** p.438-439.

<sup>312</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 13ª edição. Ed. RT, 2009. p.138.

<sup>313</sup> MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.11-36. p.28.

É interessante notar que, embora a jurista tenha se esforçado por se desvencilhar do conceito do direito privado, trocando “*manifestação de vontade*” por “*expressão de decisão*”, o fato é que parece não ter obtido êxito, eis que continua presa à ideia de decisão final actocêntrica.

Na mesma linha, caminhando entre as concepções alemã e francesa, Vitor Rhein Schirato adota o seguinte conceito:

Ato administrativo é toda manifestação de uma autoridade administrativa competente, no exercício de função administrativa, em atendimento de um comando normativo, e apta a produzir efeitos jurídicos, estando sempre vinculada ao ordenamento jurídico e sujeita ao controle de legitimidade pelos órgãos administrativos e jurisdicionais competentes.<sup>314</sup>

O jurista realmente realizou um grande esforço no sentido de tentar ampliar a concepção de ato administrativo para incluir os atos bilaterais, afastando assim os elementos (*iii e v*)<sup>315</sup>, no que obteve um importante êxito dogmático.

E, criticando a insuficiência do conceito restrito de Almiro do Couto e Silva, o jurista afirma que “segundo nos parece, a conceituação do autor retira do campo dos atos administrativos os atos bilaterais, que já afirmamos existir, bem como os atos normativos, que, segundo entendemos, também são atos administrativos”<sup>316</sup>.

Mas a tarefa realmente não é fácil, tanto que o jurista parece continuar preso à visão restrita alemã de ato administrativo, primeiro porque continua concebendo o ato administrativo como um mero executor da lei ao dizer que ele deve ser realizado “*em atendimento de um comando normativo*”, segundo porque continua exigindo o elemento (*ii*) ao atrelá-lo à função administrativa típica e, terceiro porque também continua vinculando o ato administrativo ao elemento (*i*), ao restringir a sua prática apenas à autoridade administrativa.

Mantém, de resto, o acento tônico na ideia de um ente dotado de autoridade formal à weberiana, bem como na visão patológica do ato administrativo ao se referir ao controle externo (judiciário), antevendo assim sempre um litígio. Além disso, embora pareça se filiar num primeiro momento à concepção francesa que exige apenas a produção de efeitos

<sup>314</sup> Limitações à possibilidade de anulação dos atos administrativos, Boletim de Direito Administrativo – BDA, São Paulo, ano XXIII, nº 09, nº 1044, setembro de 2007. E também: SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, número 24, dez./jan./fev. 2011.

<sup>315</sup> Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos, p.124, NR n. 27. Excluindo do conceito de ato administrativo os atos bilaterais, compreendendo-os como contratos, bem como os atos normativos (o regulamento), vide: OLIVEIRA, Régis de. **Ato administrativo**. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.60-61

<sup>316</sup> *Ibidem*.

(qualquer efeito), acaba confessando a sua preferência pela concepção alemã quando explicita o que entende por efeitos jurídicos, os quais, segundo ele, são aqueles que “*versam sobre a criação, modificação e extinção de direitos*”<sup>317</sup>.

A proposta apresentada no início do presente trabalho no sentido de alterar radicalmente o ângulo de visão do Direito, ou seja, o tipo de pensamento jurídico de normativo para institucional nunca foi tão decisiva para que o ato administrativo pudesse dar mais um passo a mais na sua trajetória evolutiva.

E, apesar do esforço, esta última definição doutrinária também não parece ser suficiente para desvincular o ato administrativo da pecha autoritária. Não é porque a sua concepção agora engloba o ato administrativo bilateral que o autoritarismo pode ser considerado definitivamente afastado, uma vez que o fato de agora haver uma bilateralidade não explica nem o ato unilateral (foi extinto? de onde vem? o que faz?), nem o próprio ato bilateral que em tese pode continuar sendo autoritário justamente em razão da ausência de um aprofundamento acerca do seu processo de formação, lembrando que o consenso também pode estar eivado de arbitrariedade (“vontade radical”).

Sem pretender esgotar o assunto, é importante dizer que, quando se diz que se está praticando um ato administrativo “*em atendimento de um comando normativo*”, dando a entender que a juridicidade é suficiente para explicar as escolhas discricionárias administrativas, quando isto não é verdade, conforme exposto (vide *infra*: 2.3.4.6.), o perigo do autoritarismo e da arbitrariedade (do voluntarismo radical) continua espreitando, lembrando que a incompletude do ordenamento jurídico é um fato inegável, mormente diante de uma sociedade complexa como a contemporânea<sup>318 319</sup>.

Em suma, se pode dizer que é muito forte na doutrina brasileira a influência da concepção restrita alemã (*Verwaltungsakt*) e da antiga concepção francesa do “*ato*

---

<sup>317</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, número 24, dez./jan./fev. 2011, p.15.

<sup>318</sup> A doutrina dá a entender que adota um conceito de “*juridicidade*” ou de “*bloco de legalidade*” do pensamento de André Laubadère e Maurice Hauriou, os quais, por sua vez, incluem dentro do conceito de legalidade os costumes e os princípios gerais do direito. SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito, p. 20. No mesmo sentido: SCHIRATO, Vitor Rhein. **Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos**. p.123.

<sup>319</sup> Se a ideia da doutrina realmente for fiel ao pensamento dos juristas franceses, de maneira a admitir os costumes e os princípios gerais do direito dentro do conceito de juridicidade, a crítica sobre o ato administrativo como um “mero executor” da lei deve ser revista. Do contrário, se a base do pensamento ainda for o positivismo kelseniano, então crítica parece ter razão de ser.

*executório*”, o que exige um sério esforço no sentido de tentar desvincular o ato administrativo da pecha autoritária.

O desprendimento conceitual sobre a definição desta categoria jurídica tão tradicional é medida extremamente necessária. E a tarefa de atualizar o ato administrativo para o mundo contemporâneo não pode ser dada por encerrada.

Tanto que Marçal Justen Filho logrou construir uma definição de ato administrativo desprendida da concepção restritiva alemã do ato regulador, se aproximando conseqüentemente da concepção ampla francesa clássica, da qual também conseguiu se desprender ao afastar a velha ideia de “*ato executório*” à francesa (nas suas duas versões). Para ele o “ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa.”<sup>320</sup>

Menos às vezes é mais, como parece ser o caso da definição acima.

A definição enxuta do jurista paranaense não se preocupa tanto com o fato de que o ato administrativo tenha *i)* proveniência da Administração Pública, se referindo apenas à uma vontade funcional, nem *iii)* unilateralidade, não afastando os atos bilaterais, nem *iv)* natureza reguladora, nem com a *v)* concretude, nem com a *vi)* eficácia externa. Também não se preocupa com a exigência de produção de “*efeitos jurídicos imediatos*” como no ato executório francês.

É certo que nesse conceito ainda resta a exigência de que o ato administrativo tenha *ii)* caráter jurídico público, o que acaba por afastar as atuações privadas da Administração Pública. Contudo, representa mais um grande salto na tentativa de ampliar o conceito de ato administrativo.

Em outras palavras, a ideia de ato administrativo como uma atuação simplesmente produtora de efeitos jurídicos, ainda que não modificativos da ordem jurídica, aparece muito nítida nessa definição, o que revela a sua proximidade da concepção ampla de tradição francesa mais contemporânea<sup>321</sup>.

Aliás, é interessante notar que o jurista paranaense entende que o ato administrativo se aperfeiçoa por meio de uma vontade objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas e não como produto de uma vontade individual (voluntarismo), chegando até mesmo

---

<sup>320</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.185. O fato de o jurista ter abandonado no corpo da conceituação o termo “*funcional*” (conforme se nota na edição mais atualizada da sua obra: 13ª edição, p.293-294), não altera em nada este conceito, porquanto a “*vontade funcional*”, logo em seguida, é adotada justamente para distinguir da “*vontade autônoma*” do ato jurídico do direito civil.

<sup>321</sup> Diferentemente de parte da doutrina italiana (Giannini), o jurista admite os “*atos materiais*” dentro do conceito de ato administrativo. Cf.: **Curso de Direito Administrativo**. 13ª edição, p.297.



a dizer que “talvez se pudesse aludir a uma vontade ‘institucional’, indicando o vínculo entre a decisão do indivíduo e a realização dos fins que norteiam a instituição em que ele se integra.”<sup>322</sup>.

Ao utilizar a expressão “*vontade institucional*”, o raciocínio do jurista parece chegar muito perto da concepção institucionalista de ato administrativo que se pretende propor no presente trabalho.

A concepção que se pretende adotar nesta investigação, portanto, é uma concepção ampla de ato administrativo, próxima da concepção francesa mais contemporânea, segundo a qual o ato administrativo seria uma atuação institucional produtora de efeitos jurídicos.

É claro que esta concepção ampla ainda não pode ser considerada um conceito pronto de ato administrativo contemporâneo, servindo apenas de norte. Entretanto, talvez seja possível, para não ficar só na crítica desconstrutiva, tentar desenhar alguns contornos que possam refletir melhor a imagem do ato administrativo contemporâneo.

Em primeiro lugar, deve ficar claro que o ato administrativo não é uma “*prerrogativa*”, mas sim uma “*função*” necessária para se alcançar legitimamente um efeito jurídico. Com isto, metade do caráter autoritário do ato administrativo já poderia ser considerada eliminada. A indicação de um *telos* representa um grande salto dogmático<sup>323</sup> que a ideia de “*prerrogativa*”, fechada em si mesma, não permite dar.

Mas também não basta dizer que se trata de uma “*manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos*”, sendo necessário ainda explicar como isso ocorre, ou seja, “como” se produz efeitos jurídicos substancialmente legítimos.

A ideia de “*manifestação de vontade*”, mesmo incrementada pelo predicado “*funcional*”, continua muito presa ao caráter “*puntiforme*” da visão actocêntrica, como se o do ato administrativo fosse resultado apenas de um momento estático no tempo, ou seja, completo no momento em que é posto, interessando assim apenas o ponto de vista externo do sujeito da “*terceira pessoa*”.

A filosofia política tem muito a contribuir para uma melhor compreensão do tema.

---

<sup>322</sup> *Ibidem*, p.187.

<sup>323</sup> A doutrina parece ter percebido, diante da multiplicidade das formas de atuação administrativa, a importância do *telos*: “*Pode mesmo dizer-se que, no Estado Social de Direito, passa a prevalecer uma nova sistemática das formas de actuação da Administração Pública, cujo fundamento passa a ser o ‘fim administrativo’ e as tarefas administrativas desenvolvidas para os alcançar*”. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p.93.

Os problemas resultantes deste tipo de visão “*puntiforme*” sobre a vontade do sujeito responsável por decisão humana são destacados pelo filósofo Giuseppe Abbà e podem ser aproveitados na teoria do ato administrativo.

Ensina o filósofo:

Segundo o conceito de liberdade de indiferença, o agir moral consiste em atos singulares e simples, não só distintos uns dos outros como também separados uns dos outros, sem desdobramentos e sem continuidade. Eles não fazem parte de uma conduta, uma vez que toda decisão livre é um absoluto, um ato simples e indivisível; não admite graus ou continuidade no tempo: encontra-se completa no momento em que é posta. Torna-se impensável uma conexão interna entre decisões passadas, presentes e futuras; só pode haver uma continuidade através de repetição de decisões absolutas. Torna-se impensável uma composição interior do ato, na qual a intenção é dirigida a fins genéricos se concretiza e se individualiza sucessivamente em diversas escolhas.

Ao caráter puntiforme dos atos livres no tempo corresponde o seu caráter puntiforme na vida psíquica: a livre decisão é incompatível com a participação de outras faculdades operativas. A razão só tem função de apresentar objetos; as paixões podem tão-somente diminuir a liberdade; a vontade é tanto mais livre quanto mais se impõe sobre as paixões como força de pressão e de constrição.

Se o ato humano que emana da vontade indiferente é assim tão puntiforme e considerado do ponto de vista do legislador e do juiz, será a ação exterior especificada pelo seu sujeito que atrairá a atenção: os fins ulteriores perseguidos pela intenção subjetiva do agente serão incluídos entre as circunstâncias acidentais do ato. Deste modo, a consideração sobre os fins pretendidos pelo sujeito agente – consideração principal do ponto de vista da primeira pessoa – torna-se secundária.<sup>324</sup>

A dogmática jurídica precisa superar, de uma vez por todas, esta visão “*puntiforme*” do ato administrativo. Aliás, ela já tinha chegado a esta conclusão quando criticou a visão actocêntrica. Só não tinha essa explicação filosófica mais substancial. E é justamente a ausência desta explicação que a levou a tentar construir novas categorias substitutivas ao ato administrativo que fossem capazes de oferecer respostas mais adequadas ao direito administrativo. Bastava, entretanto, compreender melhor a natureza da decisão humana.

E para compreender a decisão humana é necessário enxergá-la de modo diferente daquele transcrito acima. Por ora, basta destacar que o ato administrativo deve ser enxergado de maneira dinâmica e não estática;

Para tanto, a ideia de “*operação*”, que não deixa de estar muito próxima da ideia de procedimento dinâmico (vide *infra*: 2.3.3.), parece melhor do que a ideia de “*manifestação de vontade*”.

---

<sup>324</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p.109-110.

Novamente, é necessário recorrer ao ensinamento do filósofo Giuseppe Abbà sobre a ética aristotélica para dizer que o conhecimento prático (raciocínio prático) é aquele que se refere à “ação enquanto operável por parte do agente humano” que o conhece “de tal modo que esse mesmo conhecimento prático é operativo, isto é, dirige e compõe a ação”<sup>325</sup>.

Isto significa que a decisão administrativa deve ser analisada sob o ponto de vista interno do sujeito agente da “*primeira pessoa*” que é, ao mesmo tempo, seu compositor e seu ator. Não basta, com efeito, enxergar o ato administrativo do ponto de vista externo do sujeito da “*terceira pessoa*” que simplesmente a controla<sup>326</sup>, nem tentar enquadrar alguns fatos administrativos (*strictu sensu*), decorrentes de ato de terceiro, como atos administrativos<sup>327</sup>.

Nesta perspectiva, parece mais adequado dizer que o ato administrativo é, mais do que uma simples “*manifestação de vontade funcional*”, uma operação complexa que envolve razão e emoções humanas e é apta a gerar efeitos jurídicos; uma concepção emprestada da filosofia política em referência ao raciocínio prático do ser humano<sup>328</sup>.

Com essa concepção restaria afastado tanto o caráter autoritário decorrente da ideia de “*prerrogativa*”, agora substituído pela ideia de “*função*”, com a conseqüente valorização de todos aqueles que de alguma forma serão afetados pelos efeitos jurídicos do ato administrativo, quanto o caráter “*atocêntrico*” e irracional decorrente da decisão final pela Administração Pública que agora é substituído por uma operação complexa, mais dinâmica e racional.

Mas ainda não basta.

Por mais que a definição de Marçal Justen Filho tenha quebrado uma barreira dogmática importante, especificamente a exigência de que o ato administrativo tenha: *i*) proveniência da Administração Pública, exigindo em vez disto que ele seja simplesmente

---

<sup>325</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p.82.

<sup>326</sup> Para melhor compreender os conceitos “*primeira pessoa*” e “*terceira pessoa*”, vide: ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011.

<sup>327</sup> Segundo a doutrina, os efeitos gerados a partir da usurpação de função pública, em razão da teoria da aparência, podem configurar “*ato administrativo putativo*”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª edição. p.352-353. Não parece adequada esta posição, pois o fato de poder haver eventualmente responsabilidade do Estado não significa necessariamente que tenha havido ato administrativo.

<sup>328</sup> Não confundir com o conceito dogmático de “*ato complexo*” que “*se forma pela conjunção de vontades de mais de um órgão administrativo*”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 171.

praticado no “*exercício de função administrativa*”<sup>329</sup>, o fato é que o ato administrativo também pode estar capacitado para fazer mais do que isto.

É que, ao afastar esta exigência, a doutrina, consciente ou inconscientemente, abriu as portas para que os atos administrativos também pudessem ser praticados por entidades privadas no contexto da atividade econômica sempre que estiverem exercendo função administrativa delegada do Estado<sup>330</sup>.

Mas o problema nem é este (o exercício de função pública). O problema é saber se as entidades privadas também praticam ato administrativo quando estiverem exercendo função privada, ou seja, no exercício do poder privado.

Este tema, embora deva ser tratado somente mais a frente (Capítulo 3), já oferece uma amostra da evolução do ato administrativo, mormente se se considerar que parece um sacrilégio imaginar o exercício de poderes (privados) por entidades privadas que não estejam senão no exercício de funções públicas formalmente delegadas pelo Estado, as chamadas “*funções administrativas*”.

Mas a realidade prática parece mostrar o contrário: nem sempre existe delegação do poder público pelo Estado. E por conta disto o dissenso na doutrina quanto à sua explicação não é raro de ser encontrado<sup>331 332</sup>.

---

<sup>329</sup> O afastamento do (ii) caráter jurídico público se, de um lado, exclui as atuações privadas da Administração Pública, de outro, inclui as atuações “públicas” das entidades privadas (e.g. exercício privado de funções públicas).

<sup>330</sup> Se a doutrina reconhece que o ato administrativo “*é hoje mais do que nunca um instrumento de proteção dos cidadãos*” [em face do Estado], como parece, e.g.: MONCADA, Luiz S. Cabral de. MONCADA, Luis S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 306; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Ivridica n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coi, p.1193, então parece razoável supor que o ato administrativo também pode ser um instrumento de proteção dos cidadãos [em face de outros cidadãos], não somente no contexto da mera eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas também e principalmente de uma verdadeira “teoria da decisão privada”.

<sup>331</sup> Existe doutrina que admite a ampliação do aspecto orgânico (a que qualifica como desfiguração subjetiva da Administração Pública), mas continua defendendo a concepção restrita do “*ato regulador*”, posição esta que acaba por levá-la a negar veementemente a natureza de ato administrativo mesmo para os atos materialmente administrativos praticados por (essas “fantásticas”) entidades privadas no exercício de função pública (no caso, os “organismos de direito público” do direito europeu – art. 3º/1/i e 2 do Decreto- Lei 59/99). E mesmo diante da evidente insuficiência de respostas para a necessidade de se aplicar normas de direito público na fase pré-contratual, insiste em negar-lhes “*o crisma*” do ato administrativo, para o que se vê obrigada a se socorrer de subterfúgios, como o reconhecimento de que tais entidades privadas são “*órgãos indiretos da Administração*” ou então que se trata de uma resposta da “*jurisprudência prática*” que não encontra respaldo na dogmática, concluindo, ao meu ver equivocadamente, que se trata de um regresso às origens privatísticas da noção de ato administrativo, bem como que se trata de uma indevida predicação em favor de tais atos de uma reserva de poder que caracteriza a função administrativa propriamente dita. ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A teoria do acto e a justiça administrativa**. Coimbra: Almedina, 2006. p.129-133.

<sup>332</sup> Existe doutrina ainda que, talvez ainda não no contexto da livre iniciativa, admite que o ato administrativo não é uma exclusividade das entidades públicas administrativas, devendo os poderes administrativos ser interpretados num sentido funcional, ou seja, de poderes necessários ao exercício de determinada função.

Afinal de contas, o que seria uma “*função administrativa*”? Seria uma função pública pura? Seria uma função público-privada? Ou seria uma função privada de relevância pública? Este “hibridismo” ainda é um grande mistério na doutrina.

Por ora, ficaria com um conceito provisório segundo o qual de ato administrativo é: uma operação complexa, que envolve razão e emoções humanas, apta a gerar efeitos jurídicos; concepção esta que talvez ainda possa evoluir para afastar a última exigência da doutrina (que se trate de uma “*função administrativa*”).

Ainda é prematuro para concluir, mas, se a hipótese desta investigação estiver correta, o ato administrativo pode ser definido como: operação complexa (que envolve razão e emoções humanas) apta a gerar efeitos jurídicos (e ainda) no exercício de funções de governo, público ou privado<sup>333 334</sup>.

Parece não existir qualquer prejuízo se se quiser designar o exercício de função de governo privado como (quase) ato administrativo ou mesmo ato administrativo por equiparação para diferenciá-lo do ato administrativo praticado no exercício de função de governo público.

Por ora, será objeto de análise apenas o ato administrativo do primeiro tipo (exercício de funções de governo público), ficando o do segundo tipo (exercício de funções de governo privado), para os próximos capítulos.

### 2.3. A LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO: UM NOVO ELEMENTO

O ato administrativo já não pode mais ser considerado o mesmo.

Conquanto seja fruto de uma concepção de Estado à francesa (Estado burocrático separado da sociedade), o ato administrativo deve ser reinventado – não simplesmente abolido - para que seja aproveitado o elemento que é a sua grande marca, qual seja, a autoridade, agora na concepção institucional de poder organizado (e não como força).

---

MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 328-329.

<sup>333</sup> Este conceito provisório parece compatível com todos os tipos de Administração Pública (de polícia, prestacional e infraestrutural) e parece alcançar as mais variadas atividades administrativas (atos preparatórios, atos provisórios, atos materiais, atos bilaterais, atos regulamentares, atos internos, atos informais, atos informáticos etc.).

<sup>334</sup> Na essência, o poder (público ou privado) é o mesmo. “*O poder é um só, seja qual for a sua expressão nas relações sociais*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.177.

Apesar da existência de outras formas de atuação administrativa, o ato administrativo continua sendo imprescindível para o funcionamento da vida em sociedade <sup>335</sup>, afinal de contas, conforme admite a doutrina, “o ato administrativo segue sendo uma realidade jurídica. Com ou sem crise, diariamente os administradores editam milhares de atos administrativos [...] que crise então seria essa?” <sup>336</sup>.

Contudo, conforme tudo o que foi exposto até aqui, é necessário buscar a sua verdadeira identidade, a sua essência, muito além dos elementos formais tradicionais, meramente estruturais (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade).

Em outras palavras, parece necessário colocar o acento tônico na fundação e no funcionamento do ato administrativo (por dentro) e não apenas no seu controle (por fora). Seria até possível falar de numa espécie de “controle da legitimidade” do ato administrativo (além dos tradicionais controles de legalidade, de constitucionalidade e de convencionalidade), mas tal expressão constituiria uma contradição em termos em relação ao pensamento institucionalista, que mantém o foco na feitura (no fazer) da instituição e não apenas no seu controle.

Note que o direito administrativo já está repleto de controles, tanto internos quanto externos <sup>337</sup> (Tribunal de Contas, Poder Judiciário, Ministério Público, sociedade civil, órgãos neutrais <sup>338</sup> etc).

Tudo isso é muito importante, sem dúvida, mas ainda é pouco, ou melhor, é muito redutor da verdadeira vocação do ato administrativo.

É que o controle é meramente pontual e reativo. Visa conferir a partir de fora o que foi feito de dentro. Utiliza quase sempre uma abordagem tipicamente normativo-decisionista, seja qual for a sua versão (vide *supra*: 1.1.2.) <sup>339</sup>.

Este tipo de abordagem é importante e constitui uma exigência constitucional no sistema jurídico brasileiro, não se pode negar, mas não deve ser a única e nem a principal

---

<sup>335</sup> “Assim, o poder institucionalizado em comunidades organizadas frequentemente aparece sob a forma de autoridade, exigindo reconhecimento instantâneo e inquestionável; nenhuma sociedade poderia funcionar sem isso”. ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**, p.63.

<sup>336</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In **Direito Administrativo Brasileiro**. MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vítor Rhein (org.), p.93.

<sup>337</sup> O controle interno da Administração não pode ser visto apenas como mais uma forma de controle (como o controle externo), mas, mais do que isto, como instrumento de autocontenção do poder.

<sup>338</sup> Cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**, 2011. Conforme linha de pensamento defendida ao longo de todo o trabalho, parece difícil aceitar a ideia de um “homem inerte”, muito próxima da ideia de “órgão neutro”.

<sup>339</sup> Normativista no seu ponto de partida e decisionista no seu ponto de chegada ou, ao revés, decisionista no seu ponto de partida e normativista no seu ponto de chegada, ambos não muito distantes do voluntarismo.

forma de abordar o ato administrativo, que tem muito mais a oferecer em termos de sinergia ao direito administrativo contemporâneo.

E para se alcançar essa sinergia, o foco deve ser alterado; de um viés exclusivamente externo e controlador (normativista) para outro que busque pela legitimidade do ato administrativo, viés este que pode ter como ponto de partida o institucionalismo de Santi Romano e sua concepção de ordenamento jurídico concreto (vide *supra*: 1.4.1.2.).

Como já verificado antes, apoiar o direito administrativo sobre teorias como a teoria alemã da relação jurídica, a teoria italiana do procedimento administrativo ou mesmo a teoria de valores do neoconstitucionalismo, por si só, parece insuficiente para alcançar a sua real dimensão, que está diretamente ligada à ideia de que o homem é um ser sociável e que deve, portanto, organizar o poder, do qual decorre naturalmente uma autoridade. O próprio conceito de instituição.

A partir do conceito de instituição como ordenamento jurídico, e vice-versa, se torna mais fácil compreender a realidade, especialmente a da sociedade contemporânea cuja ideia diretriz objetiva está intimamente ligada à democracia.

Segundo Santi Romano, a instituição “se transforma em uma unidade contínua, em um corpo social, cujos elementos variam segundo a sua constituição, que foi e é diferente conforme os lugares e os tempos”<sup>340</sup>. Atualmente no Brasil estes elementos do corpo social formam aquilo que é conhecido como Estado democrático de Direito, que representa a “*ideia diretriz*” objetiva de que fala o jurista italiano.

É interessante notar a atemporalidade<sup>341</sup> da teoria do ordenamento jurídico concreto que parece decorrer exatamente do seu especial zelo pela realidade fática e pela sua capacidade de adaptação às necessidades de cada sociedade humana concreta.

Mas a teoria romaniana é capaz de responder adequadamente a crítica (dos supersubjetivistas) de que dentro dela pode caber tudo, até mesmo atentados contra a humanidade (crítica esta que é dirigida também ao positivismo kelseniano)? E a crítica (dos hiperobjetivistas) de que ela é vaga e imprecisa?

A primeira crítica tem o seu motivo e deve ser cuidadosamente analisada.

Por ora, é importante apenas dizer que a teoria romaniana, ao exigir a presença de elementos subjetivos na formação do Direito e ao buscar realizar uma valoração jurídica do

---

<sup>340</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.107.

<sup>341</sup> A obra acaba de completar 100 anos (em 2018).

fático, do real, combate o vazio abstrato e formalista do positivismo kelseniano. Neste aspecto o institucionalismo pode oferecer respostas mais adequadas à realidade do que o normativismo. Mas a simples existência de relações recíprocas entre as “*vontades paralelas*” que dão base ao institucionalismo realmente não oferecem um substrato ético mais apurado, uma explicação filosófica mais apurada daquilo que é bom e justo. O institucionalismo parece precisar de algo a mais, o que, entretanto, será abordado mais a frente <sup>342</sup>.

A segunda crítica já não parece ter tanto sentido se se percebe que a teoria do ordenamento jurídico, ao tentar equilibrar os elementos subjetivos (“*vontades paralelas*”) e objetivos (ideia diretriz) na formação do Direito, é muito mais realista e democrática do que e.g. as doutrinas de valores que, a pretexto de se apoiarem numa ordem superior de valores supostamente objetivos, se fundam em verdade no mero decisionismo (voluntarista), no seu ponto de chegada (normalmente o juiz). E é mais realista e democrática do que as teorias positivistas que, se dizendo neutras <sup>343</sup>, são na verdade meramente decisionistas (voluntaristas) no seu ponto de partida (normalmente, o legislador), pouco oferecendo ao Direito em termos de substância e concretude.

A democracia é um norte importante, uma “*ideia diretriz*” (elemento objetivo) que pode receber a adesão espontânea de todas as vontades, conscientes e inconscientes (elemento subjetivo), podendo ser extraído de toda esta conjunção de fatores um poder organizado do qual decorre necessariamente uma autoridade que tende a ser substancialmente mais legítima <sup>344 345</sup> do que a mera autoridade formal e burocrática weberiana.

Mas a democracia, por si só, também não é capaz de oferecer um substrato ético mais apurado daquilo que deve ser considerado bom e justo. Não ao menos se for compreendida simplesmente como governo da maioria. A verdadeira democracia, a democracia substancial, é muito mais do que governo da maioria, o que justifica inclusive, na esteira do pensamento institucional, o elemento autoridade. Sem autoridade não existe democracia. Simples assim.

<sup>342</sup> O segundo pilar da investigação é a ética aristotélica, que de alguma maneira permite preencher esse vazio do institucionalismo.

<sup>343</sup> A expressão “se dizendo neutras” não foi usada à toa, já que, conforme analisado, o institucionalismo de Santi Romano vê muito claramente uma “ética” por trás do purismo kelseniano que é justamente a ética hegeliana de que é o Estado o único e supremo intérprete e tradutor do direito natural. Em sentido parecido: “*A neutralidade da Administração é um mito racional. A Administração não consegue ser livre da política e nem deve [...]*”. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Administração contemporânea: três linhas de transformação do poder de polícia**. p.65.

<sup>344</sup> “*O governo é essencialmente poder organizado e institucionalizado [...] o poder não precisa de justificação, sendo inerente à própria existência das comunidades políticas; o de que realmente precisa é legitimidade*”. Cf.: ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**, p.69.

<sup>345</sup> Autoridade cuja legitimidade não pode ser confundida com aquela da “*autoridade carismática*” weberiana. Weber, Max. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 199, p.323-362.



Portanto, a autoridade é a essência do ato administrativo, de maneira que não há se falar apenas em elementos formalísticos exteriores da autoridade sem antes tentar captar o sentido no qual o poder está organizado no seu interior.

Em sentido parecido, Gustavo Justino de Oliveira defende que a democracia é entendida na sociedade pós-moderna (prefiro o termo contemporânea) como relacionada à atuação da autoridade governante no sentido de escolha de “*como*” governar, ou seja, como participação das pessoas no exercício do poder público, deixando, portanto, de ser apenas uma democracia formal para se tornar também uma democracia substancial<sup>346</sup>.

Defender a ideia de que a democracia deve ser não apenas formal, mas também substancial e que para alcançar a democracia substancial é necessária a participação dos cidadãos no processo decisório representa um grande salto dogmático.

Mas parece ser possível ir além. Algo a mais parece necessário para se reconhecer aquilo que é bom e justo. É este elemento ético que deve servir de baliza para o institucionalismo e, conseqüentemente, para a democracia substancial.

A democrática substancial não pode estar associada ao supersubjetivismo, pois não há legitimidade no voluntarismo radical, qualquer que seja a sua versão normativo-decisionista, na partida ou na chegada (vide *supra*: 1.1.2.). E também não pode estar associada ao hiperobjetivismo, pois, de igual forma, não há legitimidade no voluntarismo radical do legislador.

Em suma, é antidemocrático tanto o arbítrio radical do juiz e do administrador quanto o arbítrio radical do legislador. A vontade radical é substancialmente antidemocrática.

A propósito da legitimidade, Maurice Hauriou, criticando os legalistas, diz que “é somente o poder organizado que pode criar situações jurídicas e somente ele pode mantê-las”<sup>347</sup>, sendo o resto apenas formalidade exterior.

Neste ponto, é importante perceber que existe uma diferença marcante entre a concepção do jurista francês e a concepção do alemão Carl Schmitt, pois, enquanto para este último o Direito é criado pelo poder de maneira voluntarista (o poder soberano)<sup>348</sup>, para o primeiro o Direito é concebido tão somente pelo poder organizado.

---

<sup>346</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. São Paulo: Fórum, 2010. p.18.

<sup>347</sup> HAURIU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.38.

<sup>348</sup> Como já exposto, Carl Schmitt, na segunda fase do seu pensamento jurídico, aderiu ao institucionalismo (“decisionismo mitigado” ou “institucionalismo schmittiano”).

Para entender o poder organizado é necessário partir do institucionalismo de Santi Romano e analisar o seu especial cuidado em conciliar elementos objetivos (“*ideia diretriz*” e procedimento) e subjetivos (“*vontades paralelas*”) na formação da instituição, bem como a autoridade deles decorrente que pode justificar o ato administrativo, cuja essência, frise-se, é a legitimidade democrática substancial.

O institucionalismo romaniano é, portanto, o ponto de partida, mas não ainda o ponto de chegada.

### 2.3.1. A Concepção Contemporânea de Democracia: “Quem”, “Como” e “O Que”?

Conforme se pode notar, passa a interessar à democracia substancial não apenas o ato administrativo final, aquele da visão “atocêntrica” mencionada, mas sim todo o seu interior, todo o seu processo de formação ou de fundação.

E é nesse caminho de fundação (*iter*) que parecem ganhar relevância os seguintes aspectos do ato administrativo: *i*) quem decide (elemento subjetivo), *ii*) como se decide (elemento objetivo procedimental) e *iii*) o que se decide (elemento objetivo material) no ato administrativo.

Antes de tudo deve ser esclarecido que não se pretende identificar o ato administrativo em si com a instituição, mas apenas realizar uma aproximação entre eles, de maneira a tentar aproveitar o que ambos têm em comum: a organização do poder em torno da autoridade.

Isto porque o ato administrativo, de maneira muito semelhante à norma jurídica, não pode ser confundido com a instituição, ou seja, com o ordenamento jurídico. Conforme exposto, no pensamento de Santi Romano, a norma jurídica é apenas um reflexo do Direito, ou melhor, uma forma, um apoio externo ao poder organizado que é ínsito à instituição.

Vale lembrar que, ainda sem identificar instituição e ordenamento jurídico, Maurice Hauriou já havia elaborado essa noção, dizendo que a *lex regia* sobre a sucessão hereditária nos reinados era “*apenas uma forma tomada pela ideia diretriz do Estado, que serve assim de apoio externo ao poder [...]*”<sup>349</sup>.

Nesse contexto, mais do que identificar o ato administrativo com a instituição, a proposta é realizar apenas uma aproximação entre eles para tentar compreender como ocorre a organização do poder em torno da autoridade no regime democrático. Autoridade que, apesar

---

<sup>349</sup> A teoria da instituição. p.38.

de ser diferente da autoridade dos regimes não democráticos (autoritária), continua sendo uma autoridade. Ou alguém realmente acredita que não existe autoridade nos regimes democráticos<sup>350 351</sup>?

### 2.3.2. Quem Decide?

O que foi estudado até aqui parece ser suficiente para entender o que se pretende dizer com a expressão “quem” decide sobre a fundação da instituição, de maneira que parece interessante seguir o mesmo modelo para, paralelamente, também tentar entender “quem” decide sobre a formação do ato administrativo.

Na concepção da doutrina tradicional, o ato administrativo é uma “*prerrogativa*”, um poder soberano do Estado, que pode impor as suas decisões em relação aos seus súditos. Quem decide é exclusivamente aquele sujeito dotado de um poder autoritário que pode decidir de maneira autoritária, de cima para baixo, sem ter que prestar contas ou se responsabilizar pela sua decisão. Trata-se do tipo mais puro de pensamento jurídico decisionista da primeira fase schmittiana.

Ocorre que essa concepção evoluiu juntamente com o Estado, do Estado policial até o Estado social-prestacional. Consequentemente, a concepção de ato administrativo também evoluiu no sentido de transformar o poder autoritário no seu reverso: o dever estatal de assegurar todos os direitos aos cidadãos.

O acento tônico foi colocado então nos direitos subjetivos, agora, direitos subjetivos públicos (porque contra o Estado), pautados pela ideia de relação jurídica e na valorização da isonomia entre Estado e cidadão.

Em princípio nada a reparar. O ato administrativo foi adaptado à nova realidade com os ajustes necessários, a começar pela alteração da ideia de súdito pela de cidadão. Também a ideia de processo administrativo ganhou força, embora na concepção conflitiva<sup>352</sup> do processo judicial como paradigma.

---

<sup>350</sup> Anarquistas ou pluralistas desconstrutivistas até tentam ligar a ideia de democracia com ausência total de ordem, de “*sociedade líquida*” etc., associando-a ainda à concepção de “*Estado pós-moderno*”, o que, entretanto, é incompatível com a perspectiva institucional.

<sup>351</sup> Citando Jean-Marie Denquin, a doutrina revela que “*todo sistema ideológico que promete ou anuncia uma sociedade sem poder, deve ser considerada ‘a priori’ não somente utópico mas como absurdo*”. Cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.82.

<sup>352</sup> Relembrando que o termo conflitivo é adotado no sentido de conflito “*meramente divisivo*”, diferente do conflito “*integrado e integrador*” das “*relações contínuas, cambiantes, mas as vezes estáveis*”. MACINTYRE,

Contudo, a obra parece não ter sido completada. Permaneceu comum às duas concepções a ideia dos consentimentos conflitantes retirada do contrato social rousseauiano e do Estado burocrático weberiano, ou seja, a ideia da separação absoluta entre Estado e sociedade como antagonistas<sup>353 354</sup>.

O ato administrativo, mesmo depois deste giro, continuou reduzido quanto à sua potencial capacidade, tendo deixado de ser praticado de maneira vertical (de cima para baixo) para ser praticado de maneira horizontal, chegando até mesmo a quase desaparecer dentro da amplitude do processo administrativo, espelhado no paradigma do processo judicial.

O surgimento de diversas críticas foi inevitável: “*crise do ato administrativo*”, “*do ato ao processo*” etc. Enfim, buscou-se a substituição do ato administrativo por outras categorias jurídicas (e.g. relação jurídica e procedimento), bem como por outras formas de atuação administrativa (“*governar por contrato*”).

Neste contexto, o contrato administrativo gozou de enorme expansão, deixando o ato administrativo completamente órfão, quase um sacrilégio, “*reliquia de um tempo passado*”<sup>355</sup>.

Afinal de contas, quem (que sujeito) teria a petulância de praticar um ato administrativo contra o cidadão? Ora, os órgãos controladores estão logo ali, de olhos abertos a qualquer movimento do funcionário público e prontos para exercer a coerção da norma primária hartiana. É a época do controle total, da reponsabilidade integral, da punição total e em todos os âmbitos, civil, administrativa, criminal, por improbidade etc.

---

Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.23.

<sup>353</sup> Essa concepção de uma separação entre Estado e sociedade deixou raízes tão profundas no pensamento jurídico contemporâneo que até mesmo quando a melhor doutrina tenta se libertar dela acaba não conseguindo. No “*Estado regulador*”, embora a doutrina defenda uma aproximação entre Estado e sociedade (o que representaria um grande salto dogmático), parece não acreditar no “homem sociável” (ainda que falho), mantendo a crença no Estado como ente “ético por excelência” (como diz Santi Romano). Cf.: “Em vista da realização deste objectivo, importa, quando da adopção de soluções de regulação ou de colaboração público-privada, ter consciência de que não se afigura razoável nem sensato esperar-se uma actuação desinteressada dos particulares – ou uma espécie de actuação privada naturalmente vocacionada para a realização do interesse público. Sem se pôr em causa a possibilidade e a ocorrência efectiva deste fenómeno, o normal é que os particulares se orientem por critérios de interesse privado e egoísta. Como escrevemos numa outra oportunidade, só a Administração Pública, e não os particulares, se encontra institucionalmente adstrita à prossecução do interesse público”. GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. Estado de Garantia e Mercado. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. vol. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), 2010, p.97-128. , p.97-128.

<sup>354</sup> Ao contrário do que defende a doutrina portuguesa, esta separação antagônica não parece ter sido superada pelo Estado social. Cf. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p.92.

<sup>355</sup> Citando a expressão “*als Relikt einer vergangenen Zeit*” da doutrina alemã, vide: ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.65.

O sujeito do ato administrativo, antes senhor de si e dos súditos, repentinamente se viu em meio à uma submissão total, agora invertida. Todo cidadão poderia pretender substituir este sujeito na prática do ato administrativo, pois controlar o outro, de fora, a partir de uma perspectiva externa, não parece constituir uma tarefa tão difícil.

O direito administrativo parece ter se deixado paralisar completamente. Enfim, para utilizar a expressão da célebre frase de Otto Mayer de que o “direito constitucional passa, o direito administrativo fica”<sup>356</sup>, mas desta vez invertida, se pode dizer que o “direito administrativo passa e o direito constitucional fica”<sup>357</sup>.

Para que então insistir num sujeito competente para a prática do ato administrativo se todo o seu empenho quase sempre se torna em vão, já que o outro, o sujeito de fora, sempre vai impugnar a sua decisão?

O outro, de fora, sempre vai requerer do Poder Judiciário que efetive o seu, ou melhor, os seus direitos subjetivos públicos preconcebidos (insaciáveis, diga-se de passagem), ora na norma jurídica abstrata (“*hiperobjetivismo*”), ora na opinião de quem decide (“*supersubjetivismo*”), nos dois casos muitas vezes com base num voluntarismo radical.

Consequência disto: a judicialização sobre a atuação administrativa nunca foi tão grande. O ativismo judicial, muitas vezes com base num voluntarismo radical, outras de forma antidemocrática e outras ainda de forma completamente arbitrária<sup>358</sup>. Uma das causas de tudo isso está ao que parece no pensamento jurídico do tipo normativo-decisionista (nos seus dois tipos: no ponto de partida e no ponto de chegada), bem como na correlata visão de que Estado e sociedade estão completamente separados.

Entretanto, a perspectiva institucionalista pode alterar profundamente toda essa concepção, pois parte de premissas completamente diferentes daquelas utilizadas pelo

---

<sup>356</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.69.

<sup>357</sup> A doutrina proclamou essa inversão em 2001. Vide: CANOTILHO, J.J. Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também, *In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Rogério Soares*, p. 706. Todavia, como se sabe, em 2008, o constitucionalista português revisitou a sua doutrina para proclamar que “*a constituição dirigente morreu*”. CANOTILHO, J.J. Gomes. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. *In "Brançosos" e interconstitucionalidade*. Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional, p. 154-156. Fica então a questão de saber se para ele o direito constitucional realmente ainda “fica”. Penso que não, ao menos não como récita omnicompreensiva, na sua própria expressão. Entendendo que o direito administrativo “*passa*” e alterando-se a sua estrutura e as suas funções, vide: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo. *In: Boletim da Faculdade de Direito*. Stvdia Iuridica n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra. p.1196.

<sup>358</sup> A doutrina do “*emotivismo ético*” critica o ativismo judicial e destaca a existência do paradoxo “*constitucionalismo vs democracia*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.152-153 e 175.

pensamento do tipo normativo-decisionista, a começar pela visão de que o Estado é uma instituição como qualquer outra (a mais importante), da qual, portanto, a sociedade faz parte essencial, ou seja, a visão de que não existe separação absoluta entre Estado e sociedade, que passam a ser co-protagonistas e não antagonistas.

O Estado, a instituição-Estado, é o instrumento de que o ser humano se utiliza para as suas relações sociais com outro ser humano. O homem não é nem objeto do Estado, nem objeto de outro homem. Ao revés, o homem se sociabiliza com o seu semelhante e utiliza as instituições, inclusive a instituição-Estado, como seu instrumento. Ora, se não é possível confiar no homem sociável expresso na instituição, também não é possível confiar no Estado, pois o que é o Estado senão um produto do próprio homem <sup>359</sup>.

Assim, trazendo essa concepção para o direito administrativo, se pode dizer que o sujeito que pratica o ato administrativo não é o Estado propriamente dito (nem o seu órgão, como na “*teoria do órgão*”), mas sim a instituição-Estado, cuja vontade é resultante da combinação de todas as vontades, dos “*consentimentos paralelos*” de que fala Maurice Hauriou.

É o elemento subjetivo do institucionalismo. Este elemento, sozinho, ainda não dá vida ao ato administrativo, mas altera fortemente a sua percepção.

Neste contexto, também se torna mais fluida a separação entre autoridade e consensualismo, como se fossem duas esferas completamente incompatíveis e excludentes, ou seja, como se a autoridade estivesse ligada a um único sujeito (o Estado) e o consensualismo a dois sujeitos (Estado e sociedade). E mais, como se a autoridade fosse um atributo da autocracia e o consenso da democracia.

A ausência de uma explicação teórica melhor já era percebida pela doutrina <sup>360</sup>.

A autoridade é plenamente compatível com a democracia, pois desta ideia diretriz decorre um poder organizado que é a sede tanto da autoridade como do consenso. Tanto num como noutro devem estar presentes os “*consentimentos paralelos*”.

Quando a instituição-Estado decide, é toda a sociedade que está decidindo através da manifestação dos chamados “*consentimentos paralelos*”. Todos os que estão inseridos na

---

<sup>359</sup> “[...] o Estado nada mais é do que uma instituição, não sendo nem melhor, nem pior que as demais instituições geradas por uma determinada sociedade”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.160.

<sup>360</sup> A doutrina percebeu a realidade desta visão normativista quando afirmou que “*por vezes esse acordo é estabelecido informalmente, antes do Poder Público exarar ato administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele*”. SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 209, p.43-70, jul-set 1997, p.64-65.

mesma esfera social e devem colaborar para que a ideia diretriz seja alcançada da melhor maneira possível.

Note o detalhe: o consenso não está solto no tempo e no espaço. O consenso, assim como a autoridade, está fundado no poder organizado, que por sua vez, se sustenta na instituição.

Nesta linha de pensamento, ousaria reservar o termo consensualismo apenas para as hipóteses em que o consenso é por assim dizer puramente arbitrário e desconectado de bases objetivas, ou seja, fruto de vontades radicais. E deixaria o termo consenso propriamente dito apenas para as hipóteses fundadas na racionalidade da instituição.

É da racionalidade desta instituição-Estado que a autoridade deve partir enquanto sujeito agente da “*primeira pessoa*” da ética aristotélica.

#### 2.3.2.1. A “*fuga para o direito privado*”: a assimilação ao direito privado

É importante perceber que uma das consequências do reducionismo de um direito administrativo controlador (do sujeito da “*terceira pessoa*”) parece ter sido exatamente a chamada “*fuga para o direito privado*”<sup>361 362</sup> que, na verdade, nada mais é do que uma fuga para o voluntarismo, uma fuga dos parâmetros objetivos que são oferecidos pelo direito administrativo (regime jurídico-público)<sup>363</sup>.

Esse fenômeno não parece ter como causa senão a própria negação da realidade. Ocorre que a realidade se impõe e vai contornando o reducionismo, o megacontrole, conquanto nem sempre da forma adequada.

E como alternativa a tudo isso, que parece ter ganhado ainda mais ênfase nos últimos anos, é a chamada “*Administração consensual*”, na qual se pressupõem sempre dois sujeitos diferentes (Administração Pública e sociedade) decidindo questões litigiosas de comum acordo.

É claro que o acordo administrativo tem lugar – e de destaque – no direito contemporâneo. Contudo, o consensualismo não parece ser suficiente para resolver todos os grandes problemas do direito administrativo, que parecem apenas ter mudado de lugar, já que

<sup>361</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

<sup>362</sup> Se a jurista portuguesa limitou a sua dissertação apenas às “*falsas*” privatizações (aquelas nas quais a tarefa continua sendo pública), a presente investigação tem um foco diferente: as tarefas privadas, ou seja, as atividades econômicas em geral, inclusive aquelas decorrentes de “*genuínas*” privatizações.

<sup>363</sup> Analisando os riscos e ambiguidades de diversas entidades inseridas neste contexto em Portugal, cf.: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 67-78.

o voluntarismo radical não desapareceu desta concepção de Estado e sociedade como duas pessoas completamente separadas e com interesses distintos (antagonistas).

A “*fuga para o direito privado*”, se por um lado pode ter conseguido contornar a burocracia estatal, por outro lado, não conseguiu afastar completamente a vontade radical do poder público, ou seja, o consensualismo neste sentido pejorativo ora proposto.

Além disso, outro reflexo da “*fuga para o direito privado*” é exatamente esta ideia equivocada de que existe uma separação absoluta entre autoridade e consenso, ou seja, em outras palavras, a ideia de que autoridade e consenso são realidades incompatíveis.

Mas não o são. Como dito, tanto o consenso como a autoridade estão, ambos, fundados no poder organizado, que por sua vez se sustenta na instituição. Somente se poderia falar em incompatibilidade se um ou outro tivessem como fundamento a mera arbitrariedade - a vontade radical da autoridade ou do consenso -, hipótese na qual se estaria diante na verdade do autoritarismo ou do consensualismo no sentido pejorativo.

E sintomático desta visão normativista é a assimilação do ato administrativo ao ato jurídico do direito civil. Na ânsia de dizer que o ato administrativo é um ato “*jurídico*”<sup>364</sup>, submetido ao Direito (e não um ato político soberano), bem como de que ele é resultado de uma vontade humana que cria o Direito (e não apenas executor da lei), a doutrina acabou por reduzir o seu verdadeiro papel, a sua verdadeira vocação<sup>365</sup>.

Ocorre que o ato administrativo não precisa do ato jurídico civil para ser considerado “*jurídico*” (submetido ao Direito), uma vez que ele por si só é fonte do Direito, ou seja, é o próprio Direito que, na visão institucionalista, já nasce conformado pela própria função organizativa para a qual foi concebido, estando ainda sujeito a um amplo controle judicial, realidade esta que não se altera quando ele passa a ser considerado um ato “*jurídico*”.

É verdade que o ato administrativo depende da mesma vontade humana do ato jurídico do direito civil. Mas é igualmente verdade que a extensão de uma não é igual a da outra<sup>366</sup>. Por isso, a vontade humana que pratica o ato administrativo deve receber um tratamento um pouco diferente daquele que é conferido à autonomia da vontade do direito civil<sup>367</sup>.

---

<sup>364</sup> Ato jurídico da teoria geral do Direito, sim, mas do direito civil, não.

<sup>365</sup> Como parece fazer *e.g.*: MONCADA, Luiz S. Cabral de. MONCADA, Luis S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 257-267.

<sup>366</sup> A estrutura do raciocínio prático é a mesma, embora os objetos e as finalidades tenham alcances diferentes.

<sup>367</sup> Citando FRANCO LEDDA, SABINO CASSESE e Marçal Justen Filho, a doutrina destaca a impropriedade da vontade psicológica, subjetiva, aos atos administrativos, nos quais a autoridade é “*objetivizada*”, “*funcionalizada*”, vide: MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. *In* MEDAUAR, Medauar e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**. p.28-29.



A vontade humana formada na perspectiva do institucionalismo decorre dos chamados “*consentimentos paralelos*” e não da autonomia da vontade de cada indivíduo isoladamente. Os vícios de consentimento do direito civil também não têm o mesmo alcance que têm para o direito administrativo. A vontade humana do ato administrativo deve receber tratamento diferente da vontade humana do ato jurídico do direito civil *e.g.* no caso do chamado “*funcionário de fato*”<sup>368</sup>.

É que o objeto e a finalidade do ato administrativo, pelo próprio bem comum que pressupõem, são naturalmente mais extensos do que o objeto e a finalidade do ato jurídico do direito civil.

É necessário ter em mente, portanto, que o ato administrativo deve receber um tratamento dogmático adequado e não ser simplesmente absorvido dentro da teoria do ato jurídico do direito civil<sup>369</sup>.

Na verdade, a doutrina que faz essa assimilação, embora até possa se recusar a admitir, sabe da imprestabilidade da concepção privada de vontade para a construção do ato administrativo, tanto que lança mão da ideia de “*vontade objetiva*”, “*vontade funcional*” ou “*vontade normativa*” justamente para dar a entender que não se está diante de uma “*vontade psicológica*”, própria da autonomia da vontade do ato jurídico do direito civil<sup>370</sup>.

Na doutrina brasileira, Marcos Augusto Perez também optou por assimilar o ato administrativo ao ato jurídico do direito privado e, mais do que isto, também o aproximou do negócio jurídico tal como a doutrina civilista o faz em relação aos atos jurídicos *stricto sensu* ao equipará-los ao negócio jurídico, de maneira que, segundo ele, a rigor, não haveria se falar mais em ato administrativo, mas apenas em negócio jurídico administrativo (uma espécie de corrente unitária às avessas<sup>371</sup>).

---

<sup>368</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria geral dos atos administrativos – uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. *in*: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**:, p.68.

<sup>369</sup> A doutrina espanhola chama a atenção para o “*o erro técnico da direção iniciada por Korman [...], que tentou transferir para a teoria dos atos administrativos a dogmática civil sobre o negócio jurídico. O ato administrativo não é o paralelo no Direito Público da teoria do negócio jurídico no Direito privado [...]*”. ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**, p. 551-552. No mesmo sentido, na doutrina argentina: CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974., p.83; e na doutrina brasileira: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação de ato administrativo**, p.69.

<sup>370</sup> Na doutrina portuguesa, vide: MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 257-267.

<sup>371</sup> Às avessas porque a “*corrente unitária*” inicialmente defendia a existência apenas do ato jurídico, dentro do qual estaria inserido o negócio jurídico (vide *infra*).

O detalhe deste pensamento é que, fazendo o caminho inverso, equipara a vontade do direito civil à vontade do direito administrativo, qualificando-a de “*vontade objetiva*”. Segundo esta perspectiva, a vontade no direito civil não é subjetiva, nem psicológica, mas sim objetiva, ou seja, “o resultado objetivo de um processo decisório intestino”, uma vontade “destinada a realizar o interesse da coletividade ou do patrimônio representado pela pessoa jurídica”, do que se pode concluir que “não se diferencia em sua essência” da vontade do direito administrativo<sup>372</sup>.

Esta posição parece incidir no mesmo erro apontado pela doutrina sobre a assimilação do ato administrativo ao ato jurídico do direito civil. Explico melhor.

Em primeiro lugar, é preciso reafirmar a inadequação de se reduzir o ato administrativo apenas à sua expressão final, pontual e estática, ou seja, apenas ao seu “*resultado objetivo*” como faz o jurista a partir de uma visão “*atocêntrica*” que não se coaduna com a doutrina mais contemporânea, consoante amplamente exposto acima (vide *supra*: 1.3.2.).

Em segundo lugar, também é importante reafirmar que a vontade supostamente “*objetiva*” ou “*funcional*” é mais adequada ao ato administrativo do que ao negócio jurídico do direito civil que ainda tem uma forte marca da vontade “*subjetiva*” ou “*psicológica*”, especialmente no caso das pessoas naturais. E, mesmo no caso das pessoas jurídicas, por mais que se reconheça que a vontade não é propriamente “*psicológica*”, ainda assim o seu caráter subjetivo se destaca, mesmo que apenas na sua expressão final (*e.g.* os atos praticados por um “*funcionário de fato*” não têm as mesmas consequências no direito público e no direito privado).

### 2.3.2.2 O “*silêncio*” administrativo

O mais grave desta assimilação é que a doutrina embaraçosamente reconhece a inadequação da teoria do ato jurídico para a dogmática do ato administrativo<sup>373</sup>, o que acaba

---

<sup>372</sup> PEREZ, Marcos Augusto. O negócio jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**. p.263-273.

<sup>373</sup> Veja o embaraço da doutrina portuguesa quando afirma que: “*Nem sempre a teoria do acto jurídico pode ser cegamente seguida ao jeito dedutivo na teoria do acto administrativo. O dedutivismo prega partidas.*” Ainda: “*Na verdade, o que ficou dito relativamente à natureza voluntária da conduta em que se exprime o acto jurídico em geral e o administrativo em particular leva-nos dedutivamente a conclusões que nem sempre podem ser utilizadas no âmbito do direito administrativo positivo designadamente no do contencioso administrativo [...]*”. MONCADA, Luíz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 264-265.

repercutindo em questões fundamentais do ato administrativo como no exemplo do chamado “*silêncio administrativo*”<sup>374</sup>.

Parece lógico afirmar que o “*silêncio administrativo*” é um não-ato e que, portanto, nada pode surgir do nada, razão pela qual, em princípio, não se pode aceitar um ato administrativo que tenha nascido da ausência de vontade da Administração Pública<sup>375</sup>.

A doutrina chama a atenção para o fato de que no direito português a questão antes de 2002 era resolvida através da “*teoria do ato tácito*”, segundo a qual, no silêncio da Administração Pública, a lei presumia que havia sido praticado um “*ato administrativo tácito*”, o que, segundo esta doutrina, era incongruente exatamente em razão da ausência de conduta voluntária da Administração Pública<sup>376</sup>.

Com a alteração do CPTA (Código de Processo nos Tribunais Administrativos) introduzida pela Lei 15/2002, o silêncio administrativo não mais se converte em um “*ato administrativo tácito*”, devendo o interessado buscar junto ao contencioso administrativo uma resposta para sua pretensão, a menos que a lei preveja pontualmente um efeito positivo como consequência deste silêncio<sup>377 378 379</sup>.

Essa orientação também parece ser a preferida na doutrina brasileira, *e.g.* de Luiz Felipe Hadlich Miguel, para quem “não havendo extroversão, o silêncio administrativo apresenta-se, para a doutrina de escol, como um fato – fato este que, em última instância, poderá representar um abuso de poder [...]”<sup>380</sup>.

Concluiu o jurista, após analisar o silêncio positivo e o negativo, que “o silêncio administrativo não é um ato administrativo, mesmo que dele decorram consequências, pois

<sup>374</sup> A doutrina espanhola distingue o silêncio administrativo do “*ato administrativo implícito*”. ESCUIN PALOP, Vicente. **El acto administrativo implícito**. Civitas Ediciones: Madrid, 1999. Também: BOQUERA OLIVER, José Maria. *BOQUERA OLIVER, J.M. Criterio conceptual del derecho administrativo. RAP, nº42, (1963), p.121 e ss. p.250-251*. Segundo este último jurista, o “*ato implícito*”, também chamado de “*ato tácito*”, decorre de uma decisão prévia, ou seja, de um comportamento habitual, diferentemente do “*ato presumido*” que decorre da passividade da Administração Pública (o silêncio administrativo) e que depende de uma presunção legal para gerar efeitos jurídicos.

<sup>375</sup> Neste sentido, ressaltando, entretanto, a possibilidade da lei atribuir “*efeito positivo*”: JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª edição, p. 319-320.

<sup>376</sup> MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 265.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p.266.

<sup>378</sup> CPTA: art.18 [...] 2 - Quando o facto constitutivo de responsabilidade seja a prática ou a omissão de um ato administrativo ou de uma norma, a pretensão é deduzida no tribunal competente para se pronunciar sobre a legalidade da atuação ou da omissão.

<sup>379</sup> A legislação italiana adota o “*efeito positivo*” (Lei 11.079/2004, art.18, §12). Cf.: ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. Procedimentos autorizatórios e silêncio da Administração Pública. *In*: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein. **Poder de polícia na atualidade**: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011/Coordenadores, p.205-219.

<sup>380</sup> MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **Silêncio administrativo**- o ‘não ato’, p.204.

carece de forma e motivação. Ademais, sem extroversão, deve ser encarado como fato – não como ato”<sup>381</sup>.

O que chama a atenção num e noutro caso é a consequência jurídica predicada para o “*silêncio administrativo*”, qual seja, a judicialização da questão<sup>382</sup>. O efeito positivo que a lei pode prever como consequência passa quase que despercebido, como se a questão fosse um problema do poder judiciário.

Mas a pergunta que fica é a seguinte: a doutrina não pode fornecer parâmetros para resolver a questão?

Entendo que sim. A doutrina administrativista pode e deve oferecer parâmetros objetivos para a solução da questão, que não deve ser simplesmente delegada ao poder judiciário, nem simplesmente deixada ao livre arbítrio do legislador. Alguma racionalidade deve ser construída em torno do “*silêncio administrativo*”. E é aqui que a doutrina deve oferecer a sua contribuição, concretizando toda a capacidade criativa do direito administrativo.

Em primeiro lugar, na linha do institucionalismo, entendo que deve ser desfeito o equívoco de achar que a vontade do Estado é uma espécie de supervontade, ou seja, uma vontade que está acima de qualquer referência objetiva da sociedade, como se o Direito pudesse ser criado do zero apenas e tão somente a partir de uma simples vara de condão.

Este tipo de pensamento (normativista) é resultado da visão do Estado como a “*excelência ética*” detentora do monopólio do Direito, bem como da visão de separação absoluta (antagônica) entre Estado e sociedade.

Mas não precisa ser assim.

O importante é não apenas saber “quem” (o sujeito que) pratica o ato administrativo, mas também o processo decisório (operação complexa) que levou à sua formação. Se o ato administrativo não é uma mera vontade pontual e final (e não é mesmo), então a vontade pontual e final da Administração também não é a sua “*quintessência*”, ou seja, não é o seu elemento essencial. O ato administrativo é muito mais do que a mera vontade final da Administração Pública (“*atocêntrica*”), como equivocadamente defende a doutrina que o assemelha ao ato jurídico do direito civil, conforme exposto acima.

A questão do “*silêncio administrativo*” deve ser equacionada pelo institucionalismo. A partir deste tipo de pensamento jurídico parece possível até mesmo imaginar um processo

---

<sup>381</sup> *Ibidem*, p.215.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p.215. No mesmo sentido a doutrina portuguesa: MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 266.

decisório conduzido fora da estrutura da Administração Pública e do qual se possa chegar a um resultado capaz de produzir efeitos jurídicos independentemente do Estado - do Estado-juiz ou do Estado-executivo.

O raciocínio não é absurdo se se lembrar que mesmo a doutrina de índole normativista trabalha com soluções que utilizam o mesmo pano de fundo do raciocínio aqui adotado. A melhor doutrina portuguesa *e.g.* utiliza de expressões como “estratégias variadas de ‘abolição de controles públicos preventivos’ (controle ‘ex ante’), de ‘renúncia à decisão administrativa’, de ‘privatização material do procedimento administrativo’ e da simplificação administrativa”<sup>383</sup>.

O fato de a doutrina tentar encontrar uma solução dizendo que sem renunciar ao controle, “o Estado renuncia, todavia, à concreta execução das missões de controlo preventivo [...], remetendo-as às incumbências de ‘controlo sucessivos’, de ‘controlo de segundo grau’ e, em geral, de ‘garantia do sistema de controle privado’”<sup>384</sup>, não altera a realidade dos fatos, segundo a qual decorrem efeitos jurídicos de “algo” que está localizado fora da Administração Pública.

A doutrina vai dizer que estes efeitos são mera decorrência de um reconhecimento estatal, ou seja, de uma “norma de reconhecimento”<sup>385</sup>, mas o fato é que, em termos de concretude e materialidade, não existe qualquer “vontade” administrativa nestes casos. Só silêncio. E do silêncio, por si só, nada se retira<sup>386</sup>.

Na verdade, parece possível dizer que o “*ato de liberação*” da atividade econômica em razão do silêncio administrativo também nasce de um processo decisório concebido e gestado fora da Administração Pública, ou seja, de uma espécie de processo decisório não-

---

<sup>383</sup> Cf.: GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas.** (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.185-186.

<sup>384</sup> *Ibidem*, 186.

<sup>385</sup> A doutrina utiliza ideias como: “potencial endógeno da sociedade”, “privatização de responsabilidades públicas”, “ativação de responsabilidades privadas”, “delegação de funções administrativas e de poderes públicos em particulares”, “contracting out”, “government downsizing”, “delegações fáticas”, “private delegation” etc. Cf.: GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas.** (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.14-23.

<sup>386</sup> É claro que o silêncio pode ser encarado de diferentes formas conforme diferentes culturas, inclusive como norma de direito consuetudinário. Mas o fato é que o normativismo não consegue explicá-lo fora da norma jurídica a não ser utilizando ficções jurídicas.

estatal, uma espécie de processo decisório privado <sup>387</sup>, confirmando a tese de que algo só pode nascer de alguma coisa.

É importante enfatizar que esse algo também não nasce da mera vontade radical do indivíduo em substituição à vontade radical da Administração Pública (uma espécie de substituição do deus-Estado pelo deus-indivíduo), mas sim de um processo decisório que conjuga elementos objetivos, subjetivos e procedimentais (conceito de instituição), no qual o sujeito agente que pratica o ato administrativo é apenas mais uma peça do tabuleiro.

Exatamente por isso, todo o cuidado é pouco na interpretação da Lei 13.874/2019 quando trata do silêncio administrativo (vide *infra*: item 4.2.4.).

Portanto, é necessário chamar a atenção para o reducionismo do pensamento normativista que separa por completo, de modo antagônico, Estado e sociedade, bem como para o seu foco apenas no controle a partir de um ponto de vista externo do ato administrativo (na patologia) <sup>388</sup>, destacando, em vez disto, o potencial que o direito administrativo tem de canalizar e gerar sinergia voltada especialmente para a essência do ato administrativo a partir do ponto de vista do sujeito agente da “*primeira pessoa*”.

### 2.3.2.3. O ato administrativo “*informático*”: ausência de vontade humana?

Uma questão extremamente contemporânea relacionada ao sujeito agente do ato administrativo pode ser identificada no chamado “*ato administrativo informático*” <sup>389</sup> (ou “*automatizado*”): como qualificar a vontade humana neste caso?

O Código de Procedimento Administrativo alemão <sup>390</sup> oferece uma boa solução para as decisões em massa voltadas para múltiplos destinatários. Na Alemanha, é permitido praticar o “*ato administrativo automático*” desde que, uma vez previsto em lei, não importe

<sup>387</sup> Em sentido contrário: “a privatização do procedimento administrativo (em sentido material) é apenas um outro nome para o fenômeno da abolição de controles públicos preventivos: pretende representar ou sugerir a ideia de uma substituição do procedimento administrativo por um ‘procedimento privado’”. GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas.** (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.185-186.

<sup>388</sup> O ponto de vista da “terceira pessoa”, de inspiração platônica, também é chamado de “ponto de vista externo do olho-de-deus” ou “ponto de vista da perfeição”. Cf.: NUSSBAUM, Martha. **A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega**, p.254.

<sup>389</sup> Na doutrina, vide: MASUCCI, Alfonso. *L'atto amministrativo informático: primi linamenti di una ricostruzione*. Jovene Editore: Nápole, 1993.

<sup>390</sup> VwVfG: §35a. Emissão integralmente automatizada de um ato administrativo: “Um ato administrativo pode ser praticado integralmente através de meios automatizados, quando a lei o preveja e não se verifiquem valorações próprias do exercício da função administrativa, nem tal implique o exercício da margem de livre decisão administrativa”.

em valorações próprias da função administrativa ou desde que não importem em margem de livre discricionabilidade.

Isto não significa que não existe vontade humana<sup>391</sup>, mas apenas que a vontade humana é pressuposta ao “*ato administrativo automático*”<sup>392</sup>. A vontade humana, seja ela a vontade do legislador ou até mesmo do programador, é simplesmente replicada para múltiplos casos semelhantes, devendo ser legitimada substancialmente<sup>393</sup>.

Perceba que a vontade do “*ato automático*” é, não apenas diferente da vontade do ato jurídico do direito civil, como expressamente proibida nos casos que envolvem um juízo de valor.

### 2.3.3. Como se Decide?

Prosseguindo na análise dos aspectos do ato administrativo, é necessário entender que tão importante quanto saber “quem” o pratica é saber “como” se decide no ato administrativo, ou seja, qual o procedimento através do qual ele é praticado.

E logo vem à mente a ideia desenvolvida especialmente pela doutrina alemã da “*legitimação pelo processo*”.

De fato, conforme já exposto acima (vide *supra*: 1.3.2.1.), a doutrina alemã mais contemporânea defende a revalorização do procedimento administrativo, não mais subordinado ao direito substantivo, mas sim dotado de tarefas e finalidades próprias para além da mera aplicação do direito material, do que se extrai a sua suposta “*multifuncionalidade*” e o seu “*conceito ordenador*”<sup>394</sup>.

Essa nova concepção alemã tem como base os direitos fundamentais na concepção de Niklas Luhmann da “*legitimação pelo processo*”, bem como da ideia de Peter Haberle

<sup>391</sup> “Uma máquina capaz de tomar posición em el sentido indicado es una hipótesis que ni siquiera puede tomarse em consideración mientras la máquina siga siendo máquina”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p. 111.

<sup>392</sup> Só assim se pode aceitar a explicação da doutrina de que, no “*autosserviço*” resultante da Política de Governança Digital (Decreto Federal nº 8.638/2016), “*a substituição da atuação humana por programas de computação para verificação dos pressupostos exigidos não afeta essa configuração tradicional* [de ato administrativo]”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª edição, p.295-296.

<sup>393</sup> Enunciado nº 12 da 1ª Jornada de Direito Administrativo: “*A decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação*”. É importante notar que, no caso do “*autosserviço*”, a vontade do cidadão se soma, num momento posterior, à vontade humana pressuposta da Administração Pública. O que não parece possível (nem agora e nem nunca) é uma “vontade robótica” completamente autônoma. Aliás, este subterfúgio em si revela “*opacidade*”.

<sup>394</sup> Citando a doutrina alemã (FRIEDRICH SCHOCH), vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.328-329.

sobre a participação ativa do cidadão no processo decisório da Administração Pública <sup>395</sup>. Desnecessária a repetição.

Com o institucionalismo tudo se altera.

E se altera não apenas o eixo de rotação a partir do qual se enxerga o Direito, mas a própria dimensão do Direito. É necessário adotar novos pontos cardeais para o ato administrativo.

Conhecer “como” se decide o ato administrativo, ou seja, saber como se dá o seu processo de formação importa muito para medir a sua legitimidade substancial e demanda um esforço maior de compreensão.

De partida, se pode dizer que a chamada “*legitimação pelo processo*” constitui uma peça importante para medir a legitimidade democrática do ato administrativo, mas talvez não explique tudo, ao menos na perspectiva elaborada pela doutrina alemã.

Para o institucionalismo, o conceito de procedimento constitui elemento essencial para a fundação da instituição, sendo parte da sua própria definição e conseqüentemente parte da própria definição de ordenamento jurídico.

É necessário enfatizar a importância do procedimento na definição de instituição formulada por Maurice Hauriou:

[...] uma instituição é uma ideia de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos. <sup>396</sup>  
(Sem grifo do original)

É clara a adoção do procedimento como elemento essencial para o institucionalismo. Entretanto, seria possível dizer que o seu significado é idêntico ou ao menos semelhante ao adotado pela doutrina alemã e/ou pela doutrina italiana? E mais, o procedimento *de per se* garante a legitimidade democrática ou algo mais é necessário para alcançá-la?

Essas duas questões parecem muito importantes para se chegar à melhor aproximação possível de uma ideia de legitimidade substancial do ato administrativo.

### 2.3.3.1. Ato administrativo e políticas públicas: uma aproximação

---

<sup>395</sup> *Apud*: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.329-330.

<sup>396</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. Trad. José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.19.



No ponto, parece importante realizar uma aproximação entre o ato administrativo e as chamadas “*políticas públicas*”.

A metodologia das “*políticas públicas*” desenvolvida na doutrina brasileira por Maria Paula Dallari Bucci é uma nova abordagem que vai além do positivismo jurídico, buscando articular o direito e a política<sup>397</sup>, apresentando assim uma proposta muito próxima daquela que se pretende adotar no presente trabalho. Cabe ressaltar, entretanto, que, apesar da semelhança entre as abordagens, as diferenças são perceptíveis na medida em que a jurista mantém o acento tônico no Estado (instituição-Estado) como a grande fonte do Direito e como o detentor do monopólio das “*políticas públicas*”.

Contudo, mais importante do que ressaltar as diferenças é enfatizar as semelhanças, motivo pelo qual esta abordagem interessa para a investigação.

Segundo a jurista, a concepção de burocracia como “*corpo neutro*” e a visão do “*interesse geral*”, tão caros à tradição europeia, são vistos criticamente pelo paradigma pluralista, que entende que o conteúdo da política é resultado das diferentes pressões realizadas por grupos de interesse. Dai porque parece existir uma aproximação entre a metodologia das “*políticas públicas*” e o pluralismo em razão da tentativa de “*abrir a caixa preta*” do aparelho político-administrativo e fazer uma “*desconstrução analítica*” do Estado<sup>398</sup>.

No campo do direito, as “*políticas públicas*” pretendem exatamente “*abrir a caixa preta*”, ordenando a compreensão das estruturas e da tomada de decisão governamental. A nova relação do pesquisador com o seu objeto deixa de ser restrita ao direito posto, se voltando mais ao processo de produção de decisões governamentais, com ênfase no elemento jurídico que conforma a ação governamental. A análise retrospectiva, pós-legislada a partir do direito posto, cede espaço para uma análise prospectiva, pré-legislada, atenta ao processo de formação da norma e da instituição jurídica<sup>399</sup>.

Embora por razões diferentes, decorrentes da adoção de tipos de pensamento jurídico diferentes, o método se aproxima do adotado nesta investigação. Aqui, também interessa muito conhecer o ato administrativo por dentro, realizando uma análise prospectiva e pré-legislada, ou seja, verificando o seu processo de formação e não apenas o direito posto. Também é comum aos métodos a ideia de que não existe um “*corpo neutro*” que decide na

---

<sup>397</sup> O conceito de política pública em direito, p.38.

<sup>398</sup> Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas, p.231-232.

<sup>399</sup> *Ibidem*, p.247-249.

formação do ato administrativo. E é comum ainda a questão da valorização do pluralismo (embora não necessariamente o mesmo pluralismo)<sup>400</sup>.

Daí porque, enquanto para a autora é necessário realizar uma “*desconstrução analítica*” do Estado, para o jurista francês a ideia que talvez melhor representasse o seu pensamento seria exatamente a oposta, qual seja, a de realizar uma “*construção analítica*” do Estado, não mais separando de forma absoluta o Estado da sociedade.

Disso também decorre uma diferença entre as concepções de pluralismo que, para a jurista alcança apenas os interesses no interior do Estado, mas não a fonte produtora, que continua sendo monopólio do Estado. Para os institucionalistas, especialmente para Santi Romano, tanto os interesses (embora conectados pela ideia diretriz objetiva) quanto a fonte produtora não constituem monopólio estatal. Estas ideias já foram desenvolvidas acima, ao que se reporta.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, a “*legitimação pelo processo*” é aquela decorrente da ideia de “*processualidade em sentido amplo*”, que é a institucionalização das formas de mediação dos conflitos dispersos, não mais restritos à esfera do Poder Judiciário<sup>401</sup>.

Em que pese a definição da jurista brasileira aparentemente ainda estar conectada à concepção de procedimento da doutrina alemã, que tem como objeto o processo judicial enquanto paradigma e a mediação de conflitos (“consentimentos conflitantes”), a ideia de “*processualidade em sentido amplo*” pode contribuir muito para compreender o ato administrativo dentro de uma visão mais ampla do que aquela oferecido pela visão “*atocêntrica*”.

Contudo, todo o cuidado aqui é pouco.

É que não se pode achar que a “*legitimação pelo processo*” por si só basta para alcançar a legitimidade democrática substancial, já que ela não pode ser resumida a um mero formalismo, nem a um mero processualismo, nem a qualquer outra forma de redução da dignidade do homem.

O grande mérito da abordagem metodológica das políticas públicas, da qual ora se aproxima, é exatamente evitar o formalismo e não esquecer a importância daquilo que é substancial.

---

<sup>400</sup>Relembrando mais uma vez que o termo conflitivo é adotado no sentido de conflito “meramente divisivo”, diferente do conflito “integrado e integrador” das “relações contínuas, cambiantes, mas as vezes estáveis”. MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.23.

<sup>401</sup>BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.117.

Como faz questão de ressaltar Maria Paula Dallari Bucci, a abordagem meramente processual inspira crítica dada a sua desvinculação com os resultados da ação, com o risco de desconsideração dos valores em questão, com a primazia dos modos e meios de atuar, que admitiriam qualquer conteúdo, inclusive de viés autoritário ou tecnocrático <sup>402</sup>.

E, baseando-se no denominado neoinstitucionalismo histórico, enfatiza que, mais do que com as regras formais do procedimento, é necessário voltar os olhos para as distribuições informais de poder, os comportamentos no nível intermediário, ou seja, práticas que são baseadas em estruturas que são autossustentáveis e regras definidas societalmente, revelando com isso a sua concepção de que as instituições são fórmulas sociais de “*estabilização espontânea*” <sup>403</sup>.

A teoria institucional de Santi Romano é acolhida, ao menos em parte, pela jurista paulista quando repete que existe uma “*consciência social objetiva*” (aspas originais) que transcende o indivíduo e que se constitui numa esfera de unificação dos interesses individuais <sup>404</sup>.

Nessa linha, não é mais suficiente valorizar apenas as fases que antecedem a decisão final (inicial, instrutória e decisória), como valoriza a doutrina quando defende o “*paradigma processual*” <sup>405</sup>. Esta solução tem o mérito de representar um salto em relação à visão “*atocêntrica*” do ato administrativo, mas ainda é insuficiente.

Um salto a mais parece ser necessário.

E esse salto parece ter sido dado por Sabino Cassese para quem, na sociedade contemporânea, os “procedimentos formais de tomada de decisão são substituídos por complementariedade e reciprocidade, interdependência vertical e horizontal, e ações de suporte mútuo” <sup>406</sup>.

Ocorre que, apesar da importância do procedimento como elemento essencial da instituição, Maurice Hauriou aparentemente não chega a desenvolver o conceito de procedimento com a mesma intensidade com que desenvolve os demais elementos objetivos e subjetivos, ao menos não na sua obra teoria da instituição e da fundação. No ponto o jurista francês se contenta em dizer que procedimento:

---

<sup>402</sup> *Ibidem* p.130.

<sup>403</sup> **Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas**, p.237.

<sup>404</sup> *Ibidem*, p.211.

<sup>405</sup> Vide e.g.: SOUSA, Otávio Augusto Venturini de. **Processo administrativo e desenho institucional da política pública de medicamentos**, p.543.

<sup>406</sup> **Reestruturando o Estado: do Estado-nação à comunidade política global**, p.264.

[...] é o elemento formal externo necessário para a operação fundadora, apesar da sua complexidade e da sucessão de momentos, obtenha a unidade de um ato jurídico. Os elementos internos da unidade de objeto e da ação do poder não seriam suficientes para tanto. Já que as adesões podem ser sucessivas, que formalidades variadas podem escalonar-se, como por exemplo, a integralização do quarto do capital subscrito, como a verificação de aportes, nas sociedades anônimas, como as reuniões repetidas de assembleias, é preciso que esses eventos multiplicados sejam ligados por um procedimento.<sup>407</sup>

Mesmo sem uma definição mais clara do que se deve entender por procedimento no institucionalismo, parece possível se afirmar que o seu significado não pode ser identificado com a concepção da doutrina alemã mencionada acima, porquanto os tipos de pensamento jurídico de cada uma das escolas – institucionalismo e normativismo – são bastante divergentes.

Entretanto, como exposto acima, a ideia de “*processualidade em sentido amplo*” pode contribuir muito para compreender o elemento procedimento do institucionalismo, no sentido de que devem ser consideradas todas as mais variadas formas de organização social. Por procedimento, para o institucionalismo de Maurice Hauriou, parece ser possível entender qualquer forma<sup>408</sup> – não importa a forma – de manifestação capaz de identificar no mundo real os demais elementos imateriais (objetivos e subjetivos), da instituição.

O fato é que já me posicionei antes sobre a questão. E não há problema em repetir aqui (vide *supra*: 1.3.2.1.). Embora reconheça a importância do papel desempenhado pelo procedimento, especialmente no seu aspecto autônomo, substancial e minimalista (“*nova escola objetivista*”), entendo que a decisão final ainda é o objetivo de qualquer ação humana (pública e privada), seja ela um ato unilateral ou um ato bilateral ou mesmo uma não decisão (que é uma decisão com o sinal trocado<sup>409</sup>).

Da mesma maneira que o procedimento não está simplesmente a serviço da decisão final, possuindo a sua importância e autonomia próprias, a decisão final também não o está (também não é escrava do procedimento). Assim, é possível imaginar uma decisão final a partir de graus diferenciados de procedimento, variando de um grau máximo até um grau mínimo ou até mesmo, eventualmente, com grau zero (desprovida de procedimento).

<sup>407</sup> A teoria da instituição e da fundação, p.48.

<sup>408</sup> Como já observado antes em outra nota de rodapé, quando Santi Romano se refere à “forma”, está em verdade se referindo ao seu significado de que é a forma que dá existência à coisa (*forma dat esse rei*) e não ao mero formalismo no sentido de formalidade das coisas.

<sup>409</sup> Da autonomia do procedimento decorre o fato de que dele não necessariamente deve resultar sempre um ato administrativo, mas não o fato de que dele não deve resultar uma decisão final alternativa, que pode inclusive ser uma não decisão que, ainda assim, é uma decisão (posto que a escolha de uma opção exclui a opção pelas outras).

É chegada hora de explicar a tese.

### 2.3.3.2. Procedimento com “*grau zero*”?

Para afastar qualquer contradição lógica, é necessário explicar o que se deve entender pela expressão “com grau zero”, conforme referido acima.

No contexto de tudo o que foi exposto, dizer que o procedimento tem “grau zero” não significa dizer que a decisão final está propriamente desprovida de procedimento, que, afinal de contas, constitui elemento essencial de toda instituição.

Na verdade, como a teoria admite qualquer forma de manifestação dos elementos imateriais objetivo e subjetivo que compõem a instituição, isto significa que até mesmo aquilo que é, por assim dizer, invisível aos olhos pode ser considerado procedimento. O que se quer dizer é que o procedimento pode não ter formalismo algum, agora sim no sentido de mera formalidade.

Uma fila indiana, *e.g.*, espontaneamente formada para o atendimento num estabelecimento comercial qualquer é uma instituição e, no entanto, não conta com formalismo algum. Da mesma forma, uma fila de veículos organizada pelo porteiro na saída do colégio também não está envolvida de qualquer formalidade e, no entanto, também é uma instituição.

O pensamento do tipo normativista pode até não admitir como “*jurídicas*” situações tais como estas, reputando-as de meros fatos sociais, ou seja, fatos extrajurídicos.

Mas a verdade é que até mesmo esses exemplos apresentam um procedimento, ou seja, uma forma exterior de manifestação dos elementos imateriais (ideia objetiva e vontade de pessoas concretas) da instituição. E a instituição é um ordenamento jurídico concreto, do qual decorre inclusive uma autoridade, que, ainda que desprovida de coerção, está dotada de poder de sanção, e sanção jurídica (simples garantia indireta, mediata, preventiva ou provável<sup>410</sup>), que sequer precisa ser estatal.

Entender de maneira diversa significaria não apenas negar o caráter social do direito, mas também, mais grave do que isto, abandonar o homem à sua própria sorte, abrindo espaço para a anarquia e para a arbitrariedade de outro homem, o que é incompatível com qualquer ideia de Direito. O Direito se tornaria imprestável e o próprio Estado perderia a sua utilidade.

---

<sup>410</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.74-75.

E mesmo a doutrina que acredita na exclusividade do ordenamento jurídico estatal (a instituição-Estado) não tem nada a ganhar com a postura de considerar essas situações como sendo fatos extrajurídicos, meras relações sociais, porquanto, assim o fazendo, acaba por relegá-las à puro arbitrariedade, ao voluntarismo radical de cada indivíduo, o que não pode ser admitido em qualquer sociedade civilizada que tenha alguma noção de que não existe um eu absoluto.

A propósito, merecem destaque as palavras de Santi Romano a respeito da importância de se tomar tais situações por “*jurídicas*”:

Em outras palavras, um ordenamento pode ignorar ou mesmo negar um outro ordenamento; pode tomá-lo em análise lhe atribuindo um caráter diferente daquele que este se atribui por si e, conseqüentemente, se crê, pode considerá-lo como um mero fato; mas não se vê porque não possa ser reconhecido como ordenamento jurídico, seja mesmo em certa medida e em certos efeitos, assim como as qualificações que poderia considerar oportuno lhe conferir. Melhor, deve ser observado que, para lhe conferir tais qualificações que o ordenamento em análise eventualmente não se atribui, é algumas vezes necessário lhe reconhecer como ordenamento jurídico e não como um simples fato.<sup>411</sup>

A doutrina da exclusividade do Estado, ao desconectar as relações humanas do Direito para relevá-las à sociologia<sup>412</sup>, parece se voltar contra a própria sociedade, esmagando a sua liberdade de se auto-organizar ao impor uma barreira totalitária que não condiz com a democracia substancial.

Com efeito, parece mais razoável pensar que todas essas relações sociais são sim jurídicas (não apenas extrajurídicas) e que, portanto, produzem efeitos jurídicos, ainda que de forma tênue, a partir do mais singelo procedimento, que é um elemento essencial de toda instituição, de todo ordenamento jurídico.

E perceba que à instituição-Estado ainda é assegurado o poder no sentido institucional de escolher outros procedimentos que repute melhores e mais eficientes, graduando-os, de um grau zero<sup>413</sup> até um grau máximo, conforme a necessidade desta ou daquela ordem social, cujos membros, antes mesmo do Estado, muitas vezes têm melhores

---

<sup>411</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.167, NR nº 95bis, *in fine*.

<sup>412</sup> Conforme já anotado, a filosofia política chama a atenção para o problema resultante da postura de separar “fato” e “valor”. Vide: ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p. 240-245 e 332-333.

<sup>413</sup> Aqui sim se pode dizer que o formalismo é propriamente de “grau zero” justamente por não contar com qualquer regulação por parte do ordenamento jurídico estatal. Exatamente por isso é que a visão institucional do procedimento parece mais compatível com a ideia de “desregulamentação”.

condições de saber e de testar <sup>414</sup> qual é esta real necessidade, o que também corrobora a ideia de uma democracia substancial.

Por isso também se pode dizer que o procedimento é de “grau zero” justamente por não contar com qualquer regulação por parte do ordenamento jurídico estatal. Mas isso obviamente não quer dizer que não exista regulamentação, que no caso é feita pelo ente não-estatal através da autorregulação, que é sim jurídica e interessa ao Direito.

Exatamente por isso é que a ideia de desregulamentação parece melhor explicada por essa visão institucional do procedimento do que pela “*nova escola objetivista*” que sempre vai enxergar apenas o procedimento estatal e fingir que – sendo um fato extrajurídico - não existe o procedimento fora do Estado.

Mas há a procedimento fora do Estado e Odete Medauar parece ter percebido isto, ainda que intuitivamente, ao dizer que “há uma ideia de que a desregulamentação vem geralmente acompanhada de auto-regulação (original)” <sup>415</sup>.

É interessante lembrar que Vasco Pereira da Silva, crítico da doutrina italiana do procedimento, entende que o modelo alternativo de codificação minimalista é na verdade um “*não-modelo*” <sup>416</sup>. Mas não tem razão o jurista português na sua crítica, uma vez que reconhecer a capacidade das entidades não-estatais de promover a própria autorregulação pode sim ser um modelo, justamente por consistir numa decisão estatal de não regular (decisão com o sinal trocado).

Embora com a visão encoberta pelo pensamento normativista, o italiano Enzo Cardi chega por vias tortas à uma conclusão semelhante, dizendo que:

A exclusão das regras heterônomas não quer dizer menos regras, mas sim o oposto: a responsabilização da Administração, a escolha por esta das regras de conduta no plano da instrução, [que] faz do procedimento o ‘contexto de justificação’ dos resultados de uma acção <sup>417</sup>.

O reducionismo do pensamento do jurista italiano está em desprezar justamente o valor daquilo que acontece fora do Estado, lembrando que o reconhecimento estatal muitas

---

<sup>414</sup> A experimentação parece ser a tônica do direito administrativo contemporâneo para o que o institucionalismo pode ter muito a contribuir. As incubadoras tecnológicas podem encontrar campo fértil dentro de sistemas jurídicos que exigem procedimentos mais flexíveis muitas vezes perto do “grau zero” mesmo sem descurar daquilo que for essencial para a segurança das pessoas.

<sup>415</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.335.

<sup>416</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003. p.356.

<sup>417</sup> *Apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias**. In: Sep. de: Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano 19, II, 2ª Série, nº 2, 1987.

vezes sequer é *conditio sine qua non* para a autorregulação. Em outras palavras, significa desprezar a riqueza, criatividade e o enorme potencial de todo e qualquer procedimento não-estatal.

Nesse passo, em que pese a concepção institucionalista do ato administrativo se aproximar muito da concepção italiana que tem o procedimento administrativo como a categoria central do direito administrativo, especialmente daquela acolhida pela chamada “*nova escola objetivista*”, ao mesmo tempo dela se aparta, entre outros motivos por enxergar o procedimento da maneira exposta acima, ou seja, como um elemento substancial diferente do mero formalismo<sup>418</sup> que, embora autônomo, está intimamente conectado com a decisão final e que pode inclusive ser realizado fora do Estado.

Portanto, o ato administrativo, na concepção institucionalista, não é só decisão final (não é “*atocêntrico*”). Mas também não é um procedimento por assim dizer errante; um procedimento pelo procedimento. É ato final e é também procedimento, ao mesmo tempo<sup>419</sup>. Pode ser um ato de sinal positivo ou um ato de sinal negativo (uma não-decisão). E também pode ser estatal ou não-estatal.

Em suma, a visão do ato administrativo ora proposta é ainda mais aberta, flexível, dinâmica, variada, complexa e pluridimensional do que a própria concepção da doutrina italiana sobre o procedimento administrativo (vide *supra*: 1.3.2.1.). Ousaria dizer que ela é mais ampla, plural e democrática do que esta última.

Com isso parece possível responder à primeira indagação formulada acima. O significado de procedimento (institucionalista) é bem mais amplo do que aquele adotado tanto pela doutrina alemã quanto pela doutrina italiana. Por isso, ousaria cunhar para ele o termo “*amplíssimo*”<sup>420</sup>.

### 2.3.3.3. O procedimento e a duração do ato administrativo no tempo

<sup>418</sup> Mais uma vez no sentido de que é a forma que dá existência à coisa (*forma dat esse rei*).

<sup>419</sup> O princípio da causa final (*telos*) de Aristóteles ajuda a entender melhor o posicionamento adotado: “[...] já que todos eles são em função do fim, ainda que sejam diferentes entre si pelo fato de uns serem instrumentos, enquanto outros são ações” (Metafísica, Livro V, 1013b3-5). Também: “Toda arte, toda investigação e igualmente toda a ação e projeto previamente deliberado parecem objetivar algum bem. Por isso se tem dito, com razão, ser o bem a finalidade de todas as coisas” (Ética a Nicômaco, 1094a1-4). E ainda: “[...] pois cada coisa é definida por seu fim” (Ética a Nicômaco, 1115b23-24).

<sup>420</sup> O termo “*amplíssimo*” utilizado aqui permite aproximar o procedimento institucionalista (meramente factual) do processo dialético aristotélico, permitindo assim que a decisão seja mais dialógica e menos monológica. Segundo ARISTÓTELES, “*a prévia escolha não prescinde da razão e de certo processo mental*”. Cf.: *Ética à Nicômaco*, Livro III, 1112a17-18.



A segunda pergunta formulada acima ainda não foi respondida. O procedimento *de per se*, mesmo na concepção institucional, garante a legitimidade democrática ou algo a mais é necessário para alcançá-la? E a eficácia do resultado é suficiente?

De acordo com o institucionalismo, a instituição é um “*todo vivo*”, um “*organismo*”, um ente que nasce, vive e morre. Mas, apesar de feita para durar, a instituição também é perecível<sup>421</sup>.

O nascimento da instituição já foi abordado acima. Mas não basta para fundar a instituição ou, no caso, o ato administrativo. É preciso verificar se ele, mesmo tendo sido feito para durar, é de fato capaz de durar e continuar regulando a sociedade.

A questão não se coloca nos casos em que o ato administrativo não tem uma repercussão maior depois de praticado, ou seja, depois de consumado todos os seus efeitos jurídicos. Mas se torna importante quando o ato administrativo se prolonga no tempo ou mesmo quando, sendo novo, é uma repetição de outro ato administrativo praticado anteriormente regulando situação semelhante.

Neste contexto, sendo legítima a fundação, o nascimento do ato administrativo, parece importante também questionar se ele ainda mantém esta legitimidade com o passar do tempo.

No ponto, se a fundação do ato administrativo está diretamente ligada à “*legitimação pelo processo*” (no sentido amplíssimo), parece razoável fazer um paralelo para tentar ligar a continuidade do ato administrativo à “*legitimação pelo resultado*”. Em outras palavras, é necessário saber se, numa relação continuada, o ato administrativo continua cumprindo a finalidade para a qual foi concebido.

Diferentemente da concepção de autoridade weberiana, segundo a qual a lei confere uma legitimidade automática e permanente (meramente formal), na concepção institucionalista, a autoridade não é mais automática e permanente, devendo, ao contrário, estar em constante busca de legitimação, de maneira que se pode dizer que a instituição, além de continuar renovando permanentemente todos os elementos objetivos, subjetivos e procedimentais, deve ainda demonstrar que funciona bem a ponto de continuar produzindo os resultados almejados<sup>422</sup>.

---

<sup>421</sup> HAURIUO, Maurice. HAURIUO, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.50-51.

<sup>422</sup> O institucionalismo faz uma distinção entre “*ideia diretriz*” e meta (ou função), estando esta compreendida naquela, que exprime ao mesmo tempo a meta e os meios para atingi-la. A primeira compreende a parte

A sociedade contemporânea parece ter assimilado ainda mais essa noção de autoridade substancial ao valorizar menos a formalidade e prestigiar mais a “*informalidade*”, que de certa maneira é mais substancial do que aquela outra exatamente porque consegue reunir os elementos fundacionais da instituição e ainda se manter viva e pulsante, muitas vezes se afirmando com mais efetividade do que a própria autoridade formal, já que acaba oferecendo resultados melhores.

É intuitivo que a autoridade mais eficiente acabe superando a menos eficiente. Não se trata propriamente de negar uma força normativa (e física) da autoridade formal, mas apenas de aceitar junto com Maurice Hauriou que “é somente o poder organizado que pode criar situações jurídicas e somente ele pode mantê-las”<sup>423</sup>, sendo o resto apenas formalidade exterior, conforme já mencionado antes. Um sustenta e precede a outra. O poder organizado sustenta e precede a autoridade formal que por si só jamais conseguiria se impor sobre a realidade social<sup>424</sup>. É aquilo o jurista francês chama de “continuidade da ação do poder organizado”<sup>425</sup>.

É certo que esse pensamento não é bem recebido pela doutrina da “*força normativa*” da Constituição, mas esta doutrina também precisa reconhecer que uma autoridade mais substancial é mais quase sempre mais efetiva e mais legítima do que uma autoridade meramente formal. Basta olhar para a realidade dos fatos e notar que a sociedade contemporânea tem se colocado cada vez mais contra um direito “*puro*” desconectado da realidade<sup>426</sup>.

A realidade fática também deve ser considerada, tanto que existem “*leis que pegam e leis que não pegam*”<sup>427</sup>. E não parece ser suficiente a mera distinção entre “*vigência*” e “*efetividade*”<sup>428</sup> no sentido de que a vigência da norma jurídica representa o elemento mais importante (essencial) para justificar o Direito, vindo a efetividade apenas à reboque. Esta não parece ser a melhor resposta, ao menos não numa democracia substancial.

---

indeterminada e virtual e a segunda a parte já realizada ou já determinada. HAURIOU, Maurice. **Teoria da instituição e da fundação**, p.22-23.

<sup>423</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.38.

<sup>424</sup> Citando Paolo Biscaretti di Rufia, a doutrina (“*cratologia*”) revela que “*a instituição, como fenômeno antropológico-social precede a norma*”, ou seja, é “*fonte da produção das normas*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.23.

<sup>425</sup> *Ibidem*.

<sup>426</sup> O Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua jurisdição constitucional, deve evitar se apoiar apenas e tão somente na sua autoridade formal e assumir o seu importante papel dentro de uma democracia mais substancial.

<sup>427</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.267.

<sup>428</sup> *Ibidem*. p.233-234.

É que para ter efetividade o Direito não precisa simplesmente de uma norma jurídica “vigente”. Ao contrário, a norma jurídica deve sempre que possível buscar fundamento na efetividade. E não apenas para favorecer a autoridade em si mesma, mas principalmente para atender uma realidade humana.

O fim último da norma jurídica é atender as realidades humanas e não reforçar a todo o custo uma autoridade formal do Estado ensimesmada; não “*servir de instrumento de poder*”<sup>429</sup>.

Perceba que não se trata simplesmente de transformar um mero fato em direito, lançando mão de expedientes teóricos como o da “*força normativa do fático*” de Georg Jellinek ou do “*direito vigente na realidade concreta*” de Alf Ross<sup>430</sup>, mas sim de reconhecer, insista-se, que situações tidas pelo normativismo como realidades meramente “extrajurídicas” também são igualmente “jurídicas” exatamente porque preenchem os elementos do institucionalismo clássico.

Por isso, não é o mero fato ou o mero costume por si só que retira a validade de uma norma jurídica, o que redundaria em anarquia. O que ocorre em verdade, numa visão institucionalista clássica, é que a validade de uma norma jurídica acaba sendo confrontada com outro direito (norma institucional), que não é mero fato e que, embora não esteja revestido (de um formato) de norma jurídica, também é direito tanto quanto o é a norma jurídica. A questão, portanto, é como resolver por assim dizer o conflito entre direitos<sup>431</sup>.

Aliás, a dogmática jurídica pode contribuir muito com a sociedade se, além de se apoiar nas ciências causais (matemática, física etc.), também voltar os seus olhos para o diálogo construtivo que seja minimamente baseado na realidade fática<sup>432</sup>.

<sup>429</sup> ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, p.83.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p.84.

<sup>431</sup> A investigação considera a hipótese de que é necessário encontrar um critério de desempate, bem como que, apesar da primazia do direito estatal, é a legitimação substancial que deve ser sempre e permanentemente considerada no caso concreto. Esta parece ser a perspectiva do art. 3º, VI da MP 881/2019, convertida na Lei 13.874/2019, quando diz que é direito essencial para o desenvolvimento econômico: “VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos”. Parece redutor o debate que considera apenas a visão estática de um “ato administrativo contra legem”. Sobre o tema, vide infra: 4.6.3.

<sup>432</sup> O desconstrutivismo pós-positivista, levado às suas últimas consequências, parece levar exatamente ao retrocesso, à inefetividade e à ineficiência; numa palavra, ao descompromisso com a sociedade. A mesma crítica pode ser dirigida às teorias da argumentação que eventualmente se desconectam de qualquer substrato mínimo da realidade como a linguagem. “Se, por outro lado, fosse dito que homem possui um número infinito de significados, é óbvio que não poderia haver discurso algum; de fato, não ter um significado é não ter nenhum significado, e se as palavras não têm nenhum significado, o discurso com outros indivíduos, e mesmo, a rigor,

Enfim, a “*legitimação pelo resultado*” parece ganhar relevo no contexto de uma democracia substancial, da mesma forma como é importante saber “como” se decide o ato administrativo através da “*legitimação pelo processo*”.

A “*legitimação pelo resultado*” também parece ter sido aceita como o outro grande referencial da legitimidade democrática, tanto que Diogo de Figueiredo Moreira Neto chegou a defender a existência do “*resultado*” como categoria jurídica <sup>433</sup>.

É interessante notar como Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz uma conexão direta entre democracia e resultado, dizendo que no sentido substancial de democracia, mais do que simples método de decisão coletiva, existe uma exigência por resultados coerentes com os valores que a informam, citando o adágio da doutrina italiana: “*da democracia de participação à democracia de eficiência*” <sup>434</sup>.

No Brasil a “*legitimação pelo resultado*” parece estar diretamente ligada ao princípio constitucional da eficiência <sup>435</sup>, de maneira que se pode dizer que constitui um aspecto não apenas dogmático <sup>436</sup>, mas também normativo (constitucional).

Portanto, a “*legitimação pelo processo*” sempre que possível deve vir acompanhada pela “*legitimação pelo resultado*” e vice-versa. É necessário mais do que a mera mudança em direção a um “*paradigma processual*”: um paradigma que contemple simultaneamente uma processualidade em sentido “amplíssimo” e um resultado eficaz parece ser uma hipótese possível.

E o grande desafio da sociedade contemporânea parece ser o de encontrar o maior e melhor equilíbrio possível entre os dois aspectos, reaproximando dessa maneira Estado e sociedade a partir de uma democracia mais substancial.

No ponto, conquanto coloque o acento tônico no paradigma burocrático, Maria Paula Dallari Bucci observa com razão que:

---

consigo mesmo é nulo, pois é impossível pensar em qualquer coisa se não pensamos em uma coisa, e memswo que isso fosse possível, um nome poderia ser atribuído àquilo que pensamos”. ARISTÓTELES. **Metafísica**. Livro IV, 1006b5-11.

<sup>433</sup> O paradigma do resultado. Fórum Administrativo. Direito Público, p.82.

<sup>434</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>435</sup> Defendendo que “[...] os resultados da atuação administrativa passam a ser objeto de controle social, i.e., não basta o mero exercício da função administrativa, este deve necessariamente ser eficiente.”, vide: SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, número 24, dez./jan./fev. 2011.

<sup>436</sup> No chamado “*contrato de impacto social*” (CIS) inspirado no *social impact bond* inglês no qual os pagamentos em favor do agente privado ficam condicionados ao atingimento de resultados sociais. Vide: MONTEIRO, Vera. **O que é Contrato de Impacto Social (CIS)?** Gestores públicos podem inovar e experimentar em matéria contratual. In: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-que-e-contrato-de-impacto-social-cis-12112019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-que-e-contrato-de-impacto-social-cis-12112019), acesso em 01/07/2020.

Não há eficiência em abstrato, assim como não há boa gestão ou gerenciamento em abstrato. A boa gestão há de corresponder à medida do entrelaçamento entre Estado e sociedade. No âmbito do direito administrativo, a sua eficácia há de resultar do equilíbrio entre as funções garantística e organizativa.<sup>437</sup>

Mas a pergunta que ainda permanece é: a eficácia do resultado é suficiente?

#### 2.3.3.4. A eficácia do resultado: “*bens de eficiência*” e “*bens de excelência*”

A eficácia do resultado é realmente muito importante, não se pode negar.

Entretanto, os bens da sociedade não se reduzem aos “*bens de eficiência*”, devendo ser devidamente levados em conta os chamados “*bens de excelência*”<sup>438 439</sup> que não são auferíveis mediante mero cálculo utilitário.

A ausência do elemento ético fez muita falta ao institucionalismo clássico e à democracia substancial. E é exatamente o elemento ético de matriz aristotélica (a ética da “*primeira pessoa*”) que constitui o segundo pilar desta investigação.

Conforme dito anteriormente, a comunhão de “*vontades paralelas*” do institucionalismo, conquanto um pouco mais substancial do que as concepções meramente formais de autoridade, parece levar em consideração apenas de relações de reciprocidades entre sujeitos utilitários<sup>440</sup>, não se preocupando conseqüentemente com o que é bom e justo, nem com um *telos* maior.

O pressuposto do utilitarismo clássico no pensamento de Francis Hutcheson reside no fato de que “é melhor a ação que busca a maior felicidade para o maior número; e é pior a ação que produz infelicidade da mesma maneira”<sup>441</sup>.

É desnecessário retomar a evolução histórica da ética utilitarista, mas o fato é que ela se expandiu de maneira generalizada nas ciências humanas e sociais a ponto de reduzir toda a

<sup>437</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 114.

<sup>438</sup> Para entender melhor os conceitos de “*bens de eficiência*” e “*bens de excelência*”, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 43-57.

<sup>439</sup> A doutrina cratológica, citando Seymour Martin Lipset, também faz uma distinção semelhante entre “*efetividade*” (ligada ao resultado) e “*legitimidade*” (ligada à ética). MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. Teoria do Poder (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder), p.204.

<sup>440</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p. 287-294.

<sup>441</sup> *Apud*: ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011, p. 181.

prática humana e social à mera análise econômica. O seu vocabulário é extremamente familiar para a ciência jurídica (capital humano, demanda e oferta de valores, escolha racional etc.). O sujeito humano se tornou essencialmente um sujeito “*calculador de interesses*”<sup>442</sup>.

É neste contexto que a sociedade deixa de ser uma sociedade “*em que também se pratica o mercado*” para se tornar apenas uma “*sociedade de mercado*”<sup>443</sup>.

Ocorre que a sociedade, por mais que esteja imersa na “*sociedade mercado*”, não pode perder de vista o *telos* da vida do indivíduo e da sociedade, bem como *telos* de uma ordenação em função da qual se perseguem os bens dos indivíduos e conseqüentemente da própria sociedade<sup>444</sup>. Estes bens não podem ser simplesmente reduzidos aos “*bens de eficiência*”, devendo compreender principalmente os “*bens de excelência*”.

Portanto, a eficácia do resultado, conquanto realmente importe muito, não pode ser considerada suficiente para se alcançar uma democracia substancial na sua plenitude. A “*legitimação pelo resultado*” sem dúvida representa um grande salto dogmático em relação ao mero formalismo jurídico, mas ainda não explica tudo e só pode ser corretamente compreendida a partir de uma concepção do que é bom e justo que não despreze os “*bens de excelência*”.

A pandemia de coronavírus (COVID-19) de 2020 parece oferecer uma grande oportunidade para a doutrina poder revisar as suas concepções de justiça e de racionalidade, para o que a filosofia política de Alasdair Macintyre pode servir de referência<sup>445</sup>.

Mas como conciliar da melhor maneira possível os três aspectos: a “*legitimação pelo processo*”, a “*legitimação pelo resultado*” e os “*bens de excelência*”?

### 2.3.3.5. O ciclo das “*políticas públicas*”: um esquema possível?

A resposta à pergunta sobre conciliar a “*legitimação pelo processo*”, a “*legitimação pelo resultado*” e os “*bens de excelência*” constitui uma das mais difíceis tarefas da sociedade desde o surgimento da filosofia racional grega.

Apesar da imensa dificuldade, nem os gregos, nem os romanos, nem os homens da Idade Média, nem os da Idade Moderna, nunca desistiram de encontrar respostas para os seus problemas práticos. A variedade de ideias e concepções nunca os impediu de continuar

<sup>442</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011.p. 288.

<sup>443</sup> *Ibidem*, p.289.

<sup>444</sup> *Ibidem*, p.290.

<sup>445</sup> MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988).

tentando encontrar as melhores respostas. Acertaram muitas vezes e falharam gravemente em tantas outras. Mas o fato é que, pelo bem e pelo mal, a humanidade conseguiu chegar até aqui. Todo ser humano está em débito com o passado. E este débito não pode ser pago simplesmente por meio de aforismos céticos que são, não apenas irracionais, mas evidentemente contrários à realidade social humana<sup>446</sup>.

É duvidoso que uma teoria que não busca ao menos ser racional, ainda que cometa muitos erros, possa ser considerada uma teoria. A dogmática do direito administrativo não raras vezes tem se apoiado o pensamento pós-moderno com a pretensão de apenas desconstruir, nada oferecendo em termos de racionalidade senão o caos da vontade radical do individualismo.

A crítica de Alasdair Macintyre aos principais nomes do pensamento “*pós-moderno*” é esclarecedora:

Esse sucesso autodefinido torna-se, em diferentes versões, a libertação da má fé do indivíduo sartriano, que rejeita determinados papéis sociais, o despatriamento do pensador nômade de Deluze e a pressuposição da escolha de Derrida entre permanecer ‘dentro’ do edifício social e intelectual já construído, embora estranho a ele, mas apenas para desconstruí-lo por dentro, ou situar-se brutalmente fora, numa condição de ruptura e descontinuidade. O que Durkheim considerava uma patologia social é, agora, apresentado vestindo as máscaras da pretensão filosófica.<sup>447</sup>

O pensamento “*pós-moderno*”, porque não-racional e porque não-construtivo<sup>448</sup>, não combina com o direito administrativo, a menos que se queira reduzi-lo a um papel secundário e irrelevante na sociedade contemporânea.

Com efeito, é preciso tentar, ainda que para errar. É preciso partir de algum lugar ao menos com a perspectiva de chegar a algum lugar.

Por isso, na tentativa de partir de algum lugar, chama a atenção um esquema conhecido como “*ciclo de políticas públicas*”.

Poderia este esquema servir de paradigma também para o ato administrativo numa concepção dinâmica; uma concepção que procura, para além da mera análise estática dos seus

---

<sup>446</sup> Sobre a irracionalidade do ceticismo e a necessidade de compreender o passado para poder superar os erros humanos através da “*transição*”, cf.: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 2ª ed.. São Paulo: Edição Loyola, 2014, p.52-64.

<sup>447</sup> MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). 395-396.

<sup>448</sup> Apoiando-se no desconstrutivismo do “*pensador nômade*” de Deluze, vide: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.52.

elementos ou fases antecedentes, observar entre outras coisas a sua implementação, monitoramento e avaliação?

É no contexto da “*legitimação pelo resultado*” que o ato administrativo se abre para questões como a da *accountability* do direito norte-americano, segundo a qual todo aquele que pratica um ato administrativo deve responder pelos seus resultados, prestando contas da sua administração, conforme síntese de Maria Paula Dallari Bucci <sup>449</sup>.

A tecnificação da gestão pública e os indicadores estatísticos ganham relevo nesse contexto como forma de medir esses resultados e comunicá-los aos cidadãos para legitimar as escolhas realizadas, o que de ser corretamente compreendido para que não se mergulhe na “*retórica dos números*”, como observa a jurista <sup>450</sup>.

De fato, o gestor público não pode mergulhar de olhos fechados nos números, deixando-se levar pela aparência do que é bom e justo sem exercer uma racionalidade prática adequada <sup>451</sup>. O gestor público, como sujeito agente da “*primeira pessoa*”, deve tomar a matemática como parte e não como a totalidade do seu raciocínio prático <sup>452</sup>. Do contrário, bastaria que a sociedade fosse governada pelo cálculo das máquinas em invés de ser governada pela razão e pela emoção das pessoas, aliás, como pretende a doutrina mais radical da inteligência artificial.

É importante perceber que, conquanto ainda apegada à ideia de separação absoluta entre Estado e sociedade, Maria Paula Dallari Bucci reconhece que de fato existe:

[...] uma perturbação na segmentação weberiana estrita entre direção e execução das políticas públicas”, explicando que “quem executa passa também a ser demandado tanto pelos resultados como pelas medidas intermediárias que conduzem a eles ou não. <sup>453</sup>

<sup>449</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. . São Paulo: Saraiva, 2013. p.163-164. Vide ainda o Enunciado nº 18 do IBDA: “A LINDB é norma jurídica que impacta todas as regras de direito público, especialmente aquelas que tratam da responsabilização dos agentes públicos que decidem ou emitem opiniões técnicas”.

<sup>450</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. . São Paulo: Saraiva, 2013., p.164-165.

<sup>451</sup> Para compreender a classificação aristotélica entre “*ciências exatas*” e “*ciências menos exatas*” e o enquadramento da complexidade do julgamento humano nestas últimas “*menos exatas*”, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?**. Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 128-129.

<sup>452</sup> Para conseguir perceber a origem utilitarista deste tipo de raciocínio e a consequente adoção do “*método algorítmico*” ou “*cálculo hedônico*” como critério “*monológico*” (ou seja, método não dialético) para alcançar o que é considerado racional, bom e justo, cf.: ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. . Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p. 184-188.

<sup>453</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. . São Paulo: Saraiva, 2013. p.164.



O fato é que a jurista admite que a criação do poder não se dá exclusivamente a partir de uma “*base política instalada*”, mas sim a partir de resultados da gestão governamental, que passa a ser fonte própria de legitimação e que passa a se retroalimentar, criando sustentação para o desdobramento de outras ações resultantes de uma gestão técnica, que não é meramente tecnocrática <sup>454</sup>.

Perceba um detalhe importante: o resultado passa a ser fonte da própria legitimação do ato administrativo, retroalimentando a autoridade, o que significa dizer que esta autoridade já não é mais aquela meramente formal da concepção weberiana, mas uma nova autoridade, mais substancial, justamente por ser eficaz, ou seja, por apresentar resultados efetivos para a sociedade.

É certo que as “*políticas públicas*” são mais complexas do que um mero ato administrativo, mas parece possível realizar uma aproximação do seu esquema, procurando conhecer assim o ato administrativo por dentro, “*abrindo a [sua] caixa preta*” de modo a ordenar a compreensão da sua estrutura e da tomada da decisão governamental, voltando assim a atenção para o seu processo de produção e também para um momento além dele, que se pode chamar de pós-processo decisório.

Sem a preocupação de aprofundar no tema, parece importante para o propósito desta investigação, mencionar o esquema Leonardo Secchi que define o “ciclo de políticas públicas” como um “esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes”, o qual pode ser restringido em sete fases principais: i) identificação do problema, ii) formação da agenda, iii) formulação de alternativas, iv) tomada de decisão, v) implementação, vi) avaliação e vii) extinção <sup>455</sup>.

Como destaca o cientista político, o “*ciclo de políticas públicas*” raramente reflete a dinâmica real de uma política pública, podendo se apresentar misturado ou até mesmo ter alternadas as suas sequencias, não havendo uma clara definição das fronteiras entre as fases, chegando a se referir às soluções que muitas vezes surgem antes mesmo do problema, hipóteses intituladas “*modelo da lata do lixo*”, desenvolvidas nas ciências sociais; esquema este que pode ter utilidade para organizar as ideias e simplificar a complexidade de uma política pública, auxiliando ainda na criação de um referencial comparativo <sup>456</sup>.

---

<sup>454</sup> *Ibidem*, p. 201-202.

<sup>455</sup> **Políticas Públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos, p.33.

<sup>456</sup> *Ibidem*, p.34.

Num sentido parecido é o modelo de John Kingdon, para quem a formação da política pública pode ser dividida ao menos em quatro fases: *i*) agenda, *ii*) especificação de alternativas, *iii*) escolha revestida de autoridade e *iv*) implementação da decisão <sup>457</sup>.

Entretanto, é necessário alertar que este esquema mental representa apenas uma perspectiva analítica do ato administrativo. Em outras palavras, representa apenas o ato administrativo sob o ponto de vista externo da “*segunda pessoa*” ou “*terceira pessoa*” que não compõe e que não é o autor do ato administrativo, diferentemente do sujeito agente da “*primeira pessoa*”. Só este último é capaz de exercer uma racionalidade prática adequada <sup>458</sup>  
<sup>459</sup>.

Do contrário, mais uma vez, bastaria o governo das máquinas.

Como ensina Maria Paula Dallari Bucci, a “*juridificação*” do poder (com aspas no original) altera a tônica da investigação científica, que deixa de se dar apenas sobre o controle do poder para incidir também na maneira pela qual se forma e se exerce o poder político, o que significa um fortalecimento da democracia e valorização do Estado com a redescoberta da gestão, fortemente permeada pela comunicação social <sup>460</sup>.

A jurista, influenciada pelo pensamento normativista, mesmo por vias tortas, acerta um alvo que para o institucionalismo é absolutamente natural e não precisa de meias-palavras, nem de aspas, exatamente porque considera o poder - por essência – “*jurídico*” (e não extrajurídico).

Maria Paula Dallari Bucci também recorre à ideia romaniana de organização (institucional), destacando assim o Direito *não como limite*, mas como *estrutura e função* (itálicos no original) das tarefas estatais <sup>461</sup>.

E tem total razão no ponto.

---

<sup>457</sup> *Apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013., p.111.

<sup>458</sup> Para compreender a “racionalidade prática” aristotélica e o seu “movimento duplo” segundo o qual “o indivíduo terá de raciocinar a partir de alguma concepção inicial do que é bom para ele, sendo o tipo de pessoa que é, circunstanciado de um modo geral, e avançar em direção à visão mais bem fundamentada que puder descobrir quanto ao que é bom como tal, para os seres humanos como tais; e aí terá de raciocinar a partir da compreensão do que é bom e melhor como tal, visando a uma conclusão sobre o que é melhor para ele realizar aqui e agora na sua situação particular” (grs), cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 140 e ss.

<sup>459</sup> É esse “movimento duplo” da “racionalidade prática” que mesmo a melhor doutrina tem dificuldade de enxergar ao não perceber que o “ponto de vista prático” também implica um “ponto de vista teórico”. Vide: BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p.14-15.

<sup>460</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34-35.

<sup>461</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.216.

Nas palavras de Maurice Hauriou, a autoridade governamental é “uma força de ação espontânea e não apenas o chamado de uma função a cumprir”, o que, segundo o jurista de Toulouse, “revela a potência ascendente da ideia da obra a realizar, já que, lentamente, mas segura e progressivamente, mesmo no Estado, as paixões fogosas dos governantes acabam por sujeitar-se a seu serviço”, de maneira que o que sustenta esta autoridade governamental não são apenas os mecanismos constitucionais (embora também ajudem), mas especialmente o “espírito público penetrado pela ideia de Estado”<sup>462</sup>.

O “*ciclo das políticas públicas*”, enquanto esquema mental, também pode fornecer outro instrumental importante (agora, gráfico) para a correta compreensão do caráter dinâmico do ato administrativo (vide apêndices nº 1 e nº 2).

Ressalvado o fato de se tratar de mero esquema mental, portanto, simplificador de conceitos, parece possível aproveitar a ideia para desenhar quatro tipos diferentes de imagens que sejam capazes de retratar a evolução do ato administrativo.

A primeira figura pode ser ilustrada por uma seta descendo até um ponto fixo representado pelo ato administrativo mais verticalizado, estático, monológico e consequentemente autoritário. Eis a representação da concepção de ato administrativo do século XIX (fig.03):



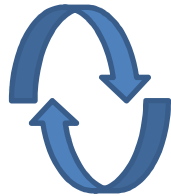
A segunda figura pode ser ilustrada, de uma seta partindo da esquerda em direção à direita, representando as fases do processo do qual pode ou não resultar um ato administrativo, agora horizontalizado, dinâmico, ainda monológico e binário. Eis a representação da concepção do ato administrativo do século XX (fig.04):



---

<sup>462</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. Trad. José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.28.

A terceira figura pode ser ilustrada por um ciclo através do qual o ato administrativo mantém-se horizontalizado e dinâmico, se tornando mais dialógico, embora preso à uma circularidade, sem grande potencial de crescimento. Eis a representação da concepção do ato administrativo com base no “*ciclo das políticas públicas*” (fig.05):



Se a hipótese desta investigação estiver correta, a quarta figura poderá ser ilustrada por um espiral ascendente, representando a ideia de um ato administrativo horizontalizado, dinâmico, dialógico e consensual, mas principalmente em constante crescimento. Eis a representação da concepção do ato administrativo do século XXI (fig.06):



Exatamente por isso parece ficar claro o porquê não é adequado associar o ato administrativo nem à teoria da “*relação jurídica*” (concepção subjetivista alemã), nem à teoria do “*procedimento*” (concepção objetivista italiana) e nem ao “*ciclo das políticas públicas*”.

Algo diferente parece necessário, algo capaz de revelar a verdadeira face do ato administrativo, cujo viés institucionalista parece fornecer uma pista enquanto ponto de partida.

A consequência desse entendimento de viés institucionalista não é irrelevante se se considerar, por exemplo, os efeitos da revogação do ato administrativo.

Na doutrina tradicional, a revogação do ato administrativo é resolvida de maneira simplista, muito próxima dos esquemas binários. Se o titular do direito subjetivo público (reflexo da ideia da teoria da “*relação jurídica*”) tiver um direito adquirido, a revogação do ato gera direito à indenização e pronto. Se não tiver, não é ponto final.

Ocorre que esses esquemas binários não parecem ser suficientes para resolver todos os dilemas complexos de uma sociedade contemporânea. O Direito Ambiental e.g. já

percebeu essa realidade quando consagrou o postulado segundo o qual não existe direito adquirido contra o meio ambiente <sup>463</sup>.

Da mesma forma, no chamado direito administrativo do risco, a instabilidade da decisão administrativa é vista naturalmente, devendo o titular de um direito ser adequadamente informado sobre o procedimento e sobre a possibilidade de supressão do seu direito sem ônus para o Estado <sup>464</sup>.

Não à toa, na lacuna da lei formal, a doutrina portuguesa tem buscado desenvolver o que denomina “regime de modificação do ato administrativo por alteração superveniente dos pressupostos” <sup>465</sup>, que não está fundado senão na teoria da imprevisão, cuja construção se deve exatamente ao institucionalismo de Maurice Hauriou (vide *supra*: 1.1.2.3. e 1.4.1.1.). Em que pese esta mesma doutrina rejeitá-lo dizendo que se trata de um princípio geral do direito supostamente normativo (“*princípio da atualidade*” <sup>466</sup>), é necessário reconhecer que se trata em verdade de um princípio geral de direito que é não-normativo e que é plenamente aceito pelo institucionalismo (vide *infra*: 2.3.4.4.).

No mesmo sentido, é necessário admitir que a convalidação dos atos administrativos nunca foi suficientemente explicada pelo normativismo e seus esquemas binários (válido/inválido), tendo a solução sido construída pela doutrina e pela jurisprudência (fontes não-normativas) no sentido da preservação do ato inválido e da busca por outras alternativas <sup>467</sup>.

---

<sup>463</sup> O próprio Direito Administrativo há bastante tempo relativiza o direito adquirido no que se refere ao regime jurídico de servidores públicos (vide RE 563.708, *rel. min.* Cármen Lúcia, P, j. 6-2-2013, DJE 81 de 2-5-2013, Tema 24). Recentemente, em 14 de junho de 2019, o IBDA aprovou o Enunciado nº 3: “[...] Os controles administrativo e judicial devem considerar o cenário vivenciado pela Administração ao tempo da decisão ou opinião, reservando-se a possibilidade de indicação pelo controlador, sem juízo de invalidação ou reprovação, de alternativas administrativas mais adequadas para o futuro”, bem como o Enunciado nº 7: “Na expressão “regularização” constante do art.21 da LINDB estão incluídos os deveres de convalidar, converter ou modular efeitos de atos administrativos eivados de vícios sempre que a invalidação puder causar maiores prejuízos ao interesse público do que a manutenção dos efeitos dos atos (saneamento). As medidas de convalidação, conversão, modulação de efeitos e saneamento são prioritárias à invalidação”.

<sup>464</sup> Cf.: SILVA, Suzana Tavares da. O acto administrativo de ‘faca e garfo’. In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume IV, **Administração e Sustentabilidade**: entre riscos e garantias, p.617-641.

<sup>465</sup> Cf.: GOMES, Carla Amado. **Mudam-se os tempos, mudam-se os actos administrativos...** Contributo para a construção de um regime de modificação do acto administrativo por alteração superveniente dos pressupostos, p.237-266.

<sup>466</sup> GOMES, Carla Amado. **Mudam-se os tempos, mudam-se os actos administrativos...**, p.249 e 253.

<sup>467</sup> A convalidação dos atos administrativos inválidos atualmente tem fundamento em fonte normativa. Cf.: art.55 da Lei 9.784/99, além dos recentes art. 20, parágrafo único e art. 21, *caput* e parágrafo único da LINDB.

Em outras palavras, o pensamento institucionalista, fortemente rejeitado pelo pensamento normativista, sempre esteve presente na realidade do Direito e isto não parece ser mera coincidência.

Ainda em sentido semelhante, a doutrina tem defendido a utilização da arbitragem na Administração Pública não apenas de forma estratégica, ou seja, precedida de estudos de impacto e avaliação de eficiência, como também como instrumento preventivo voltado à compensação e mitigação de riscos <sup>468</sup>.

Enfim, parece ter chegado a hora de rever alguns dogmas do direito administrativo construído na perspectiva do normativismo jurídico.

A abordagem do ato administrativo através do esquema mental do “*ciclo das políticas públicas*” se aproxima mais do pensamento do tipo institucional, sendo um pouco mais democrática substancialmente do que a visão normativista e decisionista.

O esquema pode contribuir para uma revisão da concepção tradicional do ato administrativo estático, pronto e acabado, bem como, conseqüentemente, para a revisão de uma visão excessivamente voltada para os direitos subjetivos públicos, moldados sob a ótica eminentemente civilista da vontade radical.

Por isso, mais do que falar em direitos subjetivos públicos, parece mais adequado falar em institucionalização das políticas públicas. Mais do que falar em revogação, falar em implementação, monitoramento, avaliação e extinção (ou renovação) das políticas públicas, conforme o caso.

No ponto, é possível perceber uma nova geração de leis, aplicável tanto aos entes públicos como às entidades privadas, que tem como foco exatamente esses aspectos.

Vide o exemplo abaixo (fig.07):

A LGPD é exemplo de legislação do direito administrativo de risco e da necessidade de constante atualização a partir de monitoramento e avaliações periódicas do programa de tratamento de dados pessoais (art. 50, §2, I, h da Lei 13.709/18). (fig.07)

E essa concepção não deixa de se aplicar de alguma maneira a todos os atos administrativos de uma maneira geral. A provisoriedade e a experimentação parecem ser uma marca do ato administrativo contemporâneo justamente em razão da necessidade – quando for

---

<sup>468</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Agenda da Arbitragem com a Administração Pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação?. In: **Contraponto Jurídico**: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito. São Paulo: RT, 2018. p. 29-46.

o caso – de se regular uma situação que exige uma rápida organização<sup>469</sup>. A questão da provisoriedade do ato administrativo traz uma problemática especial e deverá ser retomada mais a frente.

É o dinamismo do institucionalismo que combina procedimento e resultado – e que deve combinar também o elemento ético da concepção de “*bens de excelência*” – contribuindo para a construção de uma nova teoria, uma nova abordagem do ato administrativo contemporâneo.

Portanto, parece que começa a se confirmar a hipótese desta investigação no sentido de que o ato administrativo é, não uma decisão final e pontual (“*actocêntrica*”), mas sim uma “operação complexa apta a gerar efeitos jurídicos”<sup>470</sup>.

#### 2.3.4. O Que se Decide?

É chegado um momento extremamente difícil da abordagem institucionalista do ato administrativo e a dificuldade reside exatamente no fato de que o institucionalismo não considera o elemento ético na sua abordagem.

Para o institucionalismo qualquer organização humana, mesmo ilícita ou nociva, é considerada instituição, formando conseqüentemente um ordenamento jurídico concreto, de maneira que, segundo esta concepção, até mesmo uma organização criminosa é considerada uma instituição e forma um ordenamento jurídico concreto.

Na concepção de Santi Romano, a ética é considerada um elemento “*extrajurídico*”<sup>471</sup>, pensamento este claramente positivista que, se por um lado, não causa espanto aos normativista kelsenianos, por outro lado, incomoda qualquer teoria mais atenta à eticidade das relações humanas e sociais, inclusive a doutrina dos valores na qual se apoiam os neoconstitucionalistas<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> O Decreto Municipal de São Paulo nº 58.750 de 13 de maio de 2017 (o decreto dos patinetes elétricos) se autodenomina “provisório” talvez porque percebeu que é natural que as novas tecnologias disruptivas sejam organizadas de maneira experimental e com a urgência que o caso requer.

<sup>470</sup> Confirma o conceito provisório de ato administrativo formulado acima (vide *supra*: item 2.2.).

<sup>471</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008., p.140-141; 157; entre outros.

<sup>472</sup> Inserir a moral dentro da norma jurídica como se a norma jurídica em si mesma fosse a própria moral também parece ser um resquício do estatismo, agora travestido de “valores constitucionais”. A moral parece estar realmente fora da norma jurídica, independe dela, assim como a autoridade está fora do poder e serve de baliza e de orientação para que ele. O problema parece estar, portanto, no entendimento de que o Estado é um ente moralmente autônomo.

É aqui que talvez possa ser encontrada a maior prova do distanciamento que existe entre o institucionalismo clássico e o neoconstitucionalismo. Estas teorias não podem ser confundidas como se este último representasse uma versão contemporânea do primeiro (vide *supra*: 1.3.3.).

Mas o neoconstitucionalismo não torna o institucionalismo melhor. Pelo contrário, o destrói e o substitui por uma doutrina de valores supostamente objetivos que são não raras vezes descolados da realidade prática.

A ética do neoconstitucionalismo contribui muito pouco para a composição do ato administrativo exatamente porque é uma ética da “terceira pessoa” cujo ponto de vista é eminentemente externo. E o ato administrativo precisa ser explicado por dentro, sob o ponto de vista da “primeira pessoa” que é afinal quem compõe e atua nos problemas práticos da sociedade de acordo com uma racionalidade prática.

O institucionalismo é mais adequado do que o neoconstitucionalismo para o desempenho dessa tarefa porque permite ao sujeito agente se colocar exatamente no ponto de vista da primeira pessoa, o ponto de vista de quem efetivamente pratica o ato administrativo.

Nesta perspectiva, o ato administrativo deve se aproximar da ideia de instituição, de ordenamento jurídico concreto, e não da doutrina de valores do neoconstitucionalismo.

Entretanto, parece óbvio que a instituição-Estado não pode ser uma organização ilícita ou nociva, como uma organização criminosa o é para a sociedade. O elemento ético é indispensável para a instituição-Estado se não se quiser cair neste paradoxo. Note que não teria sentido conceber um Estado como uma mera organização criminosa quando o seu papel fundamental, a sua razão de ser, é exatamente o bem comum da sociedade <sup>473</sup>.

Portanto, o elemento ético é incontornável para o institucionalismo. E é este elemento ético que constitui o segundo pilar desta investigação, preenchendo o vazio deixado pelo positivismo jurídico do institucionalismo <sup>474</sup>.

É importante notar que o elemento ético não estava ausente no pensamento de Maurice Hauriou tal como estava no pensamento de Santi Romano. E a razão é muito

---

<sup>473</sup> Não à toa, os liberais mais radicais, percebendo que o bem comum é deixado em segundo plano, acabam pregando, não sem alguma razão, a extinção do Estado. A captura do Estado por qualquer ala ideológica, de esquerda ou de direita, só contribui para posturas mais radicais. Aliás, a filosofia política, ressaltando alguns bens públicos (e.g. segurança), tem sérias dúvidas quanto à capacidade do Estado de proporcionar “*verdadeiros bens comuns*”. Comentando o pensamento macintyreano a este respeito, cf.: AURÉLIO, Diogo Pires. *In*: MOTA, Francisco Sasseti da. **Da catástrofe às virtudes**, p.25 (Prefácio).

<sup>474</sup> Todo o esforço realizado por Santi Romano para dizer que o institucionalismo era uma ciência jurídica positivista, tal qual o normativismo kelseniano, parece ter distraído a sua atenção em relação àquilo que deveria ser o mais importante: o elemento ético. Mesmo assim, como observado antes, a sua teoria teve um enorme mérito considerando a sua época. Cabe à dogmática contemporânea resgatá-la e corrigi-la naquilo que for necessário.



simples: o institucionalismo do jurista francês era visto eminentemente na perspectiva do Estado-instituição, enquanto o institucionalismo do jurista italiano era visto, não apenas na perspectiva do Estado-instituição, mas principalmente das demais instituições formadas no seio da sociedade. O jurista italiano foi além do jurista francês para criar o pluralismo jurídico de matriz institucional (vide *infra*: Parte 2).

Maurice Hauriou estava preocupado com o direito produzido dentro do Estado. Santi Romano está preocupado com todo e qualquer direito produzido fora do Estado, no âmbito de uma sociedade que, com alguma razão, não queria ser reduzida à ética estatal e ao “*ente ético por excelência*”. O problema é que Santi Romano jogou tudo fora: jogou fora a ética estatal<sup>475</sup> e jogou fora toda e qualquer ética criada no coração da sociedade a ponto de não conseguir distinguir uma organização social lícita de uma organização criminosa, considerando ambas como instituições, ambas como ordenamentos jurídicos concretos.

A ética de Maurice Hauriou podia não ser a mais adequada, já que ainda estava fundada num paradigma da autoridade burocrática e numa concepção hegeliana de Estado como “forma plena do espírito objetivo”, “uma forma suprema em que se desenvolve a idéia de moralidade”, “uma realidade objetiva”, “uma construção [qu]e tem uma hierarquia ontológica superior”<sup>476</sup>.

Conforme se pode observar, Maurice Hauriou não jogou fora a ética, o que pode ser percebido na seguinte passagem:

O poder do governo de uma instituição não observa sempre a atitude de docilidade e de conformismo que acabamos de esboçar; a história dos Estados e até de algumas instituições privadas ensina que, com demasiada frequência, os poderes dirigentes se desviam da preocupação com o bem comum para obedecer a móveis egoístas; mas, considerada à distância, essa história prova duas coisas: [...] mesmo no Estado, as paixões fogosas dos governantes acabaram por sujeitar-se a seu serviço; sem dúvida, os mecanismos constitucionais ajudaram, mas esses próprios mecanismos ou não teriam sido criados, ou não teriam servido de nada, se não tivessem sido sustentados por um espírito público penetrado pela ideia de Estado.<sup>477</sup> (Sem grifo no original)

<sup>475</sup> Ao menos achou que tivesse jogado fora quando na verdade teve que recorrer a uma válvula de escape que ele chamou de “*direito involuntário*”, o *ius involuntarium* (vide *infra*: 3.7.4.).

<sup>476</sup> MARÍAS, Julián. **História da filosofia**, p.358.

<sup>477</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. Trad. de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009, p.27-28.

Perceba que o jurista francês atribui o elemento ético ao “espírito objetivo” do Estado e não propriamente à força normativa da Constituição que, segundo ele, não “teria servido de nada, se não tivesse sido sustentada por um espírito público”.

É aparentemente contra essa concepção de ética que Santi Romano se opõe, não sem nenhuma razão, dizendo que:

É, de fato, próprio de tal concepção naturalista fazer com que o direito figure como atuação concreta – que deveria ser única e uniforme – de um princípio transcendente e absoluto, da justiça abstrata e eterna, e, portanto, negar caráter de direito a todos os ordenamentos sociais que não possam ao menos ser considerados como tentativas, ainda que imperfeitas, de tal atuação, ou que, como não bastasse, se afirmam rebeldes em relação a esta ideia de justiça. A doutrina que vê no Estado o único órgão, ou, como se ouve dizer, o único produtor do direito, evidentemente se fundamenta nessas perspectivas, completadas com a outra – mais recente em determinados desenvolvimentos – que faz figurar no Estado o ente ético por excelência. Somente a fusão dessas duas teorias poderá dar corpo para a teoria moderna da qual falamos, que se tornou predominante no princípio do século XVIII e que continua a ser afirmada mesmo por quem rejeita os seus fundamentos históricos.<sup>478</sup> (sem grifos no original)

E prossegue Santi Romano, o criador da teoria do ordenamento jurídico concreto:

Esta [a doutrina monista], contudo, é absolutamente inseparável daquelas que foram as suas premissas. Isso explica como seus mais recentes defensores recorram mais [a] uma afirmação do que a uma verdadeira demonstração da sua verdade. E, de fato, não se saberia como teoricamente justificá-la a não ser assumindo, por um lado, que o direito positivo pode e deve ser somente um produto do direito natural e, por outro, que o único ente que tenha, ao menos hoje, a possibilidade de interpretar e traduzir o direito natural seja o Estado. Deste modo se chega àquela concepção de Estado do[a] qual Hegel foi o mais sistemático e o mais sugestivo defensor. Se, um tal filósofo, se admite que o Estado é a totalidade ética, que ele é a irrupção de Deus no mundo, que deve ser honrado como algo de mundano-divino, e que, antes, é um Deus real, então se está perante a um sistema [d]o qual não pode se retirar as bases sem a elas contrapor outras.<sup>479</sup> (sem grifos no original)

Note que, na ótica do neoconstitucionalismo, bastaria substituir o Estado-legislador da doutrina kelseniana pelo Estado-juiz da doutrina dos valores. O juiz passaria a ser, nas palavras de Santi Romano, o “ente ético por excelência”, a “totalidade da ética”, a “irrupção de Deus no mundo”, o “Deus real”. Isto porque o foco do neoconstitucionalismo continuaria sendo meramente voluntarista, lembrando que a doutrina de valores é normativista no seu

<sup>478</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.139-140.

<sup>479</sup> *Ibidem*. p.139 – 140.

ponto de partida e decisionista no seu ponto de chegada. O mesmo voluntarismo radical do positivismo kelseniano e, neste aspecto, do institucionalismo de Maurice Hauriou.

Santi Romano, em vez de tentar corrigir a ética de Maurice Hauriou, parece ter optado por jogar fora todo e qualquer elemento ético, acabando por lançar o institucionalismo num vazio que compromete negativamente a sua teoria.

Ocorre que o institucionalismo não pode ser nem abandonado e nem subvertido, tendo muito ainda o que contribuir para a sociedade contemporânea. Mas é preciso resgatar o elemento ético para tentar corrigir o seu rumo.

A filosofia política de Alasdair Macintyre sobre os “*bens de excelência*”, conforme exposto (vide *supra*: 2.3.3.4.), pode ajudar no resgate do institucionalismo clássico, oferecendo-lhe exatamente este rumo através do elemento ético.

Perceba, o Estado deve praticar o ato administrativo nesta perspectiva ética, o que não é tão difícil de enxergar quando se compreende que a sua função primordial é a realização do bem comum de toda a sociedade (“*bem comum político*”)<sup>480</sup>. Esta percepção do elemento ético se torna mais difícil e mais delicada quando se trata do bem comum (específico e particular) das múltiplas “*microcomunidades*”<sup>481</sup>. A questão do elemento ético do pluralismo jurídico de Santi Romano será retomada mais a frente.

Por ora, é importante aprofundar um pouco mais sobre os “*bens de excelência*” e perceber o contexto em que o tema se insere.

E este contexto reside exatamente na ideia-chave de “*tradição*” desenvolvida por Alasdair Macintyre, segundo a qual o sujeito agente, sobre não estar separado do tempo e espaço, sempre está imerso num tipo específico de comunidade localizada num passado, presente e futuro comuns.

Acompanhe o ponto de partida do pensamento de Alasdair Macintyre:

Uma tradição é uma argumentação, desenvolvida ao longo do tempo, na qual certos acordos fundamentais são definidos e redefinidos em termos de dois

---

<sup>480</sup> Embora presa à visão estatal do “conceito de político” muito particular ao pensamento decisionista schmittiano, parece adequado aderir a lição da melhor doutrina de teoria política a respeito da ideia de “bem comum político”, com destaque para o seguinte trecho: “Na medida em que a sociabilidade humana significa não apenas receber o bem de outrem, mas fazer o bem a outrem, a visão tipicamente moderna, de conceber a cidade apenas de modo instrumental para o indivíduo isolado, não faz sentido. Na verdade, é porque a cidade permite que as próprias ações realizem o bem dos demais que ela faculty realizar a natureza social do ser humano: do ponto de vista moral, o principal bem que a cidade provê é a possibilidade de fazer o bem”. Vide: BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p.85-98.

<sup>481</sup> Atribuindo a origem da expressão “microcomunidade” a ALASDAIR MACINTYRE, cf. MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.343.

tipos de conflito: os conflitos com críticos e inimigos externos à tradição que rejeitam todos ou pelo menos partes essenciais dos acordos fundamentais, e os debates internos, interpretativos, através dos quais o significado e a razão dos acordos fundamentais são expressões e através de cujo progresso uma tradição é constituída [...]. Apelar para a tradição significa insistir que só podemos identificar adequadamente nossos próprios compromissos e os de outros nos conflitos argumentativos do presente se os situarmos dentro das histórias que os fizeram ser o que são. [...].<sup>482</sup>

A conclusão de Alasdair Macintyre é a de que não existe nenhuma forma de pesquisa que não esteja localizada dentro de uma “tradição”. Acompanhe:

A conclusão a que a argumentação tem levado até agora é que, a partir de debates, conflitos e da pesquisa de tradições socialmente encarnadas e historicamente contingentes, as disputas referentes à racionalidade prática e à justiça são propostas, modificadas, abandonadas ou substituídas, mas não há nenhum outro modo de se realizar essa formulação, elaboração, justificação racional e crítica das concepções da racionalidade prática de da justiça, a não ser a partir de uma tradição particular, através do diálogo, da cooperação e do conflito entre aqueles que habitam a mesma tradição.<sup>483</sup>

Portanto, é necessário não perder de vista essa ligação entre passado, presente e futuro dentro do qual o ato administrativo é praticado. A seguir será esboçada uma sugestão para tentar localizar o ato administrativo dentro deste contexto.

#### 2.3.4.1. A primazia da dignidade da pessoa humana

O primeiro lugar onde é possível fixar um ponto de partida para o ato administrativo é a Constituição Federal, onde estão expressas as ideias diretrizes da sociedade brasileira.

Para a fundação de um ato administrativo é importante, portanto, começar a procurar pelas ideias diretrizes que estão materializadas na Constituição Federal e que compõem o Estado brasileiro, uma instituição-Estado.

Parece adequado afirmar que dentro da Constituição Federal existe uma ordem, uma organização de todas as ideias diretrizes nela expressas. E parece difícil pensar em uma organização genérica, abstrata, previamente estabelecida.

Entretanto, apesar desta dificuldade, ainda assim, parece possível identificar alguma primazia dentro dessa ordem sem a qual sequer seria possível se falar em organização.

<sup>482</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p. 23-24.

<sup>483</sup> *Ibidem*, p.376.

Ora, se o Direito é o instrumento que tem como finalidade precípua organizar as relações sociais entre os homens, então parece adequado reconhecer o primado do homem, ou seja, a dignidade da pessoa humana <sup>484</sup>.

Parece possível dizer que a dignidade da pessoa humana é uma ideia diretriz de grande importância na perspectiva dos “*bens de excelência*”. Aliás, assim o seria mesmo se não contasse com uma previsão em norma jurídica constitucional.

Nesse passo, a instituição-Estado deve respeitar essa primazia da dignidade da pessoa humana. De mesma forma, nenhum indivíduo pode querer sobrepor-se a outro indivíduo a ponto de comprometer a sua dignidade de pessoa humana. Em outras palavras, o homem sociável, inserido dentro de uma específica comunidade, deve representar mais do que a síntese entre o estatismo e o individualismo, mais do que a “*média durkheimiana*”.

Apesar das dificuldades de identificar os melhores bens, os “*bens de excelência*”, não se pode oferecer respostas meramente voluntaristas, irracionais ou arbitrárias. As respostas não devem passar nem pelo “*supersubjetivismo*” (a vontade radical), nem pelo “*hiperobjetivismo*” (norma jurídica por si mesma).

Isto significa que os homens devem de alguma forma se apoiar numa realidade prática que ofereça elementos os mais objetivos possíveis. O ponto de apoio, o parâmetro, segundo o institucionalismo, deve ser reconhecido a partir de elementos subjetivos e objetivos de maneira equilibrada e não a partir de soluções iluministas instantâneas e pontuais. E o elemento ético é indispensável para se alcançar este equilíbrio proposto pelo institucionalismo. Sem os parâmetros da ética o institucionalismo pode se perder, e normalmente se perde, quando não é subvertido.

Daí a importância de buscar na própria sociedade os parâmetros que possam servir de ponto de apoio para as melhores soluções na realidade prática.

Maurice Hauriou defende que a natureza objetiva da ideia diretriz é originária e inerente, não sendo ela mera criação subjetiva do espírito de um indivíduo determinado, uma vez que, do contrário, não seria possível conceber como ela poderia se tornar objetiva e, como consequência, passar de um espírito para outro. Mas, como a ideia diretriz passa de um

---

<sup>484</sup> Para entender a dignidade humana como “*causa formal*” e “*fundamento ontológico*” da democracia, vide: BOEIRA, Marcus Paulo Ryncembel. **A natureza da democracia constitucional: um estudo sobre as 5 causas da democracia na CRFB/88**. Curitiba: Juruá, 2011. p.96-135.

espírito para outro, ela deve ter desde o início uma natureza objetiva, razão pela qual, segundo o jurista francês, “na realidade, não há criadores de ideias; há somente descobridores”<sup>485</sup>.

A conclusão do jurista francês parece correta quando afirma que “*não há criadores*”, mas “*somente descobridores*” de ideias. Entretanto, o problema é saber quem são estes “*descobridores*” de ideias. Para Maurice Hauriou são aqueles da concepção hegeliana de Estado como “*forma plena do espírito objetivo*”<sup>486</sup>.

Mas não são. Os “*descobridores*” são, antes de tudo, pessoas humanas de carne e osso que buscam oferecer as melhores respostas possíveis para os seus problemas práticos a partir do contexto de uma particular sociedade.

A dignidade da pessoa humana serve de parâmetro ético para a fundação do ato administrativo, mas isto não significa que possa ser compreendido a partir de uma concepção hegeliana, nem de qualquer outra concepção metanarrativa.

Criticando a proposta de François Lyotard para a “*sociedade pós-moderna*”, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que a sua concepção metanarrativa não passa de uma grande récita omnicompreensiva e totalizante que confere à história um significado certo e unívoco, transportando a emancipação da humanidade e dando sentido à vida dos homens<sup>487</sup>.

Em verdade, diz o constitucionalista português, esta récita explica pouco e promete muito. Pior, forja paradigmas de legitimação subvertidos, como no caso da legitimação através da justiça social reconduzida à lógica da melhor prestação social, tendo a constituição dirigente se arrogado à categoria de grande récita<sup>488</sup>.

E continua dizendo que, perante a lógica da sociedade técnica, pouco ou nada as Constituições lhe podem opor, pois a tecnopolítica assume a fundamentalidade perdida pela Constituição. E, revisando a obra que marcou a sua vida e influenciou fortemente a doutrina brasileira, altera a sua própria doutrina dizendo que “*a constituição dirigente morreu*”. Morreu a constituição metanarrativa da transição para o socialismo e para a sociedade sem classes<sup>489</sup>.

É por isso que a aproximação do ato administrativo às “*políticas públicas*” ganha importância no contexto do direito administrativo, possibilitando que o aspecto organizacional do Estado da infraestrutura concretize adequadamente o Direito, tarefa esta

---

<sup>485</sup> HAURIU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.24-25.

<sup>486</sup> Novamente: MARÍAS, Julián. **História da filosofia**, p.358.

<sup>487</sup> J.J. Gomes Canotilho. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In “**Brancos**” e **interconstitucionalidade**. Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional, p. 154.

<sup>488</sup> *Ibidem*, p.155.

<sup>489</sup> *Ibidem*, p. 155-156.

que não pode ser concluída apenas com as récitas de um Estado prestador meramente voluntarista<sup>490 491</sup>.

#### 2.3.4.2. O caráter ordenador da *rule of law*

É realmente muito difícil encontrar parâmetros através dos quais o sujeito agente deve se guiar para praticar o ato administrativo. Na tradição do *civil law* esta dificuldade é ainda maior em razão da postura de tentar reduzir tudo à norma jurídica escrita e codificada, herança do direito administrativo francês.

Na tradição do *commow law*, por outro lado, o esforço por encontrar o direito fora da norma jurídica escrita faz parte do cotidiano da comunidade jurídica, não causando grande furor.

É consagrada a expressão *rule of law* para designar de uma maneira genérica toda uma ordem jurídica disposta contra o arbítrio<sup>492</sup>. Conquanto não seja o propósito nem a pretensão do trabalho definir uma expressão tão complexa e multifacetada como esta, o fato é que *rule of law* representa uma grande ideia diretriz dos povos anglo-saxões. É muito natural nos países de língua inglesa enxergar um direito muito além das normas jurídicas escritas.

Paolo Grossi na introdução da tradução brasileira da obra romaniana, destaca a importância da experiência do *commow law* na leitura das “*exigências objetivas*” da realidade e na tarefa de ordená-las sob a égide do senso de responsabilidade, traduzidas em princípios e regras de convivência humana, destacando assim a necessidade de princípios seguros, que não são gerados por nenhuma teologia política e que, mesmo elásticos - disponíveis para serem

---

<sup>490</sup> Chegando à mesma conclusão, embora com os olhos ainda voltados no Estado prestador, vide: HACHEM, Daniel Wunder. Administração Pública inclusiva e os instrumentos jurídicos-administrativos de concretização do princípio da igualdade. In: MARRARA, Thiago, **Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências** (org.), p.391-460.

<sup>491</sup> No recente julgamento do RE 657.718-MG de 22/05/2019 o STF não deixou escapar o aspecto organizativo das políticas públicas de medicamentos experimentais, aderindo de alguma maneira à crítica sobre os “direitos insaciáveis”.

<sup>492</sup> A doutrina revela que a expressão *rule of law* significa a supremacia do Direito, tendo sido proposta por Dicey há um pouco mais de cem anos, embora a sua origem seja a Magna Carta de 1215, reconhecendo que este conceito é muito amplo, muito antigo e capaz de mudar de significado ao longo do tempo, bem como que, embora seja um produto típico do *common law*, não constitui monopólio de nenhum país. MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. *Rule of law y Estado de Derecho*. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXVII (separata). p.57-115. Coimbra: 2001, p.63-66.

aplicados em contextos diversificados, inclusive de transformações ou experiências -, contém um núcleo rígido essencial <sup>493</sup>.

Essas “*exigências objetivas*” de que fala o jurista italiano têm exatamente a substancial função ordenadora, de maneira que, por consequência, podem ser utilizadas como modelos, tanto para futuros atos legislativos como para a proteção da própria sociedade contra a vontade arbitrária do poder econômico <sup>494</sup>.

Paolo Grossi, em obra de mão própria, destaca que o Direito não pode estar vinculado ao poder político como comando de um superior a um inferior (*top-down*), sendo esta visão uma visão imperativista, que identifica Direito e norma jurídica, ou seja, uma única fonte jurídica, uma visão autoritária que gera um alto custo para a sociedade. Custo que, segundo o jurista italiano, poderia ser atenuado por uma visão ordenamental que pode ser encontrada em diferentes culturas ao longo da história e também atualmente na civilização do *common law* <sup>495</sup>.

Mas o que a tradição brasileira, herdada da tradição continental europeia, tem a ver com o *commow law*?

Tudo a ver. Primeiro porque o *commow law* revela o quão importante é a tradição para toda e qualquer sociedade, inclusive para a sociedade brasileira. De acordo com o pensamento de Alasdair Macintyre exposto acima, não existe racionalidade prática, nem concepção de justiça fora do contexto da tradição de uma particular sociedade <sup>496</sup>.

A tradição continental-europeia que foi herdada pelo direito administrativo brasileiro parece ter vindo só pela metade: só a parte relacionada mais diretamente à concepção francesa do direito escrito e codificado em normas jurídicas, ficando para trás, infelizmente, a noção de comunidade que é muito forte na península ibérica <sup>497</sup>.

---

<sup>493</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.28.

<sup>494</sup> *Ibidem*, p.29.

<sup>495</sup> Mitologias jurídicas da modernidade, p.15-16.

<sup>496</sup> Por isso não se pode confundir o conceito macintyreano de “*tradição*” (como ponto de partida na busca dialética do bom e do justo) com a ideia de conservadorismo. Este último sentido não é incomum e acaba embaralhando as vistas até mesmo da boa doutrina de teoria política que a confunde com a ideia de que a “*realidade deve permanecer inquestionada e indiferente ao que é bom e justo*”. Vide: BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p.63. E também embaralha as vistas da doutrina neoconstitucionalista que afirma que “*el Estado constitucional está em contradicción com esta inercia mental*” (da “*la fuerza de la tradición*”). Vide: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.33.

<sup>497</sup> Num país como o Brasil, salvo algumas *microcomunidades* (e.g. das indígenas), a ausência de norma jurídica escrita muitas vezes é percebida como um cheque em branco para fazer o que bem entender sem muita preocupação com a comunidade. Aliás, não raras vezes sequer existe uma preocupação com as normas jurídicas que são escritas, o que significa que a norma jurídica escrita por si só, a partir de fora, não é capaz de tornar o brasileiro em geral mais sociável.



Em segundo lugar, porque o *rule of law* não constitui monopólio dos países anglo-saxões, tendo havido atualmente inclusive uma aproximação mútua entre o *commow law* e o sistema continental europeu. Aliás, conforme destaca a doutrina portuguesa, tem havido uma aproximação maior deste último, inclusive do tradicional *Rechtsstaat* alemão e da própria União Europeia, em relação àquele<sup>498</sup>.

Isto porque fica cada vez mais evidente que o direito, no sistema do *commow law*, não nasce do dia para a noite por força de mera norma jurídica formal, existindo pois uma ideia diretriz muito forte arraigada na sociedade anglo-saxônica que é traduzida no conceito de *rule of law* e que começa a ser percebida e compartilhada também no continente.

O *rule of law* é substancialmente um conceito ordenamental que reflete a ideia de ordenamento jurídico enquanto organização das regras de convivência humana, diferente, portanto, do mero arbítrio das vontades radicais ou mesmo do caos.

O *rule of law* não está imune à críticas da doutrina, obviamente. E uma delas chama a atenção para o “*caráter sombrio da judicatura*” por não praticar uma “*jurisprudência de valores*”<sup>499</sup>.

A crítica pode ter razão quando realiza o diagnóstico: a judicatura pode realmente ser “*sombria*” se esconder, a pretexto de neutralidade, uma ética que só consegue enxergar os “*bens de eficiência*”, recusando-se assim a reconhecer os “*bens de excelência*” que não são perceptíveis por um mero cálculo utilitário. Mas a crítica não parece ter razão quando apresenta a solução: praticar uma “*jurisprudência de valores*”. E a inadequação do decisionismo-voluntarista da doutrina de valores já foi exposta antes (vide supra: 2.3.4.). Não parece ser realmente a melhor solução.

O *rule of law* talvez ainda não consiga enxergar a importância da ética dos “*bens de excelência*”, mas não se pode perder de vista que a concepção norte-americana de Administração Pública é bem diferente tanto da concepção continental europeia quanto da concepção brasileira.

A concepção norte-americana de Administração Pública está muito mais próxima da sociedade civil do que a concepção à francesa, tanto que naquela a ideia de governo prevalece sobre a de Estado. Isto significa que a atuação administrativa já nasce, ou seja, já é concebida

---

<sup>498</sup> MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. *Rule of law y Estado de Derecho*. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXVII (separata). p.57-115. Coimbra: 2001, p.103.

<sup>499</sup> MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. *Rule of law y Estado de Derecho*. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXVII (separata). p. 57-115. Coimbra: 2001, p.89.

e fundada dentro de um contexto democraticamente um pouco mais substancial do que no modelo weberiano em que atuação administrativa é mais centralizada e mais verticalizada <sup>500</sup>.

Demais disso, além desta concepção de governo mais horizontal, não se pode perder de vista que o próprio *judicial review* tem dividido espaço na doutrina norte-americana com uma concepção mais ampla de direito administrativo que tenta compreender “como” as decisões administrativas são tomadas e implementadas, incluindo desta forma no seu objeto de estudo a sua perspectiva interna da decisão administrativa <sup>501</sup>, o que não deixa de ser um ponto de vista da “*primeira pessoa*”, mais adequado do que o ponto de vista externo da “*terceira pessoa*”.

Ao que parece, até a doutrina norte-americana, que sempre teve em alta conta o sistema do *judicial review* ancorado no *rule of law*, já percebeu a importância de tirar o foco do ponto de vista exclusivo da “*terceira pessoa*”. Talvez não seja ainda uma concepção ética que valoriza os “*bens de excelência*”, mas não deixa de representar um ponto de vista diferente daquele do sujeito da “*terceira pessoa*” do *judicial review*.

A doutrina parece estar voltando os olhos para essa visão mais ampla que tende a privilegiar a decisão administrativa por dentro. E este parece ser um sinal claro de que o direito administrativo se justifica e tem razão de ser, não por ser dotado de um contencioso administrativo (dupla jurisdição), mas sim exatamente por servir de parâmetro para o exercício responsável do poder por parte daquele que de alguma maneira exerce algum tipo de governo <sup>502</sup>.

O fato é que parece possível concluir, com apoio na doutrina nacional e europeia, que o conceito de *rule of law* não é realmente uma exclusividade do direito anglo-saxão. É na verdade uma ideia diretriz consolidada dentro da cultura do *commow law* que valoriza o elemento tradição e que pode servir de ponto de partida para a análise do que é bom e justo em cada sociedade, que pode aproveitar a sua elasticidade (ductilidade) para em prol da

---

<sup>500</sup> Em sentido contrário, criticando o fato de que nos países anglo-saxões a ciência política se distanciou da teoria geral do Estado ao reconhecer que a política tem lugar fora do Estado, se desconectando dele e passando a correr à margem das formas e das competências, de maneira a dificultar o diálogo entre direito e política, vide: BUCCI, Maria Paula Dallari. **A Teoria do Estado: Entre o político e o jurídico**, p.66-67.

<sup>501</sup> Citando a doutrina norte-americana (Pierce, Shapiro e Verkuil e ainda Stewart), vide: MEDAUAR, Odete. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.55-56.

<sup>502</sup> Por isso, parece difícil negar uma aproximação do *rule of law* ao sistema continental europeu como fez Dicey ao dizer que não havia direito administrativo na Inglaterra porque, conforme relata Jean Rivero “*o rule of law... não podia se dissociar da commow law, da submissão de todos, governantes e governados, ao mesmo direito e ao mesmo juiz; conclusão, nós ingleses não temos direito administrativo e não queremos ter*”. Apud MEDAUAR, Odete. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.40, NR n.47. Esta aproximação também é reconhecida pela própria Odete Medauar (*ibidem*, p.51).

comunidade contra os abusos do poder estatal, bem como contra o arbítrio da vontade radical do poder econômico<sup>503 504</sup>.

É interessante notar que a chamada “*americanização*” do direito<sup>505</sup> não parece ter como causa apenas a exportação de modelos tipicamente americanos como as agências reguladoras ou as autoridades independentes, mas sim algo bem mais profundo, mais substancial, que pode ser exatamente essa concepção organizativa latente no *rule of law*.

A própria Comunidade Europeia, aberta à influência do *commow law* dos ingleses, parece ser exemplo disto, já que, conforme exemplifica Paolo Grossi o Tribunal de Justiça da Europa interpretou o seu próprio papel de maneira a ir muito além do papel de mero organismo judiciário, se tornando um dos motores principais - se não o principal - na formação do direito europeu, gerando assim, impulsionado pelo factual, uma normativa de índole claramente regulamentar<sup>506</sup>.

Talvez por isso, se possa falar não propriamente numa “*americanização*” do direito, mas sim numa “*commowlização*” do Direito. A doutrina administrativista brasileira já percebeu isso, não há muita dúvida, mas talvez ainda não tenha percebido justamente esse caráter ordenador do *rule of law* que parece ser uma das grandes respostas substanciais que o direito administrativo pode oferecer à sociedade contemporânea contra a vontade radical do Estado legalista<sup>507</sup>.

Portanto, parece possível concluir que o ato administrativo, mais do que a lei formal, nunca tem diante de si uma folha de papel em branco, devendo muito pelo contrário sempre tomar como ponto de partida a realidade prática de uma dada sociedade em determinado tempo e lugar.

---

<sup>503</sup> A doutrina portuguesa, após revisão bibliográfica, conclui que o *rule of law* é mais pobre e imperfeito do que o *Rechtsstaat*, mas que, apesar da sua inferioridade técnica, ele é, na prática, igual ou superior às melhores versões do Estado de Direito. MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. *Rule of law y Estado de Derecho*, p.110. Em sentido contrário, entendendo que no sistema continental europeu a solução para os problemas da legalidade passam pela “*melhoria da técnica legislativa*”, vide: MONCADA, Luís Cabral de. *Rule of law*, procedimento normativo e legalidade. In Estudos de Direito Público, p.134-136.

<sup>504</sup> O *rule of law* não impede que haja melhorias na técnica legislativa, uma vez que o institucionalismo não é incompatível com a lei formal, mas apenas defende que ela não detém o monopólio do direito.

<sup>505</sup> Citando SABINO CASSESE, MEDAUAR, Odete. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. . 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017., p.57.

<sup>506</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. . Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. (introdução), p.29.

<sup>507</sup> O constitucionalismo contemporâneo já percebeu essa realidade ao chamar a atenção para o fato de que “El ‘Rechtsstaat’, por cuanto concebido desde un punto de vista iusnaturalista, tiene em mente um derecho universal y atemporal. Para el ‘rule of law’, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas” [...], demonstrando assim a “*existencia de alternativas basadas em concepciones no absolutistas de la ley*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.26-27.

A doutrina portuguesa já percebeu essa realidade <sup>508</sup>.

E não só a realidade prática do presente, mas também a do passado e a do futuro, o que deve ser analisado a seguir.

#### 2.3.4.3. Os costumes: a democracia expandida no tempo passado

Quando se pensa numa tradição, uma análise retrospectiva ao passado se torna inevitável. Os costumes passam a ganhar relevância como fonte do direito a partir da qual a racionalidade prática pode ser exercida.

Como já observado, a abordagem das “*políticas públicas*” proposta pela jurista Maria Paula Dallari Bucci chega muito perto do institucionalismo clássico, a ponto de dizer, apoiando-se no pensamento schmittiano, que na teoria geral do direito se deve valorizar a sua “*elaboração espontânea*” por parte das comunidades com base em seus “*sentimentos*”, bem como costumes, regularidades e a previsibilidade do ordenamento, ideias que, segundo ela, também estariam presentes no neoinstitucionalismo jurídico mais recente que considera que não são as normas que constituem as instituições, mas sim, ao contrário, as instituições que dão força às normas <sup>509</sup>. A sua proposta é de que deve haver “novo tratamento para a construção do direito estatal, com forte peso do processo social que lhe dá origem, no sentido do institucionalismo romaniano, ‘o direito são as normas e o que põe as normas’” <sup>510</sup>.

A conclusão da jurista paulista é mais compatível a concepção institucional de Maurice Hauriou do que com a teoria do ordenamento jurídico de Santi Romano, uma vez que continua fortemente fundada na exclusividade do ordenamento estatal. É verdade que o jurista italiano também admite a instituição-Estado, mas é verdade também que ele coloca o foco nas demais instituições formadas no seio da sociedade.

---

<sup>508</sup> “Ao elaborar as leis deve o legislador ter em linha de conta que as necessidades sociais para as quais vai dispor não se desenvolvem num mundo anárquico à espera dos seus bons esforços que a partir do exterior introduziriam alguma racionalidade, no sentido de coerência, numa sociedade civil com tendência para o caos. [...] O que sucede é que, pelo contrário, a sociedade civil à espera da regulamentação já se encontra na maior parte dos casos organizada de acordo com determinados esquemas de orientação que são muito mais perfeitos do que qualquer legislador que o não saiba interpretar possa pensar. Ai estão três séculos de pensamento económico a prová-lo [...] em vez de pretender criar a partir do zero a disciplina jurídica deve absorver os critérios de organização já dados, a estrutura real das coisas, para depois melhorar a disciplina [...] a natureza da coisas contrabalança assim a natureza política da vontade legislativa [...]”, vide: MONCADA, Luís Cabral de. Contributo para uma teoria da legislação. *In: Estudos de Direito Público*, p.321-322.

<sup>509</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.229.

<sup>510</sup> *Ibidem*, p.234.

O fato é que o núcleo da proposta de Maria Paula Dallari Bucci parece ser incompatível com o pensamento romaniano, porquanto nega justamente aquilo que ele tem de mais essencial: o seu pluralismo jurídico.

Enquanto para a jurista paulista o pluralismo ocorre apenas no interior do Estado, que continua sendo a única fonte de produção do direito<sup>511</sup>, para Santi Romano, o pluralismo vai muito além para reconhecer todas as fontes do direito e não apenas o direito estatal, conforme já analisado antes.

E a diferença não é pequena em termos de democracia substancial, pois enquanto para o institucionalismo clássico romaniano o homem sociável é um sujeito ativo na produção do Direito, na proposta neoinstitucionalista, o homem deixa de ser considerado em toda a sua plenitude, sendo assemelhado mais a um objeto da vontade do Estado que passa a ser considerado, no fim e ao cabo, o único sujeito produtor do direito.

Cabe frisar que o costume que interessa aqui não é a concepção vulgar que o associa ao mero hábito ou repetição de comportamento de um indivíduo isolado, mas sim uma ideia diretriz de uma particular comunidade (do homem sociável) que permite fundar uma instituição. O costume está relacionado assim à realidade prática, de maneira que também pode, portanto, servir de ponto de partida para a prática do ato administrativo.

É importante perceber um detalhe: não é o costume (compreendido como “usos de fato”) em si mesmo que gera o direito, mas sim a sua combinação como as “*vontades paralelas*” (elemento subjetivo), bem como com o procedimento (elemento procedimental). Com efeito, o costume deve ser entendido como direito costumeiro independente em relação à norma jurídica, que é outra coisa. O tema será retomado mais a frente quando da análise dos títulos habilitadores do poder (vida *infra*: 3.7.4.2.).

Embora muitas vezes relegada ao limbo, como se fosse possível conceber uma atuação administrativa engessada, legalizada nos mínimos detalhes, a adoção do direito costumeiro nunca foi completamente apagada da realidade da Administração Pública, talvez até pela impossibilidade lógica de fazer desaparecer a própria realidade prática.

Aliás, não à toa, Hely Lopes Meirelles reconhecia que o costume exercia influência no direito administrativo brasileiro justamente em razão da deficiência da legislação, dizendo que “a prática administrativa vem suprindo o texto escrito, e, sedimentada na consciência dos

---

<sup>511</sup> É um pluralismo normativo, independentemente do tipo de neoinstitucionalismo (da escolha racional, sociológico, histórico etc.).

administradores e administrados, a praxe burocrática passa a suprir a lei, ou atua como elemento informativo da doutrina”.

O seu pensamento expresso neste texto chega muito próximo da concepção institucionalista do ordenamento jurídico ao mencionar as seguintes expressões: *i*) sedimentada na consciência (próximo do elemento objetivo da ideia diretriz), *ii*) dos administradores e administrados (próximo do elemento subjetivo das vontades paralelas) e *iii*) praxe burocrática (próximo do elemento procedimental) <sup>512</sup>.

De qualquer forma, parece reforçar a importância do costume o seu reconhecimento explícito em norma jurídica recente <sup>513</sup>. Não que o direito consuetudinário precise de reconhecimento normativo, porquanto, segundo a teoria romaniana, o direito não se confunde com a norma jurídica, sendo preexistente a ela.

Este parece mais um daqueles paradoxos dos quais o legalismo não consegue fugir e para cuja solução acaba tendo que lançar mão de contorcionismos e subterfúgios através da utilização *e.g.* de expressões como “*orientações gerais da época*”, “*prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público*”, querendo com isso dizer que existe um direito anterior que deve ser observado pelo administrador público, embora se negando a reconhecer que o direito costumeiro também é direito, como se isto alterasse a realidade das coisas <sup>514</sup>.

O passado representa por assim dizer a democracia expandida no tempo, uma vez que permite que o homem do presente possa, tomando como referência os erros e acertos do passado, construir uma sociedade melhor para o homem do futuro <sup>515</sup>. O passado confere mais substância à democracia <sup>516</sup>.

<sup>512</sup> Direito Administrativo Brasileiro, p.47. No mesmo sentido: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.156.

<sup>513</sup> LINDB: art. 24. “[...] *prática administrativa reiterada*”.

<sup>514</sup> A doutrina não raras vezes se vê encurralada pelo positivismo, tendo que recorrer a válvulas de escape que no institucionalismo são encaradas com naturalidade a *e.g.* do chamado princípio da “*proteção da confiança*”. A respeito da origem alemã e da correlação do princípio com o ato administrativo, inclusive reconhecendo a insuficiência do positivismo jurídico, vide: RULI NETO, Antonio e RULLI, Justine Esmeralda. Segurança jurídica e ato administrativo, *In*: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**., p.179-199). Vide ainda o Enunciado do IBDA nº 17.

<sup>515</sup> Até mesmo o neopositivismo crítico, mesmo sem o conceito de tradição, defende uma história “*para hoje*”, de modo que o futuro não seja considerado um mero prolongamento do passado (com o qual se deve aprender), mas sim o resultado de um grande esforço do homem, fruto da sua responsabilidade de influenciá-lo através das melhores ações possíveis. POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem**, p.189. No mesmo sentido, cf.: ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**, p.44-48.

<sup>516</sup> Democracia substancial que está claramente sob um forte ataque de doutrinas contemporâneas (*e.g.* do “*emotivismo ético*”) que pregam a destruição do passado (“*acervo histórico/reservatório de sentidos*”), seja ele o passado homérico, o romano, o medievo, o moderno, o contemporâneo, o de ontem, o de hoje cedo e o de um minuto atrás. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.23-52.

#### 2.3.4.4. O papel dos *standards*: uma referência racional

O costume não é a única fonte não normativa do direito.

Existem diversas outras realidades que, conquanto não traduzidas em normas jurídicas, também podem servir de referência para a fundação do ordenamento jurídico concreto, vale dizer, para a prática do ato administrativo.

A fonte não normativas que ora se pretende abordar é conhecida no *commow law* como *standards* ou diretivas, aqui agrupados apenas por conveniência para transmitir a percepção de que se trata de uma criação primária da autolimitação do poder na realidade concreta da sociedade.

Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior, o *standard* não diz o que deve ser feito, não enuncia nenhuma regra de conduta e não obedece à lógica binária do permitido-proibido<sup>517</sup>.

Os *standards*, com efeito, são elaborados com o objetivo de organizar o poder de maneira a fixar referências para a atuação da autoridade e da sociedade e, ao mesmo tempo, tornar mais claro e previsível a todos quais são estas referências<sup>518</sup>.

Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior, o *standard* desempenha uma função muito semelhante à função dos princípios gerais do direito em razão do seu papel homogeneizador, fundando o espaço do consenso sobre as medidas e limites do jurídico e do não-jurídico, bem como conciliando os diversos poderes e interesses institucionais<sup>519</sup>.

Note que estes princípios gerais do direito, adotados como máximas do Direito (*eg.* do direito romano: *neminem laedere, honeste vivere e suum cuique tribuere*), não podem ser confundidos com os chamados princípios jurídicos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência etc.), que são considerados pela doutrina como (super) normas jurídicas e não apenas princípios gerais meramente orientadores.

A diferença básica ao que parece está no fato de que, enquanto os *standards* e as diretivas acabam sendo materializadas por escrito, embora não necessariamente em norma jurídica, os princípios gerais do direito acabam ficando num contexto mais abstrato, não-escrito, mas que nem por isso perde a importância que decorre da sua finalidade de orientação, de organização das relações sociais. Uns e outros, contudo, parecem se aproximar

---

<sup>517</sup> Carl Schmitt e a fundamentação do direito, p.92-93.

<sup>518</sup> Defendendo que o direito administrativo brasileiro deve contar com algum grau de uniformidade e racionalização jurídica, tanto de caráter geral (*rulemaking processes*) como de caráter concreto (*adjudication*), vide: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.237

<sup>519</sup> Carl Schmitt e a fundamentação do direito, p.93.

da concepção institucional do direito, de maneira que se pode dizer que, mesmo na qualidade de *soft law*, podem desempenhar um papel jurídico melhor e mais adequado do que as próprias normas jurídicas (*hard law*), ou seja, podem ser substancialmente mais legítimos do que estas últimas que aparecem sempre amarradas ao elemento coerção.

Aliás, recentemente, o legislador brasileiro alterou a LINDB para expressamente admitir a existência de padrões (não normativos) com essa finalidade organizativa, como os regulamentos, as súmulas administrativas e as respostas às consultas <sup>520</sup>.

Reconheceu, conquanto em menor extensão e apenas sob o argumento da segurança jurídica, que *standards*, diretivas e decisões meramente administrativas também constituem direito. Em menor extensão porque no parágrafo único do art. 30 logo tratou de renegar novamente o caráter jurídico desses padrões em relação à toda a sociedade, limitando-se a aceitá-los apenas em relação aos órgãos ou entidades (presume-se, aquelas ligadas ao Estado) a que se destinam <sup>521</sup>, como se a sociedade também não devesse se guiar pelo mesmo padrão organizativo.

Esta postura parece ser resultado do medo que o positivismo tradicional ainda mantém de reconhecer a realidade das coisas, o que o acaba levando a fazer esse tipo de malabarismo jurídico.

Por vezes, a doutrina vai dizer que essas fontes não-normativas somente são possíveis porque vigora atualmente um novo mecanismo chamado juridicidade, mais amplo do que a legalidade e que permite explicar a aceitação destas fontes diferentes da norma jurídica no contexto de uma normatividade maior <sup>522</sup>.

Observe que o princípio da juridicidade não é ruim, porquanto de fato amplia a estreiteza do pensamento normativista puro <sup>523</sup>, mas ainda pode ser melhor compreendido se

---

<sup>520</sup> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

<sup>521</sup> Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

<sup>522</sup> Entendendo que a juridicidade é um “bloco de legalidade” muito mais amplo, que pode ser denominado “princípios gerais de direito natural”, vide: MONCADA, Luiz S. Cabral de. MONCADA, Luis S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 246. O jurista português parece se apoiar na doutrina de valores de Ronald Dworkin (O império do Direito), atribuindo um significado ético ou axiológico aos princípios gerais do direito cuja importância não é objeto de preocupação do institucionalismo clássico, que, muito ao contrário, tem sérias reservas em relação à doutrina do direito natural e a ética hegeliana que está por trás dele, qual seja, a de que é o Estado o seu único e supremo intérprete e tradutor (vide *supra*: 2.3.4.).

<sup>523</sup> O alargamento do princípio da legalidade encontrou no francês Charles Eisenmann um dos seus principais expoentes, representando uma profunda alteração da sua concepção originária rumo à ideia de um princípio da “não contrariedade” ou “da conformidade”. O direito administrativo. *In*: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: RJ, abr-jun. 1959, vol.56. p. 47-70.



se admitir que existe um direito vivo, real, pulsante, fora da norma jurídica que é tão ou mais valioso do que aquele produzido exclusivamente dentro da norma jurídica.

Caso contrário, daqui a pouco, a juridicidade também já não dará conta de resolver todas as realidades da sociedade contemporânea e então um novo princípio jurídico supostamente mais sofisticado terá que ser elaborado no seu lugar, e depois outro, e assim sucessivamente.

Aliás, o grande perigo do princípio da juridicidade é justamente o extremo oposto do legalismo: o supersubjetivismo. Embora os resultados possam ser os mesmos (o voluntarismo), conforme já exposto, a juridicidade pode transferir a arbitrariedade do legislador para a arbitrariedade do juiz Hércules da doutrina dos valores, de maneira que, como consequência, o juiz tudo possa ao mesmo tempo em que o administrador nada possa, o que pode acabar levando (e tem levado) à completa paralisia da Administração (Estado e Sociedade), carente de parâmetros objetivos aos quais se apegar para buscar construir o bem comum <sup>524</sup>.

Além desse aspecto, não parece muito lógico admitir que um padrão possa valer, ou seja, possa ser considerado jurídico para uns (Administração Pública), mas não para outros (administrados). O paradoxo positivista se explica: é mais uma vez a velha ideia da coerção e o medo de dizer que os administrados não podem ser obrigados a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O direito administrativo é muito mais rico do que este tipo de raciocínio.

O administrado, quer a lei formal queira ou não, é sempre atingido pelos efeitos das fontes não-normativas, sejam eles efeitos indiretos, mediatos, preventivos ou prováveis. E ficar preso na discussão estreita do princípio da legalidade não contribui em quase nada para a solução deste problema prático. E então, não o resolvendo, poderá já ser tarde para o administrado buscar apenas o posterior controle judicial normativista, que terá diante de si apenas um corpo morto, ou seja, a patologia de um ato administrativo já praticado e que só pode ser analisado a partir de um ponto de vista externo e estático de um esquema binário

---

<sup>524</sup> Bem por isso entendo que nem mesmo as revisões contemporâneas realizadas pela escola kelseniana parecem suficientes para resolver o impasse, uma vez que a decisão judicial continua sendo enfocada sob o ponto de vista da “terceira pessoa”, ou seja, continua desconhecida “por dentro”, não sendo suficiente dizer que a teoria passa a contemplar o elemento político da norma jurídica.

(válido/inválido), representando assim uma grande perda em termos de democracia substancial<sup>525</sup>.

Conforme bem observa Sabino Cassese, o jurista é bom em dissecar “*corpos mortos*”, mas deve aprender a adotar uma abordagem evolutiva das instituições, analisando e estudando “*instituições vivas*”<sup>526</sup>.

Deixar de analisar todo o contexto do *standard* ou da diretiva, toda a história do seu processo decisório, deixando de “*abrir a sua caixa preta*”, realmente parece causar prejuízo à democracia substancial, mormente se se considerar que o controle judicial apenas substituiu o arbítrio da Administração Pública pelo arbítrio certo do juiz, deixando-se escapar a possibilidade de qualquer debate construtivo, dialógico e sinérgico acerca da racionalidade intrínseca desta fonte não-normativa.

Aliás, todos os órgãos de controle (*e.g.* Tribunais de Contas e Ministério Público) podem desempenhar um papel mais adequado na sociedade se, sem prejuízo do controle propriamente dito, normalmente repressivo e *a posteriori*, perceberem o seu real papel de colaboradores ativos na fundação do ato administrativo através exatamente da formulação de padrões objetivos que sejam capazes de auxiliar o administrador público na tomada da decisão administrativa. O foco deixa de ser menos repressivo, desconstrutivo e impositivo para se tornar mais preventivo, construtivo e diretivo<sup>527</sup>. Menos ponto de vista da “*terceira pessoa*”, externa e controladora, e mais ponto de vista da “*primeira pessoa*” que ajuda a compor o ato administrativo, ainda que não atue na sua prática.

Com efeito, os *standards*, as diretivas e outras fontes não-normativas podem servir de parâmetro para a prática do ato administrativo, não sendo lógico nem razoável na sociedade contemporânea exigir que a atividade administrativa esteja inexoravelmente vinculada à lei formal ou mesmo à sua parente mais nova denominada “juridicidade”.

#### 2.3.4.5. As gerações futuras: a democracia expandida no tempo futuro

---

<sup>525</sup> Conquanto depositando todas as fichas no juiz, a doutrina civilista deu passos importantes para a tutela emancipatória da pessoa humana, criticando a insuficiência do binômio repressão-ressarcimento do “*aspecto patológico das relações jurídicas*”. TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas**, p.XXV.

<sup>526</sup> Reestruturando o Estado: do Estado-nação à comunidade política global. In BUCCI, Maria Paula Dallari e GASPARDO, Murilo (org.). **Teoria do Estado: sentidos contemporâneos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.265-266.

<sup>527</sup> Cf.: o acordo de cooperação assinado em 19/02/2020 entre o MPF e o Governo Federal para viabilizar ações conjuntas nos setores portuário e de transportes ferroviário, rodoviário, aquaviário, aeroportuário e aeroviário, in <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-assina-acordo-de-cooperacao-com-ministerios-da-economia-e-da-infraestrutura>. Sugerindo um papel preventivo ao TCU, vide: PEREIRA, Cesar. Arbitragem e Administração Pública: função administrativa e controle externo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**, p.263.

Se os costumes permitem encontrar pontes entre o passado e o presente, facilitando o reconhecimento da ideia diretriz latente na sociedade, os *standards*, por sua vez, permitem construir pontes entre o presente e o futuro, conseguindo balizar as atividades presentes e também futuras numa dimensão preventiva e prospectiva do direito <sup>528</sup>.

A capacidade de planejar o futuro é uma das características mais próprias do ser humano, de modo que é natural que utilize o direito para exercer alguma previsibilidade. Mais um indício de que o homem não é inerte, mas sim ativo, um “*ser em ação*” e em movimento, conforme defende o institucionalismo clássico. Se a instituição é viva, pulsante, para poder continuar sendo assim deve procurar a sua própria conservação através de constante renovação, prevenindo riscos e projetando o futuro <sup>529</sup>.

Isso significa que o olhar do homem deve partir do passado e ao mesmo tempo mirar o futuro, de maneira que consiga alcançar o bem comum tanto das presentes quanto das futuras gerações <sup>530</sup>.

É desnecessário lembrar que essa referência, na visão institucionalista, não nasce necessariamente a partir da norma constitucional (CF: art. 225), mas sim a partir da própria realidade social que no Brasil constitui uma ideia diretriz da sociedade brasileira. Por mais que se queira ignorar a realidade, as futuras gerações não podem ser ignoradas, de maneira que se pode dizer que a democracia substancial também as alcança.

Assim como os mortos, as gerações passadas, não conseguem manifestar a sua vontade, as gerações futuras também não podem fazê-lo, o que não significa, entretanto, que uma democracia substancial não deva levar em conta umas e outras.

Maurice Hauriou defende que a ideia diretriz é uma realidade objetiva, originária e inerente, já que ela não acaba no subjetivismo do sujeito morto, sobrevivendo a ele. O jurista francês entende que a ideia diretriz não é mera criação subjetiva do espírito de um indivíduo

---

<sup>528</sup> Conectando a visão prospectiva do Direito (*forward-looking*) com a responsividade, a eficiência e a efetividade dos resultados administrativos, cf.: AZEVEDO, Marques Neto, Floriano. A superação do ato administrativo autista, p.98-101. Conectando-a com o “direito da organização administrativa”, cf.: BITENCOURT NETO, Eurico. **Transformações do Direito da Organização Administrativa e a Constituição de 1988**, p.75.

<sup>529</sup> A imprevisibilidade, contudo, é uma contingência insuperável que não pode ser desprezada e que, uma vez conectada com o teleológico (*telos*), projeta narrativamente a vida humana para o futuro, fazendo do homem um “*animal contador de histórias*”. MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983). p.155-187 e 362.

<sup>530</sup> Para uma visão neopositivista sobre a responsabilidade de toda sociedade na construção de um futuro melhor, vide: POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem: epistemologia evolutiva e sociedade aberta**. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2017.

determinado, uma vez que, do contrário, não seria possível conceber como ela (ideia) poderia se tornar objetiva e como consequência passar de um espírito para outro. Mas, como a ideia diretriz passa de um espírito para outro, ela deve ter desde o início uma natureza objetiva, concluindo com a frase já transcrita: “*na realidade, não há criadores de ideias; há somente descobridores*”<sup>531</sup>.

Já foi exposto acima o que a assertiva tem de certo e de errado, mas o fato é que não deve haver dúvida de que o passado importa muito numa democracia substancial. E o raciocínio não é muito diferente quanto às gerações futuras.

Segundo o institucionalismo, a ideia diretriz, sobre ser objetiva, passa da geração presente para as gerações futuras que não podem ser ignoradas na fundação de uma instituição.

O “*espírito objetivo*” tipicamente hegeliano pode não ser o melhor fundamento para levar as gerações futuras em conta (porque monológico e algoz do futuro), mas o fato é que as gerações futuras devem ser levadas em contas porque a antropologia<sup>532</sup> ensina que é próprio do homem sociável buscar a preservação da comunidade (não porque a norma constitucional exige).

As gerações futuras também terão a oportunidade de manifestar as suas vontades, mantendo ou aperfeiçoando as decisões tomadas no presente conforme a realidade prática da sua própria época. Mas também não poderão ignorar o presente, assim como o presente não pode ignorar o passado. Não existem duas realidades por assim dizer paralelas, mas apenas uma única realidade que, interligando passado, presente e futuro, se posiciona inexoravelmente diante do homem no momento de cada uma das suas decisões práticas.

Neste aspecto, Santi Romano percebeu melhor do que Maurice Hauriou que a instituição “se transforma em uma unidade contínua, em um corpo social, cujos elementos variam segundo a sua constituição, que foi e é diferente conforme os lugares e os tempos”<sup>533</sup>.

Nesse passo, quando da construção das suas instituições, a geração presente deve ter em conta as gerações futuras que, por sua vez, também devem ter a chance de construir as suas próprias instituições a partir daquelas instituições que entender por bem preservar,

---

<sup>531</sup> HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009. p.24-25.

<sup>532</sup> Apoiando-se na antropologia, conquanto numa perspectiva do vitalismo cultural, cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.63-65.

<sup>533</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.107.

aperfeiçoando-as naquilo que for necessário para o bem comum <sup>534</sup>. A vantagem é que poderão contar com alguma referência, algum ponto de partida. Se vão ou não aproveitá-las é outra história <sup>535</sup>.

O ato administrativo não pode fugir deste esquema teórico.

E mais. Olhar para as futuras gerações também produz como consequência a extensão do ângulo de visão sobre o ato administrativo, de uma perspectiva estática para uma perspectiva dinâmica, permitindo considerar os seus efeitos, além do processo decisório, para aquilo que se poderia convencionar chamar de pós-processo decisório (implementação, monitoramento, avaliação etc.) <sup>536</sup>.

O direito administrativo do risco, *e.g.*, altera a lógica do ato administrativo, de estática (princípio da estabilidade) para dinâmica (princípio da atualização), cujo pressuposto é a afirmação de um “*tempo dialético*” <sup>537</sup>, ou seja, de uma continuidade entre passado, presente e futuro na atividade administrativa em vistas às necessidades públicas reais e concretas através da realização de iniciativas particulares em um quadro de colaboração a bem do interesse geral <sup>538</sup>.

Observe, entretanto, que não se pode deixar de reconhecer certa problemática quanto a este aspecto. A questão da provisoriedade e da experimentação no direito administrativo não pode ser abordada sem muita cautela.

É que, a despeito da sua provisoriedade e experimentação, não se pode admitir uma decisão administrativa fora de um esquema de racionalidade coerente e adequado, como se existisse uma brecha, uma fenda conduzente a uma realidade paralela na qual um tipo diferente de direito (irracional) pudesse ser construído.

Sob o pretexto da provisoriedade e da experimentação, o sujeito agente não pode se eximir da responsabilidade ética resultante da sua decisão administrativa. Deve decidir com sagacidade, mas não com irresponsabilidade. Uma decisão provisória ou experimental é uma decisão do sujeito agente da “*primeira pessoa*” tal como qualquer outra decisão, não podendo

<sup>534</sup> Considerando que o futuro não pode ser considerado um mero prolongamento do passado, cf.: POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem**, p.189. No mesmo sentido é o conceito macintyreano de “*tradição*” (ponto de partida na busca dialética do bom e do justo e não mero conservadorismo).

<sup>535</sup> Esta é mais uma razão pela qual não se podem admitir as doutrinas desconstrutivistas do chamado pós-modernismo que, levadas às últimas consequências, podem comprometer não apenas a presente geração como também e principalmente as futuras gerações.

<sup>536</sup> Esta me parece ser outra limitação do pensamento kelseniano, já que a decisão do gestor ou do juiz que completa o ato administrativo acaba por colocar por assim dizer um ponto final na sua formação.

<sup>537</sup> A expressão “*tempo dialético*” é atribuída a Mark Van Hoecke. Vide: GOMES, Carla Amado. **Mudam-se os tempos, mudam-se os actos administrativos...**, p.249.

<sup>538</sup> *Ibidem*.

ser desclassificada para uma subespécie de decisão, uma meia-decisão de um “*pensamento móvel*”<sup>539</sup>, ou para uma decisão inexorável que é imposta a partir de fora por um sujeito agente da “*terceira pessoa*” ou por um fato qualquer determinista<sup>540</sup>.

Este novo olhar tem trazido muita dinamicidade ao Direito, inclusive emprestando-lhe novos conceitos como no exemplo abaixo<sup>541</sup> (fig.08):

Os sistemas de “*sandbox* regulatório” e de “*sandbox* setorial”, verdadeiros atos administrativos provisórios, têm sido utilizados pelo BC no sistema financeiro brasileiro. (fig.08)

É neste contexto que interessa a “*legitimação pelo resultado*” que permite verificar se o ato administrativo continua cumprindo a função para a qual foi concebido ou não. Em outras palavras, se poderia utilizar o termo sustentabilidade para melhor expressar a ideia, que não é exclusiva do direito ambiental, de que toda e qualquer decisão humana, desde uma atividade empresarial até uma atividade administrativa propriamente dita<sup>542</sup>, mais do que ser feita para durar no tempo, deve ser sustentável do ponto de vista dos “*bens de excelência*” a que se refere Alasdair Macintyre.

Aliás, quando se fala em sustentabilidade e futuras gerações, se deve ter em conta o princípio conhecido como “*responsabilidade intergeracional*” que também não pode ser considerado uma exclusividade do direito ambiental e que pode, portanto, muito além, constituir pressuposto de qualquer atividade humana<sup>543</sup>.

<sup>539</sup> O “*pensamento móvel*” como concepção de vida na angústia, entre a náusea e o prazer, à espera da morte, não parece adequado, porquanto, mesmo na provisoriedade (“*canteiro de obra*”), é preciso sempre tentar fazer o melhor possível como se fosse definitivo, já que sempre existe algo antes e algo depois da mudança. Naquele sentido inadequado, cf.: FERRAZ, JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.117. Neste sentido mais adequado, cf.: ARISTÓTELES. *Metafísica*, Livro IV, 1010a15-22.

<sup>540</sup> Sobre a “*jaula de ferro*”, cf.: TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**, p.99.

<sup>541</sup> Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/inova-acao/banco-central-ganha-premio-de-melhor-iniciativa-de-sandbox-do-mundo-04092019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/inova-acao/banco-central-ganha-premio-de-melhor-iniciativa-de-sandbox-do-mundo-04092019). Acesso em 05/09/2019.

<sup>542</sup> A doutrina destaca a importância do elemento futuro na atividade de regulação do Estado: “Por fim, há uma outra dimensão das finalidades do Estado que aqui tem de se sublinhar: referimo-nos à exigência de considerar alguns “*future-looking aspects of the public interest*”; eis o que decorre do dever fundamental do Estado de proteger os interesses das gerações futuras, não permitindo que o bem-estar futuro seja posto em causa pelas conveniências de curto prazo. Esta orientação de bom senso, que se aplica à própria actuação do Estado, poderá ter implicações, por exemplo, no domínio do investimento em infra-estruturas (v.g., na actualização de redes) ou no da imposição de exigências de armazenamento (v.g., de recursos energéticos). GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. Estado de Garantia e Mercado. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. vol. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), 2010, p.97-128.

<sup>543</sup> Para uma visão panorâmica do princípio da responsabilidade intergeracional com o acento tônico nos deveres (e não apenas direitos) fundamentais e na democracia substancial, vide: MODESTO, Paulo. Disponível em:

A ideia de responsabilidade intergeracional parece desempenhar o papel de ponte das pontes, ou seja, de ponte que liga o passado ao presente e estes dois ao futuro, num movimento que pode reforçar a democracia no seu aspecto substancial ao permitir o adequado planejamento de todas as ações humanas através de uma análise madura, objetiva e que respeita os homens de todos os tempos enquanto pessoa humana, valorizando assim o aspecto alteridade que marca as relações sociais, bem como devolvendo à sociedade o poder de construir de forma colaborativa as melhores soluções possíveis para o presente e para o futuro<sup>544</sup>.

Portanto, é necessário reconhecer que a teoria da instituição e do ordenamento jurídico concreto pode não ser mesmo perfeita, mas não se pode negar que ela é melhor e mais adequada do que as teorias por assim dizer dos esquemas teóricos omnicomprensivos, do homem feito objeto (metade-homem-metade-coisa), das revoluções sanguinárias<sup>545</sup> etc. E a ética da “*primeira pessoa*” pode contribuir muito para lhe assegurar uma legitimidade democrática mais substancial ainda.

#### 2.3.4.6. A discricionariedade contemporânea: arbítrio ou razão?

A questão da discricionariedade administrativa está diretamente relacionada com a pergunta “o que” se decide, uma vez que envolve exatamente a liberdade do administrador público de decidir o que fazer no caso concreto.

Conforme exposto, a concepção inicial do ato administrativo era a de que ele desempenhava o papel de mero executor da lei, de maneira que não se poderia reconhecer qualquer liberdade ao gestor público para a sua prática. Somente o legislador poderia lhe dizer o que fazer.

---

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/uma-introducao-a-teoria-da-justica-intergeracional-e-o-direito>. Acesso em: 20/03/2019.

<sup>544</sup> A doutrina desenvolve a ideia de “*democracia inteligente*” de Richard Rorty. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos em homenagem ao prof. Doutor Rogério Soares**, p. 713. A ideia, embora também não deva se tornar mais uma récita omnicomprensiva, parece se ajustar à ideia de democracia substancial aqui desenvolvida.

<sup>545</sup> Até a filosofia política de matriz neopositivista lembra que a revolução pacífica é possível, oferecendo como exemplo a história europeia que começa com a revolução pacífica de Sólon que reformou a Constituição de Atenas para libertar cidadãos livres que haviam se tornado escravos em razão de dívidas. POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem**: epistemologia evolutiva e sociedade aberta, p. 208. A independência da Inglaterra conquistada pacificamente pela Índia sob a liderança de Mahatma Gandhi também parece servir de exemplo. Ainda, cf.: ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. tradução André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

É claro que a realidade era completamente diferente deste esquema abstrato, dando margem à elaboração dicotômica dos conceitos de ato discricionário e de ato vinculado. Enquanto neste último o legislador já decidira de antemão o que deveria ser feito, não deixando nenhuma margem de liberdade para o administrador público, no primeiro, o legislador deixaria uma margem de liberdade para o gestor público, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, escolher o que fazer, embora ainda adstrita à lei, considerada fonte exclusiva de produção do direito.

E como esta concepção não correspondia à realidade, outro não foi o resultado senão o de que o entendimento inicial era o de que administrador público detinha ampla liberdade de escolha segundo o seu bel-prazer, o que acabou levando ao puro arbítrio da decisão administrativa, por vezes pintada com as tintas de um interesse público imaginário.

Eis que o positivismo jurídico se apressou em formular uma concepção mais sofisticada de discricionariedade, dizendo que ela não se confundia com a arbitrariedade, posto que o administrador público, a partir de uma apreciação subjetiva do caso concreto, insuscetível de se reduzir à uma objetividade absoluta, estaria sempre cumprindo a lei ao optar por uma “*escolha ótima*”<sup>546</sup>.

Esta então nova concepção, embora sofisticada, nada ou pouco dizia a respeito do que poderia ser considerado discricionariedade, ou seja, qual poderia ser esta “*escolha ótima*”, voltando então ao mesmo ponto de partida: o voluntarismo.

É claro que o voluntarismo também não poderia ter a mesma feição do voluntarismo anterior (arbitrário), exigindo de igual maneira uma sofisticação que pode ser encontrada agora na ideia de que se deve encontrar no quadro da realidade fática, a escolha com certeza objetiva, de maneira que as “*pessoas sensatas, equilibradas, normais, serão todas concordes em que só um dado ato – e não outro – atenderia à finalidade da lei invocada*”<sup>547</sup>.

O fato é que o positivismo kelseniano parece sempre acabar no mesmo labirinto, tendo que recorrer justamente à essência do institucionalismo para encontrar a saída, que sem meias palavras não é outra, senão, a própria realidade, concreta e objetiva.

A discricionariedade, a partir de uma concepção institucionalista, não estaria na apreciação subjetiva de ninguém, nem no mero casuísmo, mas sim, ao contrário, na apreciação das ideias objetivas e das vontades subjetivas (paralelas) que ganham forma na realidade concreta, vale dizer, na observação das instituições vivas e pulsantes da sociedade.

---

<sup>546</sup> Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p.249-255.

<sup>547</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. p.255.



Demais disso, parece impossível, mesmo no caso concreto, dizer que uma escolha é a “*escolha ótima*”, já que é própria do homem concreto não uma perfeição ideal, mas apenas uma capacidade para tentar encontrar a melhor escolha possível na realidade prática.

É necessário acreditar na capacidade do homem de decidir sobre os seus problemas práticos, não somente através do método da “*tentativa e erro*”<sup>548</sup>, mas principalmente através de uma racionalidade prática adequada (e.g. daquela de matriz aristotélica desenvolvida por Alasdair Macintyre).

Nenhum método de decisão pode ser compreendido no sentido de que seja permitido realizar tentativas irresponsáveis, muito pelo contrário. A concepção de que existe uma “*escolha ótima*” é sedutora, mas na verdade apenas esconde a concepção hegeliana de ética segundo a qual o Estado é o único e supremo intérprete e tradutor do direito natural, o “*ente ético por excelência*”, a “*totalidade da ética*”, a “*irrupção de Deus no mundo*”, o “*Deus real*”, nas palavras de Santi Romano (vide *supra*: 2.3.4.).

Para fugir do subjetivismo voluntarista desta concepção, uma vez que a lei não pode mesmo tratar de todas as hipóteses da realidade prática, alguns dos parâmetros abordados acima (dignidade da pessoa humana, costumes, *standards* etc.) podem servir como referência para o exercício da discricionariedade.

Como se pode perceber, o dilema não está na existência de uma discricionariedade sobre o que decidir (o que escolher), mas sim como esta discricionariedade é exercida.

Numa sociedade cada vez mais complexa, parece mera ilusão imaginar que a lei formal detém a capacidade de decidir de antemão o que deve ser feito em cada realidade concreta, sendo inviável assim defender a existência apenas e tão somente de atos vinculados.

Sem dúvida, o ato vinculado é uma realidade do direito administrativo que não pode ser negada. Mas o ato discricionário também o é. E não parece adequado concebê-lo nem a partir de uma mera conveniência e oportunidade, ideia vaga e arbitrária fruto de uma vontade radical, nem a partir de uma “*escolha ótima*” que também é uma ideia vaga e arbitrária exatamente porque adota uma racionalidade puramente abstrata que não oferece uma explicação adequada á realidade prática. Até o método da pura “*tentativa e erro*” parece melhor do que esta racionalidade de matriz kelseniana.

---

<sup>548</sup> Sobre o método da tentativa e erro, cf.: POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem**: epistemologia evolutiva e sociedade aberta.

De outro lado, a doutrina dos valores do neoconstitucionalismo parece seguir o mesmo roteiro, embora trocando o Estado-administração pelo Estado-juiz, que passa a ser o novo supremo intérprete e tradutor do direito natural, o “*ente ético por excelência*”.

Porém, com uma agravante: no contexto do processo judicial, o ato administrativo simplesmente desaparece. Perde o interesse da ciência jurídica que deve ter como objeto exatamente o ponto de vista, construtivista e dialógico, do sujeito agente da “*primeira pessoa*” que compõe e é autor do ato administrativo. Surge no seu lugar uma decisão judicial monológica de um sujeito agente da “*terceira pessoa*” que está situado num ponto de vista externo ao ato administrativo <sup>549</sup>.

No paradigma do processo judicial, o ato administrativo fica apequenado, uma vez que o que o administrador público decide passa a importar muito pouco diante da avaliação de um ponto de vista eminentemente externo do juiz.

Na verdade, o administrador público acaba perdendo quase todo o interesse de trilhar o caminho da racionalidade prática (ou mesmo do método da “*tentativa e erro*”) para poder alcançar o melhor ato administrativo possível naquela específica realidade prática, vendo diante de si um ente infalível, perfeito, ilustrado, pronto para apontar os erros da sua decisão prática. Agora é o juiz quem sabe, a partir de fora, do pedestal do seu controle externo, qual é a “*escolha ótima*”, a escolha ideal. Resultado: a total paralisia da Administração Pública <sup>550</sup>  
<sup>551</sup>.

Enfim, parece inevitável que o deslocamento do centro de gravidade do Estado-sociedade para o Estado-juiz, sem os devidos cuidados, acabe gerando um déficit democrático substancial, questão que deve ser abordada em outro momento.

No contexto de uma hipertrofia judicial, a Administração Pública fica reduzida apenas ao ato vinculado, aquele em que o legislador decide de antemão o que deve ser feito no caso concreto, não deixando nenhuma margem de escolha para o administrador público.

---

<sup>549</sup> Mais uma vez não parece suficiente dizer que a decisão judicial “completa” o ato administrativo, como eventualmente pode dizer a escola kelseniana contemporânea, afinal de contas, “completa” com base no que?!

<sup>550</sup> Tentando vencer esta paralisia, vide o Enunciado nº 11 do IBDA: “Na expressão “dificuldades reais” constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor”.

<sup>551</sup> A filosofia política de matiz aristotélica critica o “destrutivismo” da concepção platônica “que faz com que o trabalho humanamente possível pareça tedioso e desprezível”, encorajando o homem a “negligenciar esse trabalho”, na falsa ilusão da existência do “ponto de vista externo do olho-de-deus” ou “ponto de vista da perfeição”. Cf.: NUSSBAUM, Martha. **A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega**, p.226 e 254. Também vale a pena conferir a distinção da razão prática entre dois tipos: “apodítico” e “ad hominem”. Cf.: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 2ª ed. São Paulo: Edição Loyola, 2014, p.47-72.

Com a quase morte do ato discricionário, o direito administrativo retrocedeu à época do chamado “*ato de ofício*”, da mera aplicação da lei. E a culpa disso não é do juiz, nem do Poder Judiciário, mas da própria doutrina que, descolada da realidade, vem há décadas tentando criar um ato administrativo que não para em pé. A doutrina de valores do neoconstitucionalismo há alguns anos vem tentando matar o ato administrativo; há anos vem tentando enterrá-lo vivo.

E não adianta dizer que o juiz exerce apenas uma “*liberdade objetiva*” que não pode gerar autonomamente direito, sendo, portanto, uma liberdade limitada pelo sistema, diferentemente da autonomia privada, que pode gerar direitos desde que nos limites da lei formal<sup>552</sup>.

Ao invocar Hans Kelsen para comparar o juiz e o administrador, ambos supostamente exercendo *jurisdictio*<sup>553</sup> (visão tipicamente germânica), a doutrina portuguesa acaba diminuindo a importância do ato administrativo e a possibilidade que ele tem de, para muito além da mera aplicação da lei, efetivamente criar o direito.

Na verdade, o que está por trás deste entendimento é justamente a ideia de que o juiz, só o juiz, poderia criar o direito, desde que observe os princípios gerais axiológicos e o todo da ordem jurídica, exercendo assim a sua “*liberdade objetiva*” para “*melhorar o direito*”, a despeito de não explicar minimamente qual parâmetro, qual processo decisório ou qual resultado efetivo orienta a sua decisão.

Melhor seria reconhecer neste caso que a liberdade do juiz não é objetiva, mas sim voluntarista, não estando ele preparado para promover um processo decisório, nem uma racionalidade prática adequada<sup>554</sup>.

Exatamente por isso a doutrina mais contemporânea apresentou ao Poder Legislativo brasileiro um projeto de lei sugerindo o resgatar da discricionariedade no direito

---

<sup>552</sup> MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 247-249.

<sup>553</sup> *Ibidem*, p.252.

<sup>554</sup> Mas não é esta a postura que se observa. Embora a doutrina reconheça que o risco na sociedade complexa altera toda essa lógica, de maneira a valorizar a eficácia e o resultado final, inclusive por intermédio da atuação privada, num amplo movimento de desnortização em nome das boas práticas e da governança, acaba concluindo que o controle judicial da atividade administrativa é dificultado, o que importaria num “*custo democrático e jurídico do Estado social e pós-social*”. MONCADA, Luiz Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 250. Na verdade, o problema não está nas “dificuldades” criadas pela atividade administrativa ao amplo exercício do controle judicial, mas sim no fato de que o juiz muitas vezes não está preparado para encarar um processo decisório mais complexo. Se o juiz pode decidir de modo simples e voluntarista, muito bem, o controle é considerado pleno pela doutrina; se, contudo, precisa trabalhar como trabalhou a Administração Pública a partir de um processo decisório mínimo, então, nada está bom, e o controle é “dificultado”.

administrativo. Gustavo Justino de Oliveira, a propósito deste projeto de alteração da LINDB, destacou que a finalidade maior da implantação de uma política de governança pública pela própria gestão pública era a busca por maior qualidade dos resultados a serem atingidos pela Administração e que o resultado esperado era o de resgate e revalorização da capacidade decisória discricionária do gestor<sup>555 556</sup>.

É interessante notar que, se a discricionariedade era “*reputada o núcleo do poder de polícia*”<sup>557</sup>, a alteração da concepção de um (discricionariedade) parece conduzir necessariamente à alteração da concepção do outro (poder de polícia). Não é à toa que o conceito tradicional de poder de polícia vem sendo revisitado e até mesmo substituído por conceitos mais alargados como o de regulação<sup>558</sup>.

Portanto, parece possível dizer que a discricionariedade não é externa ao Direito (extrajurídico), nem é uma decisão subjetiva e arbitrária de ninguém, nem é ainda uma “*escolha ótima*” irrealizável de um ente superior, mas é isto sim uma operação através da qual o gestor público, a partir de parâmetros objetivos e procedimentais, realiza a melhor escolha possível na realidade prática concreta, monitorado e avaliando os seus resultados quando for o caso (“*bens de eficiência*”), e revendo- a caso seja necessário.

#### 2.4. O ATO ADMINISTRATIVO COMO ALTERNATIVA AO CONTRATO?

Falar do contrato como alternativa ao ato administrativo tem sido a grande novidade da sociedade contemporânea (e.g. leis alemã e portuguesa de procedimento administrativo<sup>559</sup>). Entretanto, o mesmo não se pode dizer da assertiva contrária, qual seja, a do ato administrativo como alternativa ao contrato.

---

<sup>555</sup> Hiperativismo do controle *versus* inércia administrativa: **Governança pública e novos standards interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo**, in <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>, acesso em 24/11/2018.

<sup>556</sup> Defendendo que “a discricionariedade 4.0 blinda a escolha do gestor e afasta cogitações quanto a decisões melhores ou piores”, vide: MOREIRA, Egon Bockmann, in <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-discricionariedade-diz-respeito-a-solucoes-03122019>, acesso em 03/12/2019.

<sup>557</sup> Neste sentido, vide: JUSTEN FILHO, Marçal. Abrangência e incidência da lei. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019, p.29. Em sentido contrário: SCHIRATO, Vítor Rhein, O poder de polícia é discricionário? p.27-45.

<sup>558</sup> Defendendo a manutenção da expressão, embora reconhecendo a sua evolução, vide: MEDAUAR, Odete. **Poder de polícia**: origem, evolução, crítica à noção, caracterização, p.13-26. Vide ainda: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Administração contemporânea**: três linhas de transformação do poder de polícia, p.61-69.

<sup>559</sup> Vide: §54, segunda parte, do Código de Procedimento Administrativo Alemão (*VwVfG*). Também o art. 57º, nº 3, 77º nº 4, 127º do Código de Processo Administrativo português CPA.

A ideia pode soar estranha num primeiro momento, mas se se atentar um pouco mais para a realidade prática é possível perceber que no direito público o ato administrativo também constitui uma alternativa ao contrato.

De fato, deixando de lado a controvérsia a respeito da aceitação ou não da categoria jurídica chamada contrato administrativo <sup>560</sup>, o direito público continua sendo informado primordialmente por parâmetros diversos daqueles utilizados pela iniciativa privada, de modo que o ato administrativo, antes de ser considerado superado, deve servir de norte, depois de revisado, para o próprio contrato administrativo <sup>561</sup>.

É que o contrato não resolve tudo.

Dizer que o contrato é a grande chave para a solução dos problemas do Estado contemporâneo parece um grande equívoco <sup>562</sup>. E pior: acaba por arremessar o cidadão e toda a sociedade para uma situação de total vulnerabilidade e insegurança jurídica, onde tudo é possível.

Com o pretexto de garantir a autonomia e a paridade entre o cidadão e o Estado, o desprezo do ato administrativo levado a efeito pelo contratualismo radical parece ter tido o efeito negativo de criar uma espécie de esfera fechada, de campo impenetrável e imune ao Direito, muito próximo da visão ultrapassada de discricionariedade entendida como puro arbítrio ou ainda do tradicional conceito alemão de “*relações especiais de sujeição*”.

É importante perceber que o contrato administrativo nem sempre é somente um contrato, ou seja, em sempre é somente acordo de vontades, podendo muitas vezes possuir no seu interior algo de regulamento, vale dizer, algo de ato administrativo que precisa ser

---

<sup>560</sup> Em favor do contrato administrativo: ALMEIDA, Fernando Dias de. Contrato administrativo. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012. Contra a autonomização e apregoando a morte do contrato administrativo: ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. 2003.

<sup>561</sup> Não é pretensão da investigação realizar uma distinção dogmática mais apurada entre os vários conceitos doutrinários acerca dos contratos celebrados pela Administração Pública, sejam os do modelo francês ou os do modelo alemão -, nem entre o contrato privado e os mais modernos contratos celebrados no âmbito do direito europeu (eg. da *commande publique*), de modo que as expressões serão utilizadas de maneira indistinta para designar uma ideia mais geral de contratualização pela Administração Pública em oposição ao ato administrativo. Este sentido mais geral parece ser adotado pela doutrina quando se refere à “*Administração concertada*”. Cf.: BITENCOURT NETO, Eurico. **Transformações do Direito da Organização Administrativa e a Constituição de 1988**, p.87-88.

<sup>562</sup> Em sentido parecido: “*A esta posição extrema de total contratualização da Administração Pública se contrapõem, não só os defensores de uma posição intermédia de complementaridade ou alternatividade entre acto administrativo e contrato, mas também os partidários da dispensabilidade da própria celebração de contratos [...] para quem os contratos jurídicos-públicos admitidos pela lei, não passariam de meros actos administrativos com participação intensa do destinatário*”. ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.65-66.

corajosamente assumido pela doutrina e não renegado ou reputado extrajurídico e desimportante para o Direito <sup>563</sup>.

Embora se referindo à arbitragem na Administração Pública, Gustavo Justino de Oliveira percebeu corretamente que “nada [é] mais errado” do que defender que Administração Pública deve ser tratada “como se privado fosse”, já que, segundo ele, existem “especificidades decorrentes da aplicação preponderante do direito público” <sup>564</sup>.

De fato, a doutrina precisa reconhecer na realidade prática e assumir como importante para o Direito o fato de que internamente ao contrato administrativo existe, posto que necessário, um limite às vontades radiciais que decorre de uma autoridade capaz de organizar a ideia diretriz acolhida pelas vontades paralelas dos cidadãos.

A decisão tomada pela autoridade poderá ser impugnada por qualquer cidadão e sempre será plenamente sindicável pelo juiz, mas o fato é que esta autoridade não pode abdicar da sua função ordenadora que está implícita no contrato administrativo e que exige da sua parte uma decisão, muitas vezes imediata, nos casos para os quais as cláusulas contratuais se revelem insuficientes, até mesmo para se preservar e garantir a eficácia do próprio contrato, mormente nas relações multilaterais que envolvem verdadeiras “microcomunidades”. É aqui que a teoria do ato administrativo revisada pode exercer um importante papel para uma democracia mais substancial <sup>565</sup>.

Um exemplo talvez seja esclarecedor. Vide fig.09 abaixo:

Nos contratos de transporte metroviário celebrados com múltiplos usuários está implícito o poder privado do prestador do serviço que, necessariamente, exerce uma autoridade para organizar o serviço da melhor forma possível para todos os demais cidadãos. (fig.09)

<sup>563</sup> Exemplo emblemático que demonstra a insuficiência da concepção restrita alemã de ato administrativo pode ser extraído da própria doutrina: “A utilização do conceito restrito de acto administrativo conduziu a que, na Alemanha, se excluísse ou limitasse a sua apreciação no âmbito dos contratos de direito público, para nós contratos administrativos. Partindo da ideia de que a Administração, ao decidir-se pelo contrato, trata os particulares num plano de igualdade, não teria muito sentido socorrer-se do acto administrativo, com as suas características de autoridade unilateralidade. Ora esta ideia choca com uma noção ampla de acto impugnável no âmbito do processo urgente relativo ao contencioso pré-contratual, onde inclusive o acto chega a incluir normas de natureza administrativa”. ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A teoria do acto e a justiça administrativa**. Coimbra: Almedina, 2006. p.127.

<sup>564</sup> A agenda da arbitragem com a administração pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? In: **Contraponto jurídico**: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito [S.l: s.n.], 2018, p.33-35.

<sup>565</sup> Isto não significa negar autonomia ao contrato administrativo, considerando-o uma espécie de ato administrativo como fazia a doutrina clássica (e.g. CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974., p.97), mas apenas reconhecer que a teoria do ato administrativo pode servir como que de instrumento de colmatação para as cláusulas contratuais.

Organizar filas, readequar intervalos entre os comboios, atentar para a segurança de todos os usuários através de uma fiscalização atenta, exercer a força quando estritamente necessário etc. são todas exemplos de funções, por assim dizer implícitas, do operador do serviço de transporte aberto ao público<sup>566</sup> que se materializam através da prática de atos administrativos. O contrato de transporte propriamente dito constitui apenas o pressuposto, e não o fundamento, para o exercício deste poder por uma autoridade.

Fechar os olhos para essa realidade, desqualificando-a como extrajurídica ou voltar a atenção tão somente para o seu aspecto contratual pode representar uma grande perda em termos de explicação teórica.

O fato é que, tal como a lei formal, as cláusulas contratuais das relações jurídicas multilaterais inevitavelmente são sempre genéricas e abstratas e, como tais, sempre insuficientes para resolver os complexos problemas práticos que surgem na realidade fática, de maneira que é igualmente inevitável a presença de uma autoridade que seja capaz de organizar este microcosmo<sup>567</sup>. A chave de entrada deste microcosmo é realmente o contrato. Mas só a chave de entrada (o pressuposto). E não tudo o mais que se passa no interior deste microcosmo.

Do contrário, rejeitada esta concepção, a própria prestação do serviço ou atividade econômica restará prejudicada, o que permite concluir que é a autoridade que sustenta e confere eficácia aos contratos multilaterais, de modo que esta autoridade acaba se tornando uma alternativa a este tipo de contrato, alternativa no sentido de constituir uma explicação teórica mais adequada de tudo aqui que acontece no interior de um específico microcosmo.

Bem por isso talvez se possa falar até mesmo numa certa fluidez da distinção entre ato administrativo e contrato administrativo<sup>568</sup>, que acabam como que se fundindo, uma vez que o processo decisório como um todo passa a ser o fator mais importante do que a questão em torno da distinção ou mesmo da subordinação de um em relação ao outro<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> A expressão “aberto ao público” é utilizada aqui para representar tanto a ideia de serviço público não-exclusivo do Estado como de atividade econômica disponibilizada ao público em geral.

<sup>567</sup> O termo “microcosmo” é utilizado aqui como sinônimo de “microcomunidade” ou de “âmbito social parcial”. Apesar de adotar o mesmo ponto de partida da ideia foucaultiana de “*microfísica do poder*”, tem um ponto de chegada bastante diferente da ideia de um “*novo direito antidisciplinar*”. Cf.: FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. p.182-190.

<sup>568</sup> A ideia não deixa de estar relacionada com o “*princípio da liberdade de escolha das formas jurídicas-privadas*”. Cf.: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 189-221.

<sup>569</sup> Em sentido parecido: “*Um outro aspecto fundamental onde se refletem estas novas formas de conceber a atividade administrativa é o da crescente relevância que tem vindo a assumir a própria atividade processual da*

### 2.4.1. Réquiem pelo Contrato Administrativo?

Se a ideia ainda não ficou clara, pode ser interessante explicá-la de outra maneira, tomando como referência o grande debate acerca da autonomia ou não do contrato administrativo face ao contrato privado.

A jurista portuguesa Maria João Estorninho estudou o tema com profundidade e oferece um caminho muito interessante para entender a questão <sup>570</sup>.

Depois de condenar à morte o contrato administrativo de concepção francesa em razão dele não ser diferente substancialmente do contrato privado (no que parece ter razão), a jurista portuguesa abre uma fenda na doutrina dos contratos celebrados pela Administração Pública que pode levar à uma nova maneira de encarar a questão e que pode representar um grande salto dogmático.

Em vez de a doutrina continuar discutindo sobre as pretensas exorbitâncias que o contrato administrativo teria em relação ao contrato privado, talvez seja melhor abandonar esta discussão e partir para outra através de um ângulo diferente.

Talvez seja realmente melhor tentar compreender que o contrato celebrado pela Administração Pública não difere do contrato privado na sua substância e que ambos estão sujeitos não apenas à autonomia da vontade das partes, mas também a parâmetros externos que normalmente decorrem da lei. Em outras palavras, parece valer mais a pena enxergar o contrato celebrado pela Administração Pública, num primeiro momento, pela lupa da doutrina civilista para, só depois, lançar um olhar publicista.

Maria João Estorninho realizou essa releitura do contrato administrativo à luz da doutrina civilista de Antunes Varela para concluir que o conceito de contrato evoluiu a ponto de se poder dizer que, ao longo das transformações sociais do século XX, “o contrato deixa de ser considerado apenas como expressão da autonomia privada e passa a ser visto também como ‘um instrumento de cooperação entre pessoas, no plano dos valores que o direito é chamado a servir’” <sup>571</sup>.

Prossegue a jurista, ainda com apoio na referida doutrina civilista, dizendo que “*a lei passa a colaborar activa e permanentemente com a vontade das partes podendo mesmo afirmar-se que a vontade dos contratantes e a lei passam a integrar, em estreita união, ‘o*

---

*administração, quer quando esta actua através de actos administrativos, quer quando celebra contratos”*. ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.66.

<sup>570</sup> Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.66.

<sup>571</sup> *Ibidem*, p. 141.



*todo incindível que é a disciplina do contrato*”<sup>572</sup>. Lei esta que visa não apenas preencher lacunas, mas também estabelecer “*normas imperativas que se sobrepõem à própria vontade dos contratantes*”<sup>573</sup>, desde os deveres de contratar, as proibições de contratar, até as situações de necessidade de consentimento de terceiro.

Com isso, prossegue ela, se busca “proteger a parte considerada em situação mais desfavorecida e preservar o respeito por certos valores considerados de ordem pública”, providencia esta necessária na medida em que “começaram a proliferar situações absolutamente avessas à ideia clássica do equilíbrio contratual”, a exemplo dos chamados “contratos de adesão, nos quais é apenas deixada a um dos contratantes a liberdade – quantas vezes artificial e precária – de aceitar ou recusar a celebração do contrato”<sup>574</sup>.

E arremata a jurista, a propósito da suposta exorbitância do contrato administrativo, dizendo que “o fundamental é que se entende[a] que este poder [exorbitância] não resulta do contrato mas sim da própria posição geral da Administração, de natureza extracontratual”<sup>575</sup>.

Voltando ao aspecto publicista da questão, a jurista, citando a doutrina de Georges Péquignot, chega a uma conclusão que, embora até possa parecer antiquada num primeiro momento<sup>576</sup>, é muito importante: a de que no contrato da Administração Pública “o acto de modificação é um acto de poder público. A Administração não exerce uma prerrogativa contratual. Exerce um direito que lhe pertence enquanto Administração”<sup>577</sup>.

Numa palavra: o contrato qualificado como um contrato administrativo é na verdade uma combinação entre ato administrativo e contrato<sup>578</sup>, sendo este último substancialmente igual ao contrato privado, o que por si só já confirmaria a tese da jurista portuguesa.

Todavia, essa nem é a questão mais importante.

É que, como bem observa Maria João Estorninho, na ânsia de defender a autonomia do contrato administrativo, a doutrina se esqueceu do próprio contrato (de direito privado) celebrado pela Administração Pública, bem como de conferir o adequado tratamento jurídico

---

<sup>572</sup> *Ibidem*.

<sup>573</sup> *Ibidem*.

<sup>574</sup> *Ibidem*, p.142.

<sup>575</sup> *Ibidem*, p.145.

<sup>576</sup> Antiquada num primeiro momento porque, num segundo momento, se percebe que o poder público não é sinónimo de mera prerrogativa, de privilégio ou de arbítrio, devendo antes ser associar à ideia de autoridade substancialmente legítima.

<sup>577</sup> Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p.146.

<sup>578</sup> A doutrina brasileira clássica já falava em “*norma reguladora ‘interna’ que é sempre uma norma de direito público*” e “*norma reguladora ‘externa’ que pode ser de direito público ou privado*”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**, p.318.

ao fenômeno que se denomina da “*fuga para o direito privado*”, objeto de preocupação da doutrina alemã de Otto Bachof (*Flucht ins Privatrecht*)<sup>579</sup>.

Na visão da doutrina alemã, o risco maior deste fenômeno era o de não se ver respeitado o sistema de garantias dos particulares, então concebido com os olhos voltados para conter a Administração agressiva, àquela altura inaplicável à atividade de direito privado, situação tanto mais grave em razão da dependência do cidadão em relação à Administração prestadora que importava em verdadeira ingerência na sua esfera de liberdade<sup>580</sup>.

A doutrina alemã teve especial acuidade para perceber essa ameaça cuja defesa acabou entrando pela porta dos direitos fundamentais, momento a partir do qual o direito administrativo passou a se preocupar em estabelecer vinculações de índole pública (limites) à atividade contratual privada da Administração Pública, ao contrário da doutrina francesa, que estava mais preocupada em manter as prerrogativas e os privilégios nos seus contratos, para o que, na visão da jurista portuguesa, teria “*inventado*” uma nova categoria chamada contrato administrativo.

Ocorre que, conforme ensina a jurista, a proteção dos direitos fundamentais na doutrina alemã não se deu do dia para a noite, tendo sido fruto de uma lenta evolução acerca das relações entre o Estado e os cidadãos. Uma das primeiras distinções que a doutrina alemã realizou foi aquela que dividiu as atividades estatais conforme a natureza jurídica do instrumento utilizado, quais sejam, regras de direito público (*Hoheitsverwaltung*) ou regras de direito privado (*Fiskalverwaltung*). Esta primeira distinção está relacionada à concepção alemã de “Fisco”, criada inicialmente para possibilitar a responsabilização patrimonial do Estado absoluto, tendo evoluído já no século XIX no sentido de se conceber o Estado como uma só pessoa jurídica até chegar aos dias atuais para se compreender que o Estado é sujeito de direito privado, o “*Estado à paisana*”, na expressão de Jellinek<sup>581 582</sup>.

Explica ainda que a doutrina alemã viria a dividir o *Fiskalverwaltung* em três modalidades: *i*) os negócios auxiliares, *ii*) as atividades econômico-comerciais e *iii*) as tarefas públicas sob a forma jurídica privada, sendo os primeiros *i*) as atividades típicas de direito privado enquanto Administração compradora (cliente), as segundas *ii*) aquelas atividades que

---

<sup>579</sup> Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p.151.

<sup>580</sup> *Ibidem*, p.154.

<sup>581</sup> *Ibidem*, p.155-156.

<sup>582</sup> Para uma crítica sintética sobre a doutrina alemã do Fisco, cf.: MEDAUAR, Odete. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.133-136. Também: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p.23-26.

o próprio nome revela por si mesmo, tendo em mente o propósito de lucro e as terceiras *iii*) aquelas tarefas tipicamente administrativas<sup>583</sup>.

Esta última modalidade (*iii*), conhecida na doutrina alemã como *Verwaltungsprivatrecht*, na qual a Administração Pública realiza tarefas administrativas através de formas jurídico-privadas, se justificaria somente no caso de insuficiência das formas jurídico-públicas, de modo que estas atividades seriam *Fiskal* (“sujeito privado”) quanto à forma, mas não quanto ao conteúdo<sup>584</sup>. E somente nesta modalidade é que, inicialmente, a doutrina alemã admitia a eficácia das normas de direitos fundamentais, negando-a peremptoriamente para as demais<sup>585</sup>, lembrando que ainda não estava consolidada a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A solução final para a tese (favorável) da eficácia horizontal dos direitos fundamentais acabou influenciando diretamente na solução da questão contratual, permitindo o mesmo tratamento em relação a todas as formas de atuação do Estado sob a forma jurídico-privada, conforme bem sintetiza Maria João Estorninho:

[...] os direitos fundamentais foram concebidos para defesa do particular face ao poder e, por isso, aplicavam-se inicialmente apenas às relações verticais entre Estado e os cidadãos. Contudo, à medida que o poder deixou de ser privilégio do Estado, deixou também de fazer sentido não alargar a proteção dos direitos fundamentais a toda e qualquer manifestação de poder. [...] também contra ‘o poder econômico, o poder empresarial, o poder sindical, o poder da comunicação social, etc...’<sup>586</sup> (Sem grifo do original)

Este ponto é importante e deve ser desenvolvido com mais detalhes no Capítulo 3 do trabalho por ocasião da análise do exercício do poder por entidades privadas no contexto da atividade econômica.

Mas o fato é que a conclusão da jurista portuguesa é a de que, embora possa até mesmo haver graus de vinculação aos direitos fundamentais, não se pode mais admitir a existência de áreas da atividade da Administração Pública que possam ser consideradas “*absolutamente livres de quaisquer vinculações jurídico-públicas e, nomeadamente, isentas do respeito pelas normas de direitos fundamentais*”<sup>587 588</sup>.

<sup>583</sup> Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p.156-157.

<sup>584</sup> *Ibidem*.

<sup>585</sup> *Ibidem*, p.158.

<sup>586</sup> *Ibidem*, p. 159-160.

<sup>587</sup> *Ibidem*, p.162.

<sup>588</sup> A doutrina das “relações especiais de poder/sujeição” foi a primeira a sofrer o impacto dessa nova visão. O trauma decorrente da percepção que vigorava até então sobre a existência de áreas isentas de proteção dos direitos fundamentais conduziu a doutrina, presa a uma visão normativista do Direito (vide *supra*: 1.3.2.1.) a

Ainda nesse contexto, Maria João Estorninho retrata que a evolução da ideia de vinculações públicas dos contratos privados celebrados pela Administração Pública pode ser agrupada basicamente quatro fases da doutrina alemã: *i*) do sistema de meras vinculações avulsas, *ii*) da “*teoria dos dois níveis*”, *iii*) do direito privado administrativo e *iv*) do “*vínculo do fim*”<sup>589</sup>.

Na primeira fase (*i*) não havia uma sistematização maior, de maneira que as vinculações estavam limitadas a aspectos pontuais da atividade administrativa.

Já na segunda fase, contudo, a (*ii*) “*teoria dos dois níveis*” (*Zweistufentheorie*) representou um salto em termos de sistematização da questão ao dividir a atividade administrativa em dois momentos, um vinculado ao direito público e outro ao direito privado. É aqui que se percebe que o contrato privado celebrado pela Administração Pública tem um conteúdo negocial, submetido, portanto, ao direito privado, mas tem também um aspecto público que exige a aplicação de normas de direito público, que nada mais seriam do que “*verdadeiros e próprios actos administrativos*”, o que encontrou correspondência na doutrina italiana dos contratos *ad evidenza pubblica*, possibilitando assim ao particular impugnar eventuais violações na fase de formação do contrato<sup>590 591</sup>.

Esta teoria, reputada “*monolítica*”, parece ter sido a primeira a ter a percepção de que o contrato não é só contrato, mas também ato administrativo.

As críticas à teoria não tardaram, desde a que entendia que, sendo o ato administrativo anterior o que verdadeiramente constitui a relação jurídica, o contrato seria mera aparência ou ficção, até a ideia de que se criou uma ilusão para permitir o controle apenas do ato administrativo que antecede o contrato, sendo este último mera atividade executiva do primeiro<sup>592</sup>. E as soluções vieram a seguir, tendo sido pensadas três respostas

condenar ao exílio qualquer forma de manifestação do poder público que não aquelas estritamente ancoradas em lei formal, conquanto se saiba que é absolutamente impossível ao legislador regular antecipadamente todas as relações sociais, para o que se lança mão hoje do conceito de juridicidade. Exatamente por isso, entendo que o conceito original alemão, embora de fato esteja carregado de sentido negativo, também pode ser aproveitado num contexto evolutivo para traduzir a ideia subjacente a ele de que é possível que algumas relações jurídicas específicas possam ser objeto de regulamentação infralegal, o que de resto parece ser a atual posição da doutrina alemã, conquanto com outros nomes (“*mera relação de utilização de estabelecimento público*”, condensada no termo *Anstaltsbenutzung*), havendo quem considere que o conceito (evoluído) continua a ser útil como *e.g.* nos casos que envolvem a posição jurídica de alunos nas escolas públicas. Para a contextualização histórica e melhor compreensão do tema, cf.: ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.162-167.

<sup>589</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.168-182.

<sup>590</sup> *Ibidem*, p. 169-172.

<sup>591</sup> No direito francês, o tema se relaciona com a “*teoria dos atos destacáveis*”. No direito espanhol, com os atos “*separables*”. No direito alemão, aos “*atos administrativos constitutivos de direito privado*”. Cf.: ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o direito privado**, p.253-270.

<sup>592</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 172-173.

para as críticas: *i*) ou reconhecer a existência de uma única e duradoura relação jurídica pública fundada no ato administrativo, *ii*) ou admitir a celebração de contratos administrativos ou então *iii*) criar uma nova noção, que foi a opção da doutrina alemã ao criar a ideia de “*direito privado administrativo*” (*Verwaltungsprivatrechet*)<sup>593</sup>.

Esta última solução parece realmente ter encontrado forte eco na doutrina alemã, podendo-se dizer que ela vai além da “*teoria dos dois níveis*” para reconhecer que as vinculações jurídico-públicas alcançam toda a atividade de direito privado naqueles aspectos peculiares relacionados à função administrativa, não importando se antes ou se depois da celebração do contrato, o que levou à afirmação de que o contrato privado celebrado pela Administração Pública “é de facto precedida, acompanhada e seguida de actos administrativos”<sup>594 595</sup>.

Esta concepção alemã defende que existe um direito privado, subordinado e vinculado pelo direito público, que está ao dispor da Administração Pública no desempenho de tarefas administrativas (*Verwaltungsprivatrechet*). Na doutrina italiana, a mesma ideia envolta ao contrato *ad evidenza pubblica* conduziu a adoção de um processo especial (*ad evidenza pubblica*), agora não apenas na fase de formação do contrato, mas também em relação à execução do contrato<sup>596</sup>.

Eis que vieram as críticas, em especial a de que ocorreu a substituição dos contratos privados por contratos jurídico-públicos nos quais já não se fala mais em normas jurídico-privadas, mas sim em normas verdadeiramente públicas (esvaziando assim o contrato privado), bem como a de que não existem contratos celebrados pela Administração Pública que estejam submetidos exclusivamente ao direito privado<sup>597 598</sup>.

Tudo isso levou a doutrina adotar outro critério (quarta fase), o critério do *iv*) “*vínculo do fim*”, segundo o qual as vinculações jurídico-públicas deixam de dizer respeito a

<sup>593</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>594</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.174.

<sup>595</sup> A jurista portuguesa ainda se refere à distinção do jurista italiano entre contratos de objeto público, em que o poder administrativo é contínuo e profundo e o contrato privado, em que este poder é de carácter esporádico.

<sup>596</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>597</sup> *Ibidem*, p.178-179.

<sup>598</sup> A doutrina lembra a tendência da europeização do direito administrativo, inclusive o português, em que ocorre a unificação de toda a contratação no domínio da função administrativa dentro de um regime jurídico único, o dos chamados “*contratos públicos*”. SILVA, Vasco Pereira da. Prefácio. *In: Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática/coordenação* Gustavo Henrique Justino de Oliveira; organização Wilson Accioli de Barros Filho. São Paulo: Almedina, 2020. No Brasil, a doutrina fala em “*contrato estatal*”, um híbrido entre o contrato administrativo e o contrato privado. Cf.: NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Contrato estatal. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*, p.197-211.

um ato administrativo (preparação, celebração ou execução) e passam a dizer respeito a uma atividade remanescente ao ato administrativo que também passa a ser considerada pelo Direito <sup>599</sup>.

Esta teoria, se bem entendi, abandona a ideia de um “*direito privado administrativo*” e desloca a indicação de um “*fim*” para um plano exterior à atividade privada da Administração Pública, o qual, enquanto ponto de referência, não implica necessariamente na prática de um ato administrativo, tendo o mérito, segundo a jurista de Lisboa de “permitir a vinculação directa da própria actividade administrativa de direito privado evitando expedientes mais ou menos ilusórios como o da ‘Zweistufentheorie’” <sup>600</sup>.

Penso que todo esse longo e penoso caminho percorrido pela doutrina alemã poderia ter sido evitado se ela não tivesse tão presa, tão amarrada, à sua concepção restrita de ato administrativo que deixava na mão, fora da proteção judicial, inúmeras realidades fáticas que não conseguiam se enquadrar nos seus rígidos requisitos formais, o que hoje em dia não mais ocorre em razão da adoção de outros expedientes teóricos.

O fato é que o maior risco da “*fuga para o direito privado*” não parece ter diminuído, ao menos, não pelas teorias até aqui expostas, qual seja, o risco de importar para os contratos privados celebrados pela Administração Pública o por assim dizer vírus do arbítrio estatal, que representa grave ameaça para o sistema de garantia dos particulares e para o próprio funcionamento do Estado enquanto ente voltado à realização do bem comum.

Note que não é só a “*teoria dos dois níveis*” que parece representar um “*expediente mais ou menos ilusório*”, mas também toda e qualquer postura que continue enxergando o ato administrativo ou o contrato celebrado pela Administração Pública apenas sob o ponto de vista normativista, sem se preocupar com a atividade administrativa “por dentro” e não apenas sob o ponto de vista externo do sujeito da “*terceira pessoa*”.

Postura diferente permite entender que de um processo decisório adequado pode resultar tanto um ato administrativo quanto um contrato privado, inclusive um contrato privado puro, do que resulta uma aproximação entre as duas categorias jurídicas, que embora sejam autônomas conservam uma base comum que é justamente o exercício do poder de maneira organizada e racional.

Com efeito, a porta pela qual os limites à atividade contratual privada da Administração Pública devem entrar não é somente a porta dos direitos fundamentais, mas

---

<sup>599</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 179-180.

<sup>600</sup> *Ibidem*, p. 182.

também, e antes dela, a porta do processo decisório que orienta a própria autonomia da vontade da Administração Pública e o estabelecimento de parâmetros para a decisão (uma “porta dupla”).

Isto não significa dizer que tudo agora volta a ser um ato administrativo. Significa dizer apenas que pode haver mais ou menos liberdade contratual, ou melhor, mais ou menos ato administrativo “dentro” de um contrato privado, não na perspectiva francesa das prerrogativas e privilégios, mas apenas na perspectiva organizativa da ideia de autoridade substancialmente legítima.

Nesse passo, não é caso de (i) reconhecer a existência de uma única e duradoura relação jurídica pública fundada no ato administrativo (ou seja, a negação do contrato)<sup>601</sup>, nem de (ii) admitir a celebração de contratos administrativos (ou jurídico-públicos), nem de (iii) criar uma nova noção, seja a de “*direito privado administrativo*”, seja a que utiliza “*vínculo do fim*” como critério externo à atividade privada da Administração Pública, mas sim – note - de construir racionalmente a atividade administrativa “por dentro”, a partir do ponto de vista do sujeito agente da “*primeira pessoa*”<sup>602</sup>.

Nesta perspectiva, a preocupação em proteger o cidadão em situações desfavoráveis – como nos contratos de adesão – acaba não se concretizando não só porque são insuficientes os limites externos impostos pela lei ao contrato, preparado unilateralmente pela Administração, mas principalmente porque não há uma racionalidade na fase pré-contratual destes contratos privados, momento lógica e temporalmente anterior à adesão do particular.

É através de uma concepção mais ampla (institucional), que é possível compreender o poder que o ato administrativo tem de criar situações jurídicas para além da lei formal, conforme a necessidade do caso concreto, e não apenas de replicar os efeitos da lei formal. E a concepção de ato administrativo ora proposta (institucionalista) tem condições de oferecer uma explicação teórica melhor do que a concepção normativista<sup>603</sup>.

Portanto, os contratos celebrados pela Administração Pública mantêm a sua importância na dogmática jurídica, mas o ato administrativo parece continuar a ser o grande

---

<sup>601</sup> Na doutrina nacional: “*não será possível deixar de separar o ato administrativo unilateral do ato plurilateral ou contratual, pois o concurso de interesse nada mais é do que a soma de declarações unilaterais de vontades*”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**, p.323.

<sup>602</sup> É a filosofia política de Alasdair Macintyre que oferece essa explicação com base na “*concepção narrativa*” do homem.

<sup>603</sup> A doutrina clássica já havia chamado a atenção para o subterfúgio utilizado pela doutrina de tentar enquadrar a mera “adesão” dentro da categoria dos contratos, como no direito civil, concluindo que a simples bilateralidade não é suficiente para caracterizar o contrato administrativo. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Ed. RT, 1973. p.102-106.

parâmetro que lhe serve de baliza e orientação, uma vez que é “por dentro”, no interior da decisão administrativa (na fase pré-contratual, durante a execução do contrato e na fase pós-contratual) que a racionalidade prática pode se manifestar de maneira adequada e criativa. É através de uma operação complexa, composta dentro de um procedimento decisório amplíssimo (dialético), que a vontade radical, completamente arbitrária, pode ser afastada (vide *supra*: 2.3.4.)<sup>604</sup>.

## 2.5. OS ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO: REVISAR OU ABANDONAR?

É importante repetir: não existe motivo para ter medo do ato administrativo a ponto de tentar substituí-lo por outras formas de atuação estatal (*e.g.* contrato e acordo) ou por outras categorias jurídicas (*e.g.* relação jurídica e procedimento).

Conforme exposto, o ato administrativo não pode mais ser concebido como sinônimo de arbítrio, de vontade radical da Administração Pública, nem muito menos como sendo imune ao controle judicial (a exemplo da ideia inicial do *acte administratif* francês<sup>605</sup>).

O ato administrativo contemporâneo exige outra construção de significado para a qual o institucionalismo clássico, ao substituir a ideia de força pela ideia de poder organizativo, tem muito a contribuir.

A doutrina contemporânea tem questionado a permanência dos tradicionais atributos do ato administrativo, tentando descobrir novos caminhos do ato administrativo. A presunção de legitimidade e veracidade, a autoexecutoriedade, a imperatividade e a tipicidade passam assim a ser postas em causa pela doutrina, que chega até o extremo de dizer que não existe distinção entre o ato administrativo e o ato jurídico do direito privado<sup>606</sup>.

<sup>604</sup> No ponto, é importante fazer uma distinção fundamental. Se por um lado, a doutrina tem muita razão ao criticar a utilização de “prerrogativas” no contrato celebrado pela Administração Pública, a ponto de reputar que os contratos administrativos são um “*equivoco histórico*”, uma “*invenção*”, “*um expediente da doutrina francesa para permitir à Administração manter as suas prerrogativas de autoridade, mesmo na sua atividade contratual*” (cf.: ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.183); por outro lado, também não se pode perder de vista que o contrato celebrado pela Administração Pública nem sempre pode ser tratado sob na mesma perspectiva da ampla autonomia da vontade do direito privado exatamente porque não se pode simplesmente trocar o arbítrio de lugar (do Estado para o indivíduo), nem desprezar a importância da autoridade enquanto instância balizadora de comportamentos contrários ao bom funcionamento do próprio contrato, especialmente nos contratos multilaterais.

<sup>605</sup> MEDAUAR, Odete. MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.11-36. , p.16-17.

<sup>606</sup> “*Destarte, estamos diante de situação em que tanto o ato administrativo, como todos os demais atos jurídicos gozam de idêntica presunção relativa de legitimidade [...]*”. SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**. p.127-128.



As críticas em geral são muito pertinentes e rejeitam um ato administrativo de concepção autoritária, reputado um “*ato administrativo autista*” nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto <sup>607</sup>.

Ocorre que se, por um lado, as críticas da doutrina aos atributos do ato administrativo são muito pertinentes, por outro lado, as soluções propostas não conseguem se desapegar da concepção normativista do direito, o que ao fim e ao cabo parece conduzir para soluções parciais decorrentes da própria insuficiência do positivismo kelseniano.

As soluções propostas por Floriano de Azevedo Marques Neto parecem ser um bom exemplo.

Para combater o ato administrativo “*autista*”, autoritário, o jurista oferece três caminhos (vetores): a processualidade administrativa, a consensualidade e o controle ampliado da Administração Pública.

As soluções são muito pertinentes porque rejeitam a concepção do ato administrativo autoritário. Contudo, o pensamento normativista ainda não permite explorar todo o potencial construtivo que o direito administrativo pode ter, uma vez que continua enxergando o direito por um ângulo externo ao invés de enxergá-lo por um ângulo interno, a partir de dentro.

Explico melhor. A concepção de processualidade administrativa do jurista parece estar ligada à concepção germânica (austríaca e alemã) de procedimento, estreitamente ligada ao processo judicial, ora como alternativa ora como complemento, mas sempre dando ênfase no aspecto subjetivo do procedimento administrativo e conseqüentemente na visão normativista do direito subjetivo, reduzindo-o apenas ao seu aspecto litigioso (o processo administrativo sancionador), de maneira a desprezar o contexto e a finalidade que o procedimento administrativo tem para a doutrina italiana com toda a sua sinergia colaborativa e construtiva, ou seja, a dimensão objetiva e organizativa do procedimento que é muito adequada para o direito administrativo (vide *supra*: 1.3.2.1.).

Em outras palavras, dizer que o ato administrativo deve ter como vetor um processo judicial, litigioso, conflitivo - em vez da dimensão objetiva e organizativa -, não parece ser a melhor solução para o direito administrativo, consoante reconhece a doutrina italiana do procedimento e a própria concepção institucionalista ora defendida, segundo a qual o ato administrativo não é só decisão final (não é “*atocêntrico*”), nem um procedimento errante, mas sim ato final e procedimento ao mesmo tempo (vide *supra*: 2.3.3).

---

<sup>607</sup> A superação do ato administrativo autista. In **Direito Administrativo Brasileiro**. MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vítor Rhein (org.). Ed. RT: São Paulo, 2011, p.89-113.

Na verdade, em que pese a aproximação ao processo judicial de concepção germânica, o que o jurista parece defender intuitivamente é a necessidade de efetiva participação de todos os interessados, e mesmo não interessados, na formação do ato administrativo, no que tem razão <sup>608</sup>.

A questão da consensualidade exige maior cautela.

Conforme abordado antes (vide *supra*: 2.3.2.), não se justifica que o direito abrigue a vontade radical, fruto do mais puro arbítrio das partes (o consensualismo de sentido pejorativo).

De fato, não basta o convencimento recíproco para se ter por construído um ato administrativo substancialmente democrático, sendo necessário algo a mais. E este algo a mais já foi rascunhado anteriormente: o consenso, tal como a autoridade, está fundado no poder organizativo que, por sua vez, se sustenta na instituição.

O consenso por si só não parece ser suficiente para resolver os grandes problemas do direito administrativo exatamente em razão do risco do voluntarismo que o tangencia, aquele do arbítrio absoluto.

Trocar o “*autismo*” da Administração Pública pelo “*autismo*” das vontades radicais das partes não parece ser a solução mais adequada. Nem a arbitrariedade de um, nem a arbitrariedade de outro é compatível com o direito. A arbitrariedade pura e simples (o arbítrio absoluto) só se desenvolve no caos e na desordem, fora do direito.

Isto significa que até mesmo o consenso entre as partes (Administração Pública e cidadão) deve se sujeitar à concepção contemporânea de democracia (“quem”, “como” e “o que” se decide). E significa também que autoridade substancialmente legítima não é incompatível com o consenso <sup>609</sup>.

Portanto, não é qualquer acordo resultante de convencimento recíproco que pode ser considerado legítimo, mas apenas aquele que se funda em parâmetros definidos dentro de um contexto substancialmente democrático.

---

<sup>608</sup> Para a doutrina clássica o que distingue o ato administrativo do ato jurídico do direito privado são os seus elementos constitutivos, destacadamente o seu “*processo de formação*”, ou seja, “*a vontade manifestada por meio da função*”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**, p.10 e 18. Inobstante esta afirmação, a meu ver correta, o jurista parece retroceder dizendo que, praticado o ato administrativo, a vontade deixa de ter importância.

<sup>609</sup> O legislador parece ter compreendido essa nova realidade ao reconhecer a compatibilidade entre a autoridade e o consenso. A Lei 13.867 de 26/08/2019, *e.g.*, alterou a legislação sobre a desapropriação por utilidade pública (Decreto-lei 3.365/1941). Na doutrina, vide: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Desapropriações não expropriatórias**. A lei mudou para a desapropriação ser mais negocial e o direito público menos autoritário. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/desapropriacoes-nao-expropriatorias-15102019>. Acesso em 16/10/2019.

Quanto ao controle ampliado da Administração Pública, vale repetir tudo o que foi dito sobre a concepção institucionalista e o seu grande potencial para criar um direito administrativo melhor e mais adequado do que aquele oferecido pela concepção normativista do direito através da ótica do controle externo.

É que, dizer que deve existir multicplidade de controles ou que o ato administrativo é plenamente sindicável, é quase um lugar-comum.

O ato administrativo, num releitura institucional da norma jurídica, deixa de estar ligado à ideia (hartiana) de norma de conduta (embora não a exclua) para se aproximar mais das normas de organização. E a organização – que significa ação, proatividade - da vida em sociedade interessa mais do que o controle (mero limite) sobre a conduta do indivíduo (vide *supra*: 1.4.2.1.).

Com efeito, não é o controle (externo) que interessa ao ato administrativo, mas sim a sua formação interna e posterior manutenção, o pós-processo decisório (implementação, avaliação etc.) a partir da ideia uma concepção mais duradoura, dinâmica, aberta e flexível, que valoriza todo o processo de tomada da decisão e vai além dela (vide *supra*: 2.3.3.).

Nesse passo, os atributos do ato administrativo não podem ser abandonados. Nem o ato administrativo precisa ser substituído por outras formas de atuação administrativa. Devem sem dúvida ser objeto de revisão, mas uma revisão que altere o ângulo de análise, de um ponto de vista normativo do sujeito agente da “terceira pessoa” para um ponto de vista institucional do sujeito agente da “primeira pessoa”.

Vitor Rhein Schirato percebeu a impertinência dos tradicionais atributos dos atos administrativos enquanto concebidos como característica genérica que não existe nos atos jurídicos do direito privado. Sugere o jurista que o critério distintivo do ato administrativo “*deve repousar na existência de uma função conferida por lei à administração e na atribuição de uma competência a uma autoridade administrativa (ou quem lhe faça as vezes) para realizar referida função*”. O que, na sua visão, conduz a um regime jurídico “*extremamente variado, cambiável conforme o campo de atuação da administração pública*”<sup>610</sup>.

O diagnóstico do jurista está correto: realmente não se pode aceitar que os atos administrativos tenham uma auréola que, por si só, seja representativa de uma reputação ilibada concedida *a priori* e abstratamente.

---

<sup>610</sup> Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos, *In: Direito Administrativo Brasileiro: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.)*, p.140-141.

Entendo, contudo, que a solução encontrada deve ser objeto de uma releitura à luz do institucionalismo.

Isto porque, dizer que a solução deve repousar na existência de uma função conferida por lei à Administração e na atribuição de uma competência a uma autoridade administrativa para realizar referida função, parece insuficiente para resolver todos os dilemas envolvendo o ato administrativo, uma vez que estas duas providências não têm o condão de evitar o problema causado pelo reconhecimento *a priori* e em abstrato da existência dos atributos do ato administrativo.

Na solução proposta pelo jurista, com traço normativista, o problema subsiste, sendo apenas transferido de lugar: deixam de existir os atributos (uniformes) consagrados pela doutrina e passam a existir os atributos (variados) escolhidos pelo legislador.

Em outras palavras, nesta visão, bastaria que o legislador prescrevesse *a priori* e abstratamente que neste ou naquele campo de atuação deve vigorar tal ou qual atributo em favor do ato administrativo e o dilema estaria resolvido.

Mas não parece que seja bem assim.

Já se tentou demonstrar que a legitimidade weberiana (automática) não encontra mais espaço no contexto de uma democracia substancial, devendo a legitimidade ser buscada dinamicamente no caso concreto.

Neste contexto, o ato administrativo realmente não pode estar - presumidamente - acima dos demais atos jurídicos (nem por decisão da doutrina, nem por decisão do legislador). Entretanto, os seus atributos devem ser construídos no caso concreto dentro de um processo decisório amplíssimo (dialético).

Nada contra a fixação em lei de atributos variados para cada campo de atuação da Administração Pública, o que, muito pelo contrário, pode até representar maior previsibilidade e segurança jurídica <sup>611</sup>.

Todavia, é no caso concreto que os atributos realmente podem ganhar uma legitimidade democrática mais densa. É que a legalidade formal também não pode significar um cheque em branco na definição dos atributos do ato administrativo, tendo a doutrina um

---

<sup>611</sup> Às vezes nem isso, conforme aponta a doutrina mais contemporânea: “La ley, em suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte em instrumento y causa de inestabilidad. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.38.

papel primordial na missão de ajudar o legislador, o gestor e o próprio juiz a identificá-los (descobri-los) na realidade prática <sup>612</sup> <sup>613</sup>.

Exatamente por isso se pode dizer que os atributos do ato administrativo já não decorrem de uma prerrogativa - abstrata e concebida *a priori* - em favor do Estado, devendo ser antes reinterpretados à luz da função que desempenham no caso concreto. E mais, os atributos passam a se referir não apenas a um sujeito determinado (Administração Pública), mas também à função organizativa do ato administrativo.

Dito de outra forma, se pode dizer que os atributos do ato administrativo constituem um critério distintivo e decorrem da necessidade – verificável no caso concreto – que a autoridade tem de organizar a vida em sociedade, criando vinculações numa extensão maior do que aquelas criadas pelos demais atos jurídicos do direito civil. Veja o exemplo da multa de trânsito (fig.10):

O ato administrativo praticado pela autoridade de trânsito não pode gozar de uma presunção automática e abstrata de legitimidade e veracidade sem não estiver acompanhado de um elemento mais substancial (fig.10)

Em primeiro lugar, é necessário observar que não existe mais sentido em dizer que o ato administrativo praticado pela autoridade de trânsito goza de uma presunção automática e abstrata de legitimidade e veracidade quando afirma que o veículo estava estacionado em local proibido quando o cidadão afirma justamente o contrário.

Mas a doutrina continua defendendo a existência de uma presunção automática do ato administrativo utilizando como fundamento, *e.g.*, o argumento de que ele é “fonte do

<sup>612</sup> Numa perspectiva normativista mais aberta que valoriza o papel da doutrina na teoria dos atos administrativos, parcela da doutrina brasileira destaca, com base na jurisprudência do STF, que a “*legalização da teoria*” não torna desimportante a teoria, concluindo que a doutrina continua sendo uma ferramenta útil para mitigar a rigidez e as generalizações excessivas da lei, desde que não se posicione contra a lei e desde que não perca de vista as manifestações jurisprudenciais. SOUZA, Rodrigo Pagani de. A legalização da teoria dos atos administrativos: impactos no STF. *in* MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**. p.399. No mesmo sentido: CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974., p.109-110. Em sentido contrário: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002., p.p.155-174.

<sup>613</sup> Não é de mais lembrar que a metodologia desta investigação, com viés institucionalista, valoriza a doutrina como condutora do processo decisório legislativo e, também, judicial. A 1ª Jornada de Direito Administrativo organizada no âmbito do STJ (CEJ/CJF) e realizada entre os dias 03/07/2020 e 07/07/2020 também revela a importância que o próprio Poder Judiciário tem reconhecido à doutrina através da edição de “Enunciados”.

direito”, somente deixando de produzir efeitos jurídicos depois de invalidado, o que significa dizer que, antes da invalidação, ele já produzira efeitos jurídicos <sup>614</sup>.

O argumento não explica muita coisa.

É que o ato jurídico *stricto sensu* do direito civil também é “fonte do direito”, uma vez que também produz efeitos jurídicos, conquanto restritos apenas aos efeitos pré-fixados pela lei formal, diferentemente do ato administrativo que pode criar novos efeitos jurídicos não previstos em lei formal. Mas ambos são “fonte de direito”.

Dizer que existe uma presunção automática de veracidade e legitimidade do ato administrativo (apenas) porque ele é “fonte do direito”, não explica muita coisa. Por isso, não é adequado defender uma presunção automática de veracidade e legitimidade do ato administrativo.

No caso da multa de trânsito, o acesso às novas tecnologias, *e.g.* dos dispositivos fotográficos móveis, não justifica mais que o agente de trânsito se limite a alegar uma presunção de veracidade de um fato cuja ocorrência poderia ser facilmente comprovada através de simples imagem digital.

A presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo não desaparece a ponto de se dizer que ela passa a ser igual a dos demais atos jurídicos do direito civil, uma vez que elas não são totalmente iguais <sup>615</sup>. Isto significa que o ato administrativo deve ser construído na realidade prática dentro de um processo decisório dotado de maior qualidade, do qual resulta uma presunção de legitimidade e veracidade para dar a primeira palavra <sup>616</sup>.

Em sentido parecido, Vitor Rhein Schirato reconhece que “a veracidade e a legitimidade de um ato administrativo dependerão de toda a construção realizada ao longo do processo administrativo”. E também que a presunção “deve ser sempre cotejada e confirmada ao lume dos passos percorridos pela administração pública em seu processo de escolha”. E

---

<sup>614</sup> Na doutrina portuguesa, vide: CAUPERS, João e SÈVES, Antonio Lorena. O acto administrativo como fonte do Direito. *In* Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume IV, **Administração e Sustentabilidade**: entre riscos e garantias, p.177-194.

<sup>615</sup> Neste sentido: “A autoridade administrativa dispõe de poderes para gerar unilateralmente atos jurídicos oponíveis a terceiros, sem que haja necessidade de participação do interessado ou do Judiciário. No direito privado, todo ato jurídico se presume legítimo relativamente apenas a quem o produziu”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª edição, p.307.

<sup>616</sup> A Administração Pública tem a primazia da primeira palavra, mas não da última, ou seja, a decisão administrativa deve valer até decisão judicial ou administrativa em contrário, não bastando a mera impugnação para abalá-la. Contra esta posição, cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20ª edição. Malheiros: São Paulo, 2006. p.240.

ainda que “a veracidade depende de uma coerência com a situação fática subjacente ao ato e não de uma presunção doutrinária”<sup>617</sup>.

Portanto, o atributo da presunção de legitimidade e veracidade subsiste<sup>618</sup>. E subsiste não tanto como critério de distinção em relação aos demais atos jurídicos do direito civil, mas sim em razão da sua extensão em termos de autovinculação (da própria Administração) e heterovinculação (de terceiros). A autoridade e o seu respectivo poder organizativo são necessários para a vida em sociedade, o que pode justificar uma vinculação maior ou menor no caso concreto<sup>619</sup>.

Veja também o atributo da imperatividade e autoexecutoriedade do ato administrativo abaixo (fig.11):

A pandemia de coronavírus de 2020 (COVID-19) constitui um exemplo de autoexecutoriedade e imperatividade do direito administrativo de emergência que há muito tempo não se encontrava na realidade prática (fig.11)

No direito administrativo de emergência, esses atributos podem se tornar especialmente justificáveis. Isto não significa, contudo, que a decisão administrativa possa ser irracional ou injusta. Não pode. Qualquer decisão proferida no âmbito do “*direito administrativo de emergência*” deve se pautar por uma racionalidade adequada à excepcionalidade. Ainda assim uma racionalidade.

E a qualidade do processo decisório de uma política pública de saúde ganha importância no contexto do “*direito administrativo de emergência*”, sendo admissível adotar tanto o atributo da imperatividade quanto, eventualmente, o da autoexecutividade (compelir materialmente).

É interessante notar que, se antes era até mesmo difícil encontrar um exemplo concreto destes atributos, a pandemia de coronavírus (COVID-19) que assolou o mundo em 2020 tratou de tirar este exemplo da ficção para colocá-lo na realidade.

---

<sup>617</sup> Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos, in MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**. p.128-129.

<sup>618</sup> Contra: defendendo a sua não recepção pelos princípios da motivação e da presunção de inocência da Constituição Federal de 1988, cf.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Algumas notas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. **RDA**, n° 259, jan/abr. 2012, p.85.

<sup>619</sup> O que não se pode admitir é que, uma vez impugnado o ato administrativo, o juiz profira uma decisão final com base simplesmente numa presunção abstrata. Uma visão extrema como esta poderia acabar conduzindo a outra visão extrema, e.g. da ideia de presunção de “ilegitimidade” do ato administrativo.

O exemplo é ainda emblemático não apenas porque demonstra a inadequação de se exigir autorização judicial prévia para a execução de medidas emergenciais <sup>620</sup> como também porque resgata a importância do ato administrativo para o direito administrativo e ainda porque revela que existem outras fontes de direito mais aptas para lidar com questões emergenciais do que a legalidade estrita, *e.g.* da “necessidade” (vide *infra*: item 3.7.4.3.).

Como será demonstrado mais a frente, a legalidade estrita nunca mais será a mesma <sup>621</sup>.

Quanto à tipicidade, esta sim parece não ter lugar dentre os atributos do ato administrativo.

Diversos são os argumentos para defender esta posição, dentre eles o fato de que este atributo parece ser mais uma herança da concepção de ato administrativo como mera aplicação da lei formal quando, em verdade, a atuação administrativa é multifuncional e deve sempre ter em conta a realidade prática na busca dos “*bens de excelência*”, mormente numa sociedade complexa como a contemporânea.

Numa linha um pouco diferente, Sabino Cassese aponta três fatores para a erosão deste atributo, quais sejam, a liberdade das formas de atuação da Administração Pública, a utilização de instrumentos privados e a realização de atos administrativos por particulares <sup>622</sup>.

Enfim, os atributos dos atos administrativos não podem ser abandonados ou desprezados pela doutrina <sup>623</sup>, devendo ser considerados sempre no caso concreto como poderes legítimos “em potência” (não mera prerrogativas) e mesmo assim não propriamente do sujeito que os pratica <sup>624</sup>, mas principalmente em razão da função que devem desempenhar.

Os atributos existem potencialmente, mas se realizam apenas na realidade prática dentro de um processo decisório amplíssimo (dialético). Quanto melhor a qualidade do processo decisório, maiores e mais densos os atributos do ato administrativo e vice-versa,

---

<sup>620</sup> Nesse sentido: BINENBOJM, Gustavo. **O coronavírus e o estado de exceção**: Estado democrático de direito proveu instrumentos para a Administração Pública agir a tempo e a hora; que o faça. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-coronavirus-e-o-estado-de-excecao-13032020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-coronavirus-e-o-estado-de-excecao-13032020). Acesso em 13/03/2020.

<sup>621</sup> A ressalva que faço sobre a doutrina acima é a de que não basta substituir o decisionismo schmittiano (soberano é aquele que decide do estado de exceção) por outra fórmula mágica, sendo necessário, mais do que isto, buscar uma racionalidade na decisão administrativa, que pode inclusive prescindir da lei.

<sup>622</sup> *Apud* SCHIRATO, Vitor Rhein. **Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos**, p.139. Em sentido contrário: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação de ato administrativo**, p.88.

<sup>623</sup> A doutrina contemporânea, mesmo com outro fundamento, continua considerando importante a presunção de legitimidade do ato administrativo como “*solução teórica*” para evitar uma demora insuportável e um acúmulo de processos judiciais, desde que não seja manifestamente incompatível com a ordem jurídica. JUSTEN FILHO, Marçal. **“Legitimidade do ato administrativo: presunção ou ficção? A legalidade administrativa sobrepõe-se à presunção de legitimidade”**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/legitimidade-do-ato-administrativo-presuncao-ou-ficcao-28012020>. Acesso em 29/01/2020.

<sup>624</sup> Neste sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª edição, p.307.



quanto menor a qualidade do processo decisório, mais frágeis e esfumaçados serão esses atributos.

Isto significa que existem graus de intensidade desses atributos que podem variar não apenas conforme o campo de atuação definido em lei, mas também conforme a qualidade do processo decisório. E não é demasiado lembrar que a genuína “autoridade supõe uma renúncia ao poder”<sup>625</sup>.

Portanto, “o reconhecimento social é condição de legitimidade do seu exercício devendo se perpetuar durante todo o exercício do poder”<sup>626</sup>, o que permite concluir que a Administração Pública, embora possa fazer uso dos atributos dos atos administrativos, deve sempre que possível renunciar a fazê-lo, até para legitimar a sua autoridade não apenas sob o ponto de vista formal, mas principalmente do ponto de vista substancial.

### 2.5.1. Outros Atributos: o Problema da Unilateralidade

A doutrina continental europeia não raramente analisa os atributos do ato administrativo dentro do contexto do seu próprio conceito, repercutindo na discussão sobre uma concepção ampla ou restrita do ato administrativo. Em outras palavras, a doutrina acaba muitas vezes ligando os elementos do ato administrativo com os seus predicados (definitividade, executoriedade etc.).

José Carlos Vieira de Andrade, *e.g.*, defende uma concepção restrita do ato administrativo à moda do *provvedimento* italiano e do *Verwaltungsakt* alemão, embora propondo o abandono da ideia de “definitividade” e de “executoriedade”<sup>627</sup>.

A discussão em torno da definitividade é interessante, mas é muito própria do sistema do contencioso administrativo europeu, onde ela é analisada com mais profundidade dentro do contexto de um processo à moda judicial, chegando a ser distinguida entre “*definitividade material*” (substantiva), “*definitividade horizontal*” (procedimental) e “*definitividade vertical*” (adjetiva)<sup>628</sup>.

Num sistema de jurisdição única como do Brasil esta discussão pode interessar na medida em que a “*definitividade*” possa ser relacionada *e.g.* com o tema da revogação do ato

<sup>625</sup> DOMINGO, Rafael. *Auctoritas*. Barcelona: Ariel, 1999, p.85.

<sup>626</sup> *Ibidem*, p.66.

<sup>627</sup> **Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo**, *In* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, p.1189-1220.

<sup>628</sup> *Ibidem*, p.1190-1191.

administrativo ou da sua provisoriedade, como acontece no chamado direito administrativo de risco, ou ainda no direito administrativo regulatório (vide *supra*: 2.3.3.1.), ou ainda na questão da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos (primazia para dar a primeira palavra, mas não da última), ou ainda finalmente nos chamados atos ou contratos administrativos experimentais <sup>629</sup>.

A “executoriedade”, por sua vez, é compreendida ora como obrigatoriedade, ora como executividade, defendendo a doutrina o abandono da ideia de ato administrativo definitivo e executório <sup>630</sup>.

A mesma doutrina defende, contudo, que a “*eficácia obrigatória imediata*” e a execução, ressalvada a execução coercitiva, continuam sendo pertinentes ao ato administrativo <sup>631</sup>. Esta ideia europeia de executoriedade parece corresponder na doutrina brasileira à autoexecutoriedade, já abordada acima.

Quanto à unilateralidade, figura mais complexa, parece possível identificá-la com o conceito francês de *décision exécutoire*, também tratada ora no contexto do conceito de ato administrativo, como um elemento seu, conforme a concepção restrita alemã, ora no contexto dos seus atributos, neste caso ligado à imperatividade.

A imperatividade é muitas vezes associada à ideia de unilateralidade, e.g., da seguinte passagem: “considera-se imperatividade, em sua acepção mais recorrente, a característica de que gozam os atos administrativos em geral de imposição de seu conteúdo aos administrados, independentemente de seu consentimento” <sup>632</sup>.

Entendo que este caso se refere mais à unilateralidade do que propriamente da imperatividade. Este parece ser o entendimento de Vasco Pereira da Silva abaixo transcrito:

Assim, eu diria que os actos administrativos gozam de eficácia imediata e impõem-se aos sujeitos privados porque são actos unilaterais, e não em virtude de qualquer outra extraordinária qualidade do acto, ou da Administração. Não sendo, pois, necessário invocar pretensas qualidades de executoriedade, de imperatividade ou de obrigatoriedade, ou inventar uma presunção de legalidade dos actos administrativos, ou ainda recorrer a características específicas da Administração, ou do próprio Estado, para

<sup>629</sup> Sobre o chamado “*contrato de impacto social*” (CIS) inspirado no *social impact bond* inglês, vide: MONTEIRO, Vera. **O que é Contrato de Impacto Social (CIS)? Gestores públicos podem inovar e experimentar em matéria contratual**, in <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-que-e-contrato-de-impacto-social-cis-12112019>, acesso em 28/11/2019.

<sup>630</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo**. In: Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coi, In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, p.1192.

<sup>631</sup> *Ibidem*, p.1199.

<sup>632</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, número 24, dez./jan./fev. 2011.

justificar efeitos que decorrem do exercício de poderes unilaterais de decisão, de natureza potestativa, e que nem sequer são exclusivos da actuação administrativa.<sup>633 634</sup> (Sem grifo no original)

Na doutrina portuguesa, José Carlos Vieira de Andrade entende que a “*unilateralidade*” continua sendo um elemento do ato administrativo, argumentando que ela decorre do sistema de administração executiva, que é uma atividade de aplicação da lei, estando o ato administrativo, além disso, sujeito ao controle judicial *a posteriori*<sup>635</sup>.

Ocorre que o controle judicial *a posteriori* não é o critério distintivo do ato administrativo, já que no Brasil todos os atos jurídicos são passíveis de controle judicial. Mas afinal de contas, a “*unilateralidade*” subsiste ou não?

Esta questão seja uma das mais difíceis de serem respondidas no direito administrativo, cuja doutrina sempre tentou encontrar um critério que pudesse ser considerado distintivo em relação ao direito privado<sup>636</sup>.

A *puissance publique* de Maurice Hauriou, a “escola do serviço público” de Leon Duguit, as “*prerrogativas de menos*” de JEAN Rivero, todas elas representaram tentativas de encontrar justamente esse critério distintivo que de uma maneira geral acabou sendo relacionado com a ideia de “*unilateralidade*” enquanto possibilidade de imposição da vontade estatal independentemente do consentimento do particular.

Entretanto, como se pode perceber, a “*unilateralidade*” também não é um critério distintivo do direito administrativo, eis que também pode ser encontrada no direito privado, conforme ressalta a doutrina<sup>637</sup>.

A questão é realmente de difícil solução, que não pode ser buscada com muita profundidade no estreito escopo deste trabalho.

Todavia, ao menos um rascunho, uma tentativa teórica pode ser realizada.

<sup>633</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.561.

<sup>634</sup> Na NR. n.3 o jurista português ressalta a importância de se estudar pormenorizadamente a eficácia do ato administrativo e a sua conciliação com um conceito “*não autoritário*” de ato administrativo, tarefa que numa maior ou menor medida constitui objeto do presente trabalho, mormente porque aborda especificamente a atuação de entidades privadas fora do contexto da atuação administrativa no exercício de “*poderes unilaterais de decisão*”.

<sup>635</sup> **Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo** In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, p.1197.

<sup>636</sup> Para uma breve exposição sobre os “*critérios distintivos*”, cf.: ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o direito privado**, p.233-252.

<sup>637</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.612.

Nesse sentido, parece possível começar constatando que nem mesmo a fluidez da dicotomia público-privado é capaz de eliminar a importância de se identificar esse critério distintivo.

É intuitivo que a atuação pública tem algo a mais do que a atuação privada, o que parece decorrer da necessidade humana de organização social num contexto maior do que aquele em que se organiza as entidades privadas.

No institucionalismo de Santi Romano é possível perceber que, embora existam diversos ordenamentos jurídicos concretos produzidos por múltiplas organizações sociais (privadas), é para o ordenamento jurídico estatal que todos eles devem convergir (vide *supra*: 1.4.2.3.), de maneira que o ordenamento estatal deve ter realmente algo a mais que os demais ordenamentos extraestatais.

Maurice Hauriou parece ter identificado esse algo a mais com a *puissance publique* e não estava totalmente errado porque realmente o poder público é em alguma medida diferente do poder privado, o que não significa que seja superior no sentido de uma superioridade abstrata e instituída *a priori*, fruto da autoridade formal weberiana.

Esta superioridade deve ser conquistada no caso concreto, ou seja, deve ter a sua legitimação comprovada na realidade prática e não apenas abstratamente<sup>638</sup>. A chave parece estar, com efeito, na ideia de autoridade substancialmente legítima, já exposta ao longo do trabalho (vide *supra*: 1.2.2.1.).

Note: tanto a atuação pública quanto a atuação privada devem buscar uma legitimação o mais substancial possível. Mas é verdade também que o *telos* da atuação pública (macro) é por assim dizer maior do que o *telos* da atuação privada (micro).

A atuação privada também deve buscar alcançar uma legitimidade substancial, mas não, obviamente, na mesma extensão da atuação pública, de modo que a sua decisão, que não deixa de ser um processo decisório (privado), pode ser mais singela do que o processo decisório público (vide *supra*: 2.3.3.).

É certo, porém, que na atuação privada aparece normalmente somente a vontade final, pontual e estática<sup>639</sup>, diferentemente da atuação pública em que o grosso do seu processo decisório deve se materializar do modo mais denso e transparente possível.

Com efeito, o critério distintivo do direito administrativo não é nem a “*unilateralidade*”, nem a *potestà*, nem as vinculações de direito público, nem as “*prerrogativas de menos*” e nem o serviço público.

---

<sup>638</sup> A mera *potestas*, poder sem o reconhecimento social, nada mais é do que o poder despótico.

<sup>639</sup> A própria doutrina civilista diz que o ato jurídico é “uma manifestação de vontade”.

Não é nada disso.

O critério distintivo do direito administrativo parece estar ligado à ideia de autoridade substancialmente legítima que, de alguma forma, exerce um poder (*puissance*) com base num “*genuíno consenso moral*”<sup>640</sup>.

Em contrapartida, ficam um pouco mais afastadas do direito administrativo as atuações privadas entre iguais, por assim dizer de foro mais íntimo. Estas relações entre iguais se distanciam das atuações privadas entre desiguais, cujo *telos* deve ser em alguma extensão o bem comum (menor) do seu microcosmo e, ao mesmo tempo, o bem comum (maior) de toda a sociedade<sup>641</sup>.

Se para se exercer essa autoridade é necessário praticar um ato unilateral ou bilateral, executório ou não, imperativo ou não, tudo isto decorre da necessidade do caso concreto, bastando que esta autoridade seja substancialmente legítima. Legitimidade esta que deve estar presente até mesmo nos negócios jurídicos administrativos, seja na sua fase pré-contratual seja na sua fase pós-contratual, evitando-se com isso que ocorra qualquer arbítrio da vontade radical das partes.

O critério ora proposto parece resolver de maneira bastante simples alguns expedientes teóricos elaborados pela doutrina na tentativa de lidar com o estranho critério da “*unilateralidade*”, e.g. daquela classificação tripartite adotada pela doutrina francesa que divide as atuações da Administração Pública em *i*) atos administrativos “não unilaterais”, *ii*) atos administrativos “unilaterais” e *iii*) “decisões executórias” (vide *supra*: 1.2.)<sup>642</sup>.

É preciso reconhecer que não é tão fácil defender o critério acima, que até pode ser confundido como uma espécie revolta da autoridade contra a consensualidade ou, ainda, contra a doutrina que proclamou a morte do ato administrativo, como se agora tudo fosse autoridade.

Mas não é.

---

<sup>640</sup> “Em qualquer sociedade em que o governo não expresse nem represente a comunidade moral dos cidadãos, mas seja, pelo contrário, um conjunto de acordos institucionais para impor uma unidade burocratizada a uma sociedade que carece de um genuíno consenso moral, a natureza da obrigação política se torna sistematicamente obscura”. MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983). p. 426.

<sup>641</sup> Na verdade, parece haver uma aproximação entre o direito administrativo e o direito privado, ambos convergendo para uma “*horizontalização da autoridade*” (vide *infra*: 3.1.), ideia que parece ser muito próxima da concepção de um “*novo direito comum aplicável a operadores privados e públicos*”. Cf.: ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o direito privado**, p. 352.

<sup>642</sup> Cf.: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 577-578.

Bem vistas as coisas, o que se propõe não é a “morte do consenso”, nem a morte do negócio jurídico na Administração Pública, nem da doutrina dos atos favoráveis aos particulares, das subvenções, das concessões etc.

O consenso e a autonomia da vontade das partes são importantes e devem ser preservados em sua plenitude no direito administrativo, não há muita dúvida quanto a isso, mas o fato é que a autoridade, aquela substancialmente legítima, ainda vive e vive porque continua sendo necessária como critério de organização das relações sociais, conforme reconhece a melhor doutrina <sup>643</sup>.

Só por isso, vale a pena abrir um parêntese para dizer que até mesmo a contemporânea categoria do acordo administrativo, com toda a sua autonomia e robustez dogmáticas <sup>644</sup>, não pode ser construída sob uma perspectiva do mero arbítrio da vontade das partes – da vontade radical -, devendo-se, muito mais do que isto sim, buscar parâmetros objetivos que possam ser identificados no contexto da ideia de autoridade substancialmente legítima.

Se a doutrina pretende abandonar os esquemas binários do normativismo na busca de soluções mais criativas para o direito administrativo, o critério distintivo proposto parece mais adequado dos que os demais.

Basta constatar a busca incessante da doutrina do acordo administrativo por uma procedimentalização <sup>645</sup> - que nada mais representa do que uma busca por padrões objetivos e por uma racionalização - para se perceber que a autonomia da vontade não pode ser uma vontade radical, devendo se sujeitar, além obviamente dos limites legais, aos parâmetros de algo que pode ser associado à ideia de autoridade substancialmente legítima <sup>646 647</sup>.

---

<sup>643</sup> A melhor doutrina afirma que o “resultado produzido pode até ser querido pelo interessado, uma vez que o marco decisivo reside no fato de a respectiva produção estar ‘exclusivamente’ confiada àquele agente. [...] Mas a autoridade do poder continua muito nítida, porquanto a Administração detém a faculdade de, ‘por si só’, verificar a compatibilidade da pretensão com o interesse que ela tutela e de permitir a realização do interesse particular”. GONÇALVES, Pedro Costa. GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas.** (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008., p.610.

<sup>644</sup> Cf.: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão.** São Paulo: Editora RT, 2008.

<sup>645</sup> A doutrina ensina que “buscando formalizar e regulamentar essas e outras espécies de relações em que a Administração figura em um dos polos, vários países recorreram a ‘métodos de ação negociada’, originando o fenômeno da ‘nova contratualização administrativa’”. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão,** p. 45. No mesmo sentido: “no tema da consensualidade, o processo administrativo talvez seja o instituto de maior utilidade para a efetivação de acordos com a Administração Pública”, cf.: PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade?** In MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro.** p. 257.

<sup>646</sup> Na recente ADPF 568-PR, ajuizada em 12/03/2019 parece estar subjacente exatamente essa questão. Dito de outra forma, a falta de parâmetros objetivos relativamente ao “acordo de assunção de obrigações” firmado entre a Petrobras e o MPF parece ter enfraquecido o acordo administrativo justamente sob o ponto de vista da legitimação substancial da autoridade.

A propósito, Odete Medauar parece se aproximar muito do conceito de unilateralidade exposto:

Nas visões contemporâneas, unilateral diz respeito à fonte de emanção do ato administrativo, não ao modo de fixação do seu conteúdo, nem ao processo de sua formação. Com efeito, mesmo resultando de acordo, consenso, negociação ou de processo administrativo com atuação dos destinatários, quem emite o ato é a autoridade pública, sua fonte; este o sentido hoje conferido à palavra unilateral ou unilateralidade, não supondo ausência de atuação ou de consentimento dos destinatários na obtenção do conteúdo.<sup>648</sup> (Sem grifo no original)

Quando o processo decisório, no sentido amplíssimo, é corretamente aquilatado, a tendência é que ocorra uma espécie de pacificação em torno dos interesses envolvidos, uma espécie de antecipação do consenso decorrente das “*vontades paralelas*” em torno de uma “*ideia diretriz*”, para utilizar a linguagem institucional.

Em outras palavras, quando ocorre uma convergência na busca dos “*bens de excelência*” no interior de um processo decisório construído a partir de uma base democrática substancialmente mais legítima, a tendência é que os conflitos se tornem menos “*divisivos*” e mais “*integrados e integradores*”<sup>649</sup>.

A essa altura do desenvolvimento civilizatório, substancialmente mais democrático, se torna menos importante saber se o ato administrativo é unilateral ou bilateral, uma vez que o consenso em torno da atuação administrativa já estará formado previamente de maneira harmônica, diluindo assim o espírito caprichoso das vontades radicais individuais.

Então, já não haverá espaço para vontades arbitrárias nem dos “*deuses-indivíduo*”, nem do “*deus-Estado*”, mas sim para uma só vontade, mais funcional, decorrente dos consentimentos paralelos de que fala o institucionalismo clássico, sem deixar de preservar, ao mesmo tempo, a vontade de cada pessoa naquilo que ela tem de especificidade, numa genuína unidade na pluralidade.

---

<sup>647</sup> Numa perspectiva semelhante, inclusive admitindo zonas “*inegociáveis*”, a doutrina defende uma “*teoria da negociação proba*”. Cf.: FREITAS, Juarez. **Negociação proba na esfera administrativa**: dever constitucional de promoção da sociedade pacífica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coords.). O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Fórum, p.227-236.

<sup>648</sup> Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. *in* Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**. p.30.

<sup>649</sup> MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.23.

Este parece ser o grande desafio da sociedade contemporânea: saber como buscar a unidade na pluralidade; saber como buscar ela própria o bem comum ao mesmo tempo em que preserva as diferenças de cada indivíduo.

Por isso, parecem mais adequadas as doutrinas de teoria política que defendem uma “*unidade de ordem*”<sup>650 651</sup>. E por isso, diversamente, parecem inadequadas as teorias que oferecem soluções fora da sociedade, ora na objetividade das normas jurídicas<sup>652</sup>, ora na subjetividade dos indivíduos<sup>653</sup>.

## 2.6. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: UMA “VISÃO INSTITUCIONAL”

Conforme debatido acima, o controle externo (de fora), do ato administrativo não é capaz de aproveitar toda a potencialidade que o direito administrativo pode proporcionar a partir de uma visão institucionalista do direito.

No entanto, o fato é que o controle do ato administrativo é uma realidade e uma necessidade do Estado democrático de direito que não pode ser descurada.

### 2.6.1. A Sindicabilidade plena do Ato Administrativo

A primeira questão que deve ser debatida é aquela tocante à sindicabilidade do ato administrativo.

---

<sup>650</sup> “Na unidade de ordem, o todo não está inteiramente unificado, isto é, as diferenças das partes não são dissolvidas no todo. A unidade entre partes e todo não é absoluta”. BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p.93.

<sup>651</sup> A filosofia política de índole comunitarista indica como elemento unificador (“*bem comum imediato partilhado*”) a “*república*”, o “*patriotismo*” e o “*autogoverno*”, numa concepção muito próxima do vínculo de “*amizade*” na *polis* aristotélica (**Ética a Nicômaco**, 1167b3; **Política**, 1259b5). Cf.: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 2ª ed. São Paulo: Edição Loyola, 2014, p.197-220.

<sup>652</sup> Apesar do diagnóstico correto, o neoconstitucionalismo também não parece ser a solução mais adequada para cumprir essa função unificadora a partir unicamente do ponto de vista da “*terceira pessoa*”: “El pluralismo no degenera em anarquia normativa siempre” [...], de modo que “en la nueva situación, el principio de constitucionalidade es el que debe assegurar la consecución de este objetivo de unidad”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.40.

<sup>653</sup> Ao enfatizar só as diferenças, tem se tornado comum pensar mais sobre como alcançar a pluralidade (destruindo a unidade) do que como alcançar a unidade (preservando as diferenças). Neste sentido a doutrina que propõe o resgate do velho “*emotivismo ético*”, utilizando como exemplo (na verdade, contraexemplo) os povos indígenas brasileiros que têm na ancestralidade e na língua própria um “*elemento aglutinador*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma**: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira, p.107.



O ato administrativo contemporâneo – há muito tempo - não adota a concepção inicial francesa do *acte administratif*, segundo a qual o Poder Judiciário não poderia se imiscuir nas tarefas administrativas (vide *supra*: 1.2.).

É claro que isso não ocorreu do dia para a noite, tendo havido um longo percurso de desenvolvimento, desde a insindicabilidade do mérito do ato administrativo até à plena sindicabilidade <sup>654</sup>.

Atualmente, parece ser amplamente aceita na doutrina <sup>655</sup> e na jurisprudência <sup>656</sup>, a ideia de plena sindicabilidade do ato administrativo, a ponto de se poder falar até mesmo, em alguns casos, de um hiperativismo judicial.

Mas dizer que o ato administrativo é plenamente sindicável significa exatamente o quê?

A primeira hipótese é a de que o Poder Judiciário pode substituir incondicionalmente a Administração Pública, decidindo sobre qualquer coisa no seu lugar. Esta hipótese, claramente decisionista-voluntarista, não parece adequada ao Direito contemporâneo, não importa se a decisão é monocrática ou colegiada <sup>657</sup>.

Parece ser necessária, portanto, a existência de parâmetros.

Ocorre que identificar esses parâmetros é uma das tarefas mais difíceis do direito, o que, contudo, não significa que não deva ser ao menos tentado.

Já foi dito que no estudo do ato administrativo o mais importante é investigar a sua essência; conhecer o ato administrativo por dentro; conhecer o modo através do qual ele é formado e mantido. E não a sua patologia, representada pelo seu controle externo que ocorre num momento lógico e temporal posterior.

É que a essência está ligada ao aspecto interno do ato administrativo, enquanto a patologia está ligada ao seu aspecto externo. Mas aqui talvez esteja a chave para uma melhor abordagem da questão: parece mais adequado que o controle (externo) sobre o ato

---

<sup>654</sup> Cf.: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014., p. 211 e ss.

<sup>655</sup> MONCADA, Luiz S. Cabral de. MONCADA, Luis S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014., p. 299-300. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. p.311.

<sup>656</sup> Vide: SOUZA, Rodrigo Pagani de. **A legalização da teoria dos atos administrativos: impactos no STF**. In MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**. p.383-400.

<sup>657</sup> Para uma crítica sobre o papel que o STF tem desempenhado atualmente, vide: MENDES, Conrado Hubner. **Quem vai conter o medalhão do STF?** Supremo Tribunal Federal tornou-se a instituição mais atordoada e atordoante da democracia brasileira. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/04/quem-vai-conter-o-medalhao-do-stf.shtml?cmpid=assmob&origin=folha>. Acesso em 15/04/2020.

administrativo não desconsidere o seu aspecto interno, ou seja, o seu processo de formação sob o ponto de vista do sujeito agente da “*primeira pessoa*”.

O ato administrativo tem uma história que o controle externo não pode desconhecer, nem deixar de percorrer para poder realizar um juízo de valor a seu respeito. Desprezar esta história do ato administrativo, todo o seu amplíssimo processo decisório, pode desembocar num decisionismo-voluntarista pernicioso para a democracia substancial.

Nesse passo, o ato administrativo nunca deve ser construído do nada pelos órgãos de controle externo, a importar em verdadeira substituição da Administração Pública, a quem cabe primordialmente construí-lo (uma deferência “de primeiro grau”).

O ato administrativo pode ser avaliado pelo órgão de controle só a partir de algo que o precede, algo que, repita-se, ocorre num momento lógico e temporalmente anterior ao controle. O controle do ato administrativo só pode ser realizado pelo sujeito agente da “*terceira pessoa*” que, obviamente, não estava na posição do sujeito agente da “*primeira pessoa*” que é quem tinha a atribuição e a responsabilidade de tomar a decisão na realidade prática daquele determinado tempo e espaço.

Contudo, essa deferência em favor da Administração Pública não pode ser considerada *a priori* e em abstrato, mas sim no caso concreto.

Isto significa que a Administração Pública deve deixar muito claro e acessível (as novas tecnologias facilitam) todo o processo decisório que ela percorreu na formação do ato administrativo, possibilitando assim analisar a sua legitimidade. É a partir deste substrato que os órgãos de controle externo devem exercer um juízo de valor, que não pode simplesmente desprezá-lo para construir um ato administrativo inteiramente novo no seu lugar e, pior, sem se apoiar naquilo que possa ser considerado um processo decisório mínimo e adequado.

Com efeito, o problema não parece estar na extensão, nem no momento do controle exercido pelos órgãos externos (sindicabilidade plena), mas sim, na sua qualidade, na sua profundidade e densidade, ou seja, na qualidade do seu próprio processo decisório (do controlador) em relação ao processo decisório da Administração Pública. Parece possível dizer que a primazia para a prática do ato administrativo não é propriamente da Administração Pública (uma deferência de “primeiro grau”), mas sim do processo decisório

(uma deferência “de segundo grau”), seja ele produzido pela Administração Pública, seja ele produzido pelos órgãos de controle <sup>658</sup>.

Parece claro que o processo decisório constitui uma função primordial da Administração Pública, devendo ser evitado o seu desempenho em duplicidade pelo juiz, o que pode atentar contra não apenas a separação de poderes, mas principalmente contra a própria eficiência que deve ser perseguida pelo direito administrativo contemporâneo. Não que seja adequado perseguir os “*bens de eficiência*” em detrimento dos “*bens de excelência*” que é no fim e ao cabo o *telos* da sociedade.

Se a Administração Pública quer garantir que o seu ato administrativo seja preservado integralmente (uma deferência de “primeiro grau”), deve então tentar produzir o melhor processo decisório possível (uma deferência de “segundo grau”), buscando alcançar a maior legitimidade substancial possível na sua decisão, o que pode por assim dizer neutralizar eventual intervenção dos órgãos de controle ou ao menos aumentar o ônus dialético do juiz na demonstração da legitimidade substancial da sua decisão substitutiva.

A sindicabilidade do ato administrativo pode ser plena em profundidade e extensão do processo decisório, mas não pode ser decisionista-voluntarista, trocando a vontade radical da Administração Pública pela vontade radical do controlador, o que acaba por conduzir a um risco ainda mais grave que envolve a questão de saber quem controla os controladores, pergunta para a qual o Estado-regulador não tem resposta <sup>659</sup>.

Os controladores acabam ficando diante de duas alternativas possíveis: *a*) devolver o ato administrativo à Administração Pública para que o seu processo decisório seja revisto em termos de legitimidade substancial, algo muito próximo da técnica jurisprudencial italiana inspirada no *hard look* dos tribunais americanos (vide *supra*: 1.3.2.). Ou então: *b*) identificar ou produzir ele mesmo um processo decisório mais qualificado do que aquele produzido pela Administração Pública, sem, contudo, olvidá-lo.

No ponto, o passado se torna um elemento importante para o controlador que deve olhar para o retrovisor na tentativa de encontrar uma legitimidade substancial em processos

---

<sup>658</sup> De maneira semelhante, destacando que o TCU adotou a expressão controle de “*segunda ordem*” em 2004 (Acórdão nº 1.703/2004) no sentido de que o controle realizado pela Corte sobre as agências é de segunda ordem, “*sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório, e não o jogo regulatório em si.*”, vide: PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia (Dissertação de mestrado: **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?**, FGV, 2019). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27366>. Acesso em 27/07/2020.

<sup>659</sup> A doutrina aponta diversos tipos de problemas do “Estado regulador”, dentre eles, o do controle dos controladores. CANOTILHO, J.J. Gomes. **O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também.** In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor Rogério Soares, p. 718-719.

decisórios produzidos anteriormente, de maneira a tomar a melhor decisão possível para o presente, sem olvidar ainda do futuro (vide *supra*: 2.3.4.5.). Os precedentes judiciais e administrativos se tornam grandes parâmetros para os controladores, assim como os costumes administrativos (vide *supra*: 2.3.4.3.).

É importante ter em mente que esses parâmetros não podem ser confundidos com a decisão em si mesma do controlador. A decisão do controlador é sempre uma decisão nova, fruto do exercício da sua própria racionalidade em dado problema prático, que deve dialogar o máximo possível com esses parâmetros dentro do seu próprio processo decisório que, por sua vez, sempre será o processo decisório de um sujeito posicionado no ponto de vista da “terceira pessoa” e não do sujeito agente da “primeira pessoa”. E isto faz toda a diferença.

Portanto, a solução para a questão parece estar no reconhecimento firme pela própria doutrina de que os controladores do ato administrativo devem ter em mente a existência da deferência da Administração Pública, sem olvidar o processo decisório produzido pelo sujeito agente da “primeira pessoa”<sup>660</sup>.

Tudo isso não significa que o controlador não possa de alguma forma participar do processo decisório da Administração Pública, ou seja, da construção do ato administrativo, momento logicamente anterior ao controle.

Os controladores (*e.g.* dos Tribunais de Contas) podem desempenhar um importante papel se, sem prejuízo do controle propriamente dito, aquele controle repressivo, realizado *a posteriori*, perceberem que como colaboradores ativos podem contribuir na fundação do próprio ato administrativo exatamente através da formulação cooperativa de padrões capazes de auxiliar o gestor público. O foco então deixa de ser repressivo, desconstrutivo e impositivo e passa a ser mais preventivo, construtivo e diretivo (vide *supra*: 2.3.4.5.).

A esta altura, parece adequado até mesmo falar da necessidade de se defender a existência de uma espécie de princípio lógico (para os normativista, um princípio constitucional implícito) da preservação do ato administrativo, decorrente exatamente da necessidade de valorizar a essência do ato administrativo, ou seja, o processo decisório que levou à sua formação.

A adoção deste princípio lógico deve conduzir ao entendimento de que o controlador deve ter uma postura construtiva e colaborativa em relação à Administração Pública, procurando entender com a máxima empatia o processo decisório produzido por ela em dada

---

<sup>660</sup> A doutrina destaca que no controle judicial americano se estabelece uma relação peculiar entre o juiz e a Administração Pública através da qual “*se apura qual das duas instâncias, a judicial ou a executiva, tem a primazia da decisão*”. MONCADA, Luis Cabral de. **Rule of law**, procedimento normativo e legalidade. In Estudos de Direito Público, p.118-161. Editora Coimbra. Coimbra, 2001, p.136.

realidade prática. Estes parecem ser os traços do melhor e mais adequado controle que se pode realizar numa democracia substancial<sup>661</sup>.

### 2.6.2. A Perspectiva da LINDB: a Infinita Insuficiência da Norma Jurídica?

A doutrina deve sempre se esforçar por encontrar o melhor caminho na construção de uma concepção adequada sobre o controle, a sindicabilidade, do ato administrativo. É normalmente da doutrina que nascem as propostas que são convertidas em norma jurídica, o que é natural e saldável, se formuladas num contexto o mais dialético possível.

A recente alteração na LINDB não teve origem diferente, tendo o texto base do projeto de lei sido capitaneado pela doutrina, especificamente pelo o grupo de trabalho formado por juristas da FGV/SBDP.

Como se nota, não foi propriamente o legislador que tratou de conceber parâmetros para o controle dos atos administrativos, mas sim a própria doutrina especializada, profunda conhecedora do tema tanto na teoria como na praxe jurídica.

É certo que houve análise, discussão e até mesmo vetos parciais sobre o projeto inicial, mas o fato é que a base da proposta legislativa nasceu da doutrina. Portanto, a doutrina é importantíssima para Direito, não há como negar isso<sup>662</sup>.

Ocorre que o projeto aprovado tem a marca de nascença dos seus idealizadores, muito afeitos ao pensamento jurídico do tipo normativista, de maneira que se pode dizer que os novos dispositivos contidos na LINDB trazem consigo esta marca, o que pode ser notado na própria tradução em norma jurídica da referida proposta doutrinária.

Mas a grande questão é: a visão normativista da LINDB é suficiente para resolver adequadamente o tema? A concepção institucional do ato administrativo tem algo a contribuir para melhor entende o tema?

É necessário percorrer a LINDB. E suas recentes alterações exigem que o controlador, entre outras coisas: *i*) não se baseie em valores abstratos sem considerar as suas consequências práticas (art. 20, *caput*); *ii*) considere as possíveis alternativas para o problema

---

<sup>661</sup> Raciocínio semelhante pode ser adotado na sindicabilidade arbitral dos atos administrativos quando se estiver diante de uma arbitragem envolvendo direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública ou os efeitos patrimoniais decorrentes das suas prerrogativas. No processo arbitral o árbitro também não pode impor a sua vontade radical.

<sup>662</sup> E a doutrina não para: recentemente, em 14 de junho de 2019, o IBDA aprovou 21 enunciados sobre a LINDB. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 20 / 09 / 2020.

(parágrafo único do art. 20); *iii*) indique de modo expresso as suas consequências jurídicas e administrativas (art. 21); e *iv*) considere os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (art. 22).

De um modo geral as alterações da LINDB têm o mérito de tentar conferir um pouco mais de qualidade ao controle dos atos administrativos, exigindo do controlador uma postura mais responsável, mais madura, perante o objeto em exame.

O que as alterações da LINDB parecem querer evitar é exatamente o decisionismo-voluntarista do controlador, muito próprio do neoconstitucionalismo da doutrina dos valores (vide *supra*: 1.1.3.).

E têm razão no ponto <sup>663</sup>.

Entretanto, o que a doutrina parece não ter percebido quanto às alterações da LINDB é que existe o outro lado da moeda, o lado do hiperobjetivismo, que não é suficiente para resolver todos os problemas práticos do controle dos atos administrativos.

Eduardo Jordão, comentando o art. 22 da LINDB, assevera que o grande mérito da LINDB é que ela tem como pressuposto enfrentar dois dogmas do Direito: o da completude do ordenamento jurídico e o da determinação das normas jurídicas.

Esclarece o autor que a lei exige a “contextualização” na interpretação e aplicação do Direito, defendendo assim o “*primado da realidade*” e uma “*empatia*” em favor do gestor público a ser observada pelo controlador, que deve enfrentar os mesmos ônus, agruras e dilemas que o gestor enfrenta <sup>664</sup>.

O olhar do jurista, consciente ou inconscientemente, está apoiado exatamente na concepção institucional do Direito e não apenas na concepção normativista, cuja insuficiência reconhece expressamente.

E tem total razão. A norma jurídica (a lei formal) não pode esgotar todas as realidades da complexa sociedade contemporânea, sendo necessário deixar ao gestor público a responsabilidade de equacionar os múltiplos problemas do caso concreto. O normativismo kelseniano se mostra naturalmente incapaz de resolver todos os dilemas da realidade.

As alterações da LINDB relativas à decisão são bem vindas porque oferecem, quanto ao controle dos atos administrativos, um ponto de vista diferente do tradicional ponto de vista

---

<sup>663</sup> A propósito, vide o Enunciado nº 12 do IBDA: “No exercício da atividade de controle, a análise dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, nos termos do art.22 da LINDB, deve ser feita também mediante a utilização de critérios jurídicos, sem interpretações pautadas em mera subjetividade”.

<sup>664</sup> JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. **Acabou o romance**: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro, p.68-70.

da “terceira pessoa”, aproximando-se um pouco mais do ponto de vista da “primeira pessoa” do institucionalismo. Mas o aspecto positivo para por aí.

É que a própria doutrina já seria capaz de indicar o caminho a ser percorrido pelo controlador, que não poderia ser outro senão o da racionalidade prática do ponto de vista da “primeira pessoa”. Não precisava de uma norma jurídica para mudar um ponto de vista do controlador, da “terceira pessoa” para a “primeira pessoa”.

Note que é justamente porque o sujeito agente da “primeira pessoa” é compositor e autor do ato administrativo que existe uma deferência em seu favor <sup>665 666</sup>.

Marçal Justen Filho entende que constitui um problema relevante ausência de transparência quanto ao processo de formação da decisão e que a invocação de valores abstratos pode na verdade ocultar os valores que realmente informaram o processo decisório. E que existe um risco de (falsa) racionalização de uma decisão predeterminada que nada mais representa do que uma aparência de racionalidade construída *a posteriori* <sup>667</sup>, no que parece ter razão <sup>668</sup>.

Avalia o jurista que em verdade o art. 20 da LINDB não proíbe a invocação de valores abstratos nas decisões, inclusive judiciais, mas exige a obrigatoriedade da avaliação das suas consequências práticas <sup>669</sup>.

O jurista parece rejeitar a ideia de que a LINDB tenha imposto uma concepção “consequencialista” do direito segundo a qual a avaliação dos efeitos práticos determina a solução a ser adotada. Parece defender apenas a ideia de que as consequências práticas da decisão devem ser consideradas <sup>670 671</sup>.

---

<sup>665</sup> Vide: Enunciado nº 13 do IBDA: “A competência para dizer qual é a melhor decisão administrativa é do gestor, não do controlador. O ônus argumentativo da ação controladora que imputa irregularidade ou ilegalidade à conduta é do controlador, estabelecendo-se diálogo necessário e completo com as razões aduzidas pelo gestor”. In: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>, acesso em 08/07/2020.

<sup>666</sup> Vide: Enunciado nº 16 do IBDA: “Diante da indeterminação ou amplitude dos conceitos empregados pela lei, se, no caso concreto, a decisão do administrador mostrar-se razoável e conforme o direito, o controlador e o juiz devem respeitá-la, ainda que suas conclusões ou preferências pudessem ser distintas caso estivessem no lugar do gestor”. In: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>, acesso em 08/07/2020.

<sup>667</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: **Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**, p. 27-38.

<sup>668</sup> A propósito, vide o Enunciado nº 2 do IBDA: “A motivação exigida pelo parágrafo único do art.20 da LINDB poderá se dar por remissão a orientações gerais, precedentes administrativos ou atos normativos. A possibilidade de motivação por remissão, contudo, não exime a Administração Pública da análise das particularidades do caso concreto, inclusive para eventual afastamento da orientação geral”.

<sup>669</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: **Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**, p. 27-38.

<sup>670</sup> *Ibidem*. p. 27 – 38.

Num sentido ligeiramente diferente, José Vicente Santos de Mendonça, comentando art.21, entende que a LINDB busca ser o referencial normativo do “*consequencialismo*”<sup>672</sup>.

Ocorre que, segundo a concepção institucionalista do ato administrativo, o sujeito agente da “*primeira pessoa*” não pode se render incondicionalmente ao “*consequencialismo*”.

É claro que os resultados, as consequências de uma decisão administrativa devem ser consideradas, mas o sujeito agente da “*primeira pessoa*” não pode se apoiar cegamente no ideário do “*sujeito utilitário*”<sup>673</sup> exatamente porque os bens da sociedade não se reduzem aos “*bens de eficiência*”, alcançando também os “*bens de excelência*” que não são mensuráveis através de mero cálculo utilitário (vide *supra*: 1.1.3.)<sup>674</sup>.

Um gestor público com poder de decisão deve tomar em consideração a realidade prática, por mais complexa e sensível que ela seja (e.g. do “*direito administrativo de emergência*”), analisar todas as informações técnicas e científicas disponíveis naquele dado tempo e lugar<sup>675</sup> e só então tomar a decisão prática que o caso requer.

Esta racionalidade prática, operada no contexto de um processo decisório amplíssimo (dialético), só pode ser exercida efetivamente pelo sujeito agente da “*primeira pessoa*”, a única pessoa que é, ao mesmo tempo, compositora e autora da decisão administrativa. A matemática – ou qualquer outro sujeito da “*terceira pessoa*” - não decide por ela e, conforme dito antes, deve ser tomada como parte e não como a totalidade do seu raciocínio prático.

Nem tanto ao céu, nem tanto à terra. Entre o “*principiachismo*” e o “*consequenciachismo*”<sup>676</sup>, deve prevalecer não a deferência em si mesma, mas a racionalidade prática da complexa operação que só o sujeito agente da “*primeira pessoa*” (gestor público) pode compor e atuar.

A explicação da filosofia política de Alasdair Macintyre vai bem longe, mas pode ser sintetizada aqui:

<sup>671</sup> A propósito, vide o Enunciado nº 5 do IBDA: “A avaliação das consequências práticas, jurídicas e administrativas é indispensável às decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, embora não possa ser utilizada como único fundamento da decisão ou opinião”.

<sup>672</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Art. 21 da LINDB**: Indicando consequências e regularizando atos e negócios, p. 46.

<sup>673</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p.287-294.

<sup>674</sup> MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 43-57.

<sup>675</sup> Vide e.g.: os gráficos estatísticos produzidos por ocasião da pandemia do coronavírus (COVID-19) que assolou o mundo no primeiro semestre de 2020 representam um bom exemplo do papel dos números para o ato administrativo. In: <https://www.nytimes.com/2020/03/11/science/coronavirus-curve-mitigation-infection.html>, acesso em 20/03/2020.

<sup>676</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirectto=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>. Acesso em: 29 de abril de 2019.



[...] Assim, também no raciocínio prático, a identificação dos elementos particulares relevantes de uma situação não pode ser governada por regras. Fica claro o fato de que deve haver, no juízo e na ação avaliativos, algum tipo de atividade não-governado por regras [...] Confrontamo-nos então com as seguintes alternativas: ou temos que postular uma hierarquia infinita de regras ou há um tipo de atividade que pode envolver a aplicação de regras em instâncias diversas, mas que não é governada por regras. E uma vez que razões decisivas para rejeitar a primeira conclusão, temos boas razões para aceitar a segunda.<sup>677</sup>

Portanto, nada substitui a sua decisão administrativa. Nem a norma jurídica, nem a sobrenorma jurídica e nem a “sobre-sobrenorma” jurídica, o que poderia prorrogar qualquer decisão prática até o infinito<sup>678</sup>. Esta indefinição às vezes parece ser até proposital: o propósito de um poder irracional (o poder pelo poder). Não é possível afirmar. Só é possível dizer que ela é fruto de um pensamento jurídico (normativista) que é na sua própria essência inconclusivo e desconectado da realidade, uma mera norma hipotética.

## Síntese Parcial do Capítulo 2

Conforme analisado, parece necessário se afastar de uma concepção “*atocêntrica*”, ou seja, de uma concepção de ato administrativo enquanto momento final, pontual e estático da decisão administrativa, para se aproximar de uma concepção mais duradoura, dinâmica, aberta e flexível que valoriza todo o processo de tomada da decisão e até mesmo o pós-processo decisório e que, conseqüentemente, busca conferir maior legitimidade substancial ao ato administrativo. Uma concepção institucional do ato administrativo.

Com isso, passa a interessar ao ato administrativo, muito mais do que os tradicionais elementos (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade), um novo elemento: a legitimidade substancial. Passa a interessar, então, “quem”, “como” e “o que” se decide através do ato administrativo.

A essa altura de maior legitimação substancial, onde a participação da sociedade e o consenso constituem o substrato da ideia organizadora da sociedade, saber se se está praticando um ato administrativo ou se se está celebrando um contrato parece ser menos

<sup>677</sup> MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 131.

<sup>678</sup> A doutrina do “*emotivismo ético*” também destaca esta posição insustentável, verdadeiro beco sem saída, do normativismo jurídico e a sua necessidade de utilizar “*metacritérios para tentar estabelecer qual o critério há de prevalecer*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.86-87.

importante. As categorias jurídicas parecem se intercambiar, levando à fluidez da própria distinção entre elas. O ato administrativo passa a ser uma alternativa ao contrato e vice-versa.

O reflexo que uma nova concepção do ato administrativo pode trazer já não pode passar despercebido. Os atributos dos atos administrativos, questionados pela doutrina, ganham uma releitura sob o viés institucionalista.

Os atributos do ato administrativo já não decorrem de uma prerrogativa - abstrata e concebida *a priori* - em favor do Estado, devendo ser antes reinterpretados à luz da função que desempenham no caso concreto. O atributo deixa de se referir à autoridade formal e passa se referir também à função organizadora do ato administrativo e à qualidade do seu processo decisório.

Da mesma forma, não pode passar despercebido o tema do controle judicial dos atos administrativos, uma vez que, dizer que o ato administrativo é plenamente sindicável, significa muito pouco. É quase um lugar-comum.

A concepção do ato administrativo no viés institucional tem muito a contribuir com o controle judicial dos atos administrativos se se considerar que, para a sua correta compreensão, deve importar mais a sua essência (ponto de vista interno) do que a sua patologia (ponto de vista externo).

Pensar o ato administrativo sob o viés decisionista-voluntarista, como na concepção autoritária do século XIX, não contribui para entender a sua genuína função. Da mesma forma, enxergá-lo sob o viés normativista (nas duas versões, positivista ou neopositivista) também não ajuda.

Entender como nasce, cresce e se desenvolve o ato administrativo por dentro, compreendendo todo o seu processo decisório, parece representar um salto de qualidade no entendimento da sua essência e o controle judicial, por mais amplo e profundo que seja, não pode desprezar o ponto de vista da “*primeira pessoa*”, se não quiser correr o risco de cair no voluntarismo judicial do ponto de vista da “*terceira pessoa*” em prejuízo da sociedade e da própria democracia substancial.

Portanto, parece possível esboçar uma nova concepção para o ato administrativo contemporâneo que privilegie mais o seu aspecto organizativo, no lugar do que o seu aspecto autoritário, e que valorize tanto o seu aspecto material-funcional (“quem”, “como” e “o quê”) quanto o seu aspecto orgânico (o sujeito- Estado). Um ato administrativo, não como uma decisão final e pontual (“*actocêntrica*”), mas sim como uma operação complexa apta a gerar efeitos jurídicos.

## PARTE II - TEORIA E PLURALISMO

### 3 OS PODERES DE AUTORIDADE NA ATIVIDADE ECONÔMICA

#### 3.1. UMA NOVA ERA: GLOBALIZAÇÃO E REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

A primeira parte do trabalho procurou investigar a necessidade de se reconstruir o ato administrativo sob as luzes dos novos paradigmas da sociedade contemporânea, especialmente do paradigma da consensualidade, que fosse capaz de conduzir a uma maior horizontalização da autoridade, sem eliminá-la, utilizando para tanto uma metodologia que, se não é nova, tinha sido desprezada pela doutrina mais tradicional de matriz kelseniana, qual seja, o institucionalismo jurídico clássico.

A segunda parte da investigação pretende agora mergulhar mais fundo no pluralismo jurídico que, embora possa ser considerada uma teoria autônoma em relação ao institucionalismo jurídico, representa em verdade uma só teoria, já que o pluralismo jurídico romaniano é indissociável do seu institucionalismo. É a teoria do pluralismo institucional.

O alto grau de abstração da teoria do pluralismo institucional exige um cuidado elementar: a exemplificação da realidade prática. É uma sociedade altamente complexa, globalizada e tecnológica, como a sociedade contemporânea, merece a melhor explicação teórica possível da sua realidade prática.

A investigação pretende saber se a teoria do pluralismo institucional explica melhor a realidade prática da sociedade contemporânea do que as teorias alternativas que têm sido adotadas pela atual dogmática, *e.g.* do pluralismo sociológico ou mesmo pluralismo normativista<sup>679</sup>.

A globalização e a tecnologia estão aí e têm transformado a sociedade contemporânea. Desconsiderando se uma é ou não a causa do outro, a verdade é que esses dois fatores produziram novas e desafiadoras questões que têm sido agrupadas sob o termo “disruptivo”<sup>680</sup> e para as quais a doutrina mais tradicional não parece estar em condições de oferecer respostas adequadas.

---

<sup>679</sup> A doutrina identifica três tipos de pluralismo: o pluralismo normativo, o pluralismo sociológico e o pluralismo institucional. Vide *e.g.*: AUBY. Jean-Bernard. *La globalization, le droit et l'État*, p.204-206.

<sup>680</sup> Significado: 1 Ato ou efeito de romper(-se); dirupção, fratura. 2 Quebra de um curso normal de um processo. Dicionário Michaelis, *in* <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/disrupção/>, acesso em 06/12/2019.

O exercício do poder não-estatal talvez seja a viga-mestra de quase todas essas questões. Veja os exemplos abaixo (fig.12):

O *uber*, o *wattsapp*, o *facebook*, as criptomoedas, os patinetes elétricos e diversos outros “*microcosmos*” de poder não-estatal estão por toda parte e não adianta ignorá-los assim como não adianta ignorar a realidade prática. (fig.12)

A pretensão de “enquadrar” essas questões dentro da dogmática tradicional não parece ser a melhor solução <sup>681</sup>.

Uma postura bastante comum na doutrina tradicional é qualificar o poder exercido por essas entidades privadas a partir do viés meramente contratual, sujeitando o contrato à mera regulação estatal.

O poder exercido pelas entidades privadas que organizam – unilateralmente - esses serviços é muitas vezes renegado pela doutrina mais tradicional, que prefere qualificá-lo de liberdade econômica meramente susceptível à limitação pelo Estado, o que pode ser traduzido no binômio autoridade-liberdade <sup>682</sup>. Uma bifurcação artificial da realidade prática em apenas duas esferas que deve ser colocada em dúvida.

O resultado disso é uma explosão de tentativas de intervenção estatal, uma verdadeira corrida por regulamentação das atividades privadas livres à iniciativa privada, revelando com isto o mesmo padrão de pensamento: o normativismo jurídico.

Prova disto é que o primeiro pensamento que vem à tona quando uma tecnologia disruptivas surge no mercado é o de que tal atividade não está regulamentada, dando a entender que esta atividade não está totalmente permitida ou que está sendo meramente tolerada pelo Estado, cujo poder (público), supostamente o único poder, pode ou não optar por respeitar a liberdade econômica.

E note que este pensamento não é comum apenas em relação às novas tecnologias, aplicando-se também em atividades econômicas tradicionais que de alguma maneira procuram desenvolver padrões de conduta para a sua própria atividade.

<sup>681</sup> Quem observa a realidade dos patinetes elétricos nos países europeus e a compara com a realidade brasileira logo percebe que tem algo errado no ordenamento jurídico brasileiro. Ou será na dogmática jurídica brasileira? Vide e.g.: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/29/prefeitura-de-sao-paulo-apreende-patinetes-eletricos-no-primeiro-dia-de-fiscalizacao.ghtml>, acesso em 09/07/2020.

<sup>682</sup> A doutrina nacional mais realista já alertou sobre o “*esvaziamento dessa clássica mas incômoda antinomia entre autoridade e liberdade*”, reputando ultrapassada esta visão bipolar por uma concepção de “*pluralidade cratológica*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992. p.21-22.

Nos exemplos abaixo é possível notar a preocupação das entidades privadas em estabelecer as regras do jogo no âmbito da sua própria atividade econômica (fig.13):

O *compliance*, os serviços de proteção ao crédito, os estatutos associativos, entre diversos outros “microcosmos”, demonstram a preocupação e o efetivo estabelecimento de regras de conduta para os seus respectivos âmbitos sociais parciais ou microcomunidades (fig.13)

Os motivos para essas entidades privadas buscarem estabelecer as suas próprias regras do jogo são variados e partem desde a necessidade de prevenção contra riscos sociais até a necessidade de obter maior eficácia na atividade econômica. Todos eles têm em comum, entretanto, a necessidade humana de ordem, ou seja, de organização da própria liberdade econômica.

E mais. A sociedade descobre cada vez mais que o monopólio do Poder Judiciário para resolver de maneira adversarial os conflitos humanos é, não apenas insuficiente, como também inadequado.

Perceba que não é à toa que crescem os ADR's. As soluções alternativas têm sido defendidas pela doutrina como o modo mais adequado para que as entidades privadas possam resolver os seus próprios conflitos, seja porque valorizam a autocomposição (*e.g.* da mediação), seja porque valorizam a prevenção no lugar do conflito e a colaboração no lugar da adversariedade (*e.g.* do *dispute board*), tornando possível um maior dinamismo e criatividade das partes interessadas no lugar do engessamento do modelo judicial.

Parece claro que tudo isso ainda é potencializado pelo fenômeno conhecido como **globalização** quando se percebe que muitas atividades econômicas não estão limitadas apenas ao território de um dado Estado nacional, mas vão além dele como no caso das organizações privadas internacionais que desempenham papel regulatório em todo o planeta (*e.g.* do *ICANN*, *ICA*, *FOSFA*, *GAFTA*). Vide fig.14 abaixo:

Quando a *internet* foi criada, a grande maioria dos Estados nacionais não tinha a menor ideia sequer do seu funcionamento dentro das fronteiras do seu território sob a autoridade do *ICANN*. (fig.14)

Em suma, as razões pelas quais o ser humano procura desenvolver novos padrões de conduta não revelam outra coisa senão a sua vocação para conviver, se relacionar e se organizar em sociedade, ainda que apenas no âmbito da sua microcomunidade, sendo importante notar que em todos esses exemplos existe de uma maneira ou de outra um poder subjacente que está localizado fora do Estado e que não necessariamente decorre de uma norma jurídica estatal. Não raras vezes o exercício efetivo deste tipo de poder não é sequer conhecido do Estado.

Como explicar a natureza jurídica deste tipo de poder que está subjacente nos chamados “termos e condições de uso” das modernas plataformas tecnológicas? Como explicar o poder exercido pelo *compliance officer* e pelo *data officer* (o “encarregado” da LGPD) não só dentro, mas também fora das empresas? Como explicar o poder vinculante exercido pelos árbitros e até mesmo pelos mediadores nos *ADR's*?

A dogmática tradicional de uma maneira geral sempre relaciona essas realidades práticas com a ideia de liberdade econômica, tentando reduzi-las dentro do contratualismo e da regulação estatal através da bifurcação autoridade-liberdade.

Mas será que é disso que se trata? Será que os fundamentos dogmáticos do passado são suficientes para oferecer respostas adequadas para a sociedade contemporânea? Ainda é possível se apoiar numa teoria que tem os olhos voltados preponderantemente para o Estado como centro de gravidade do Direito?

Se a hipótese desta investigação estiver correta, a resposta deve ser negativa. É preciso buscar a explicação teórica mais adequada possível para esses mais variados problemas práticos. Não uma teoria totalizante, obviamente, mas uma teoria que possa ao menos desempenhar o papel de ponto de partida.

### 3.2. OS PARADOXOS CONTEMPORÂNEOS: A FLUIDEZ DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADA

A globalização parece ter gerado alguns paradoxos que, conquanto não sejam exatamente novos, ao menos se acentuaram a partir da abertura dos mercados mundiais e da revolução tecnológica.

Algumas expressões por assim dizer paradoxais se tornaram comuns tais como *a)* consensualidade na Administração Pública e autoridade na iniciativa privada, *b)* horizontalização da autoridade e verticalização do contrato, *c)* privatização da regulação do direito público e publicização do direito privado, entre tantas outras.

Todos esses aparentes paradoxos têm sido relacionados quase sempre a uma ideia mais geral de fluidez da dicotomia público-privado, presente na doutrina de direito administrativo <sup>683</sup>.

Parece relativamente fácil perceber que a realidade foi se impondo sobre a teoria, de maneira que os conceitos tradicionais da dogmática jurídica já não são mais suficientes para oferecer respostas adequadas e na velocidade exigida pela sociedade contemporânea.

A dogmática tradicional vem perdendo cada vez mais espaço, numa velocidade cada vez maior e, quando não é superada por estudos empíricos mais realistas, acaba tendo que se desdobrar em esforços teóricos que nem sempre conseguem explicar suficientemente a realidade prática.

O tradicional conceito de serviço público, *e.g.*, ruiu diante da nova realidade econômico-social, surgindo novas alternativas como o conceito europeu de “*serviço econômico de interesse geral*” (SEIG), ou seja, serviços de especial relevância coletiva abertos à iniciativa privada (*e.g.* transporte, energia, comunicação etc.) <sup>684</sup>.

No Brasil, a melhor doutrina <sup>685</sup> e, gradativamente, também a jurisprudência <sup>686</sup> demoliram a concepção de exclusividade do serviço público, abrindo espaço para a iniciativa privada prestar serviços que antes eram considerados tipicamente estatais e conseqüentemente sujeitos ao regime jurídico administrativo, chamados por parte da doutrina de “*atividades privadas de relevância pública*” <sup>687</sup>.

A própria concepção dicotômica da doutrina brasileira que apartava “*serviço público*” e “*atividade econômica*”, supostamente apoiada na Constituição Federal de 1988, passou a ser objeto de revisão pela doutrina mais contemporânea <sup>688</sup>.

O legislador brasileiro também foi despertado para essa nova realidade, tendo sido aprovado recentemente *e.g.* o projeto de lei do Senado (PL nº 79/2016) que altera a chamada

---

<sup>683</sup> ESTORINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. p. 152-158. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Administração contemporânea: três linhas de transformação do poder de polícia**, p.68-69.

<sup>684</sup> Cf.: JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

<sup>685</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Prefácio de Floriano de Azevedo Marques Neto; apresentação de Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>686</sup> Para uma análise da jurisprudência do STF, vide: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A sobrevivência do serviço público abalizado por novos princípios**. p.50-57.

<sup>687</sup> Cf.: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A sobrevivência do serviço público abalizado por novos princípios**. p.50.

<sup>688</sup> Vide: MEDAUAR, Odete. **Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral**, p. 115-126. Também: MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Uber, Whatsapp, NetFlix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória**, p.17-47.

“Lei Geral de Telecomunicações” (Lei 9.472/1997)<sup>689</sup>. A maior novidade do texto, em que pese a importante e significativa alteração do regime de concessão para o de autorização (art. 68-A), é o reconhecimento de que algumas modalidades de serviços de interesse coletivo podem ser “*deixados*”<sup>690</sup> à livre iniciativa para serem prestados sob o regime jurídico privado, inclusive aquelas que – note -, mesmo sendo essenciais, não são sujeitas aos deveres de universalização (art. 65, §1º).

Na mesma linha, a tradicional concepção de poder de polícia também tem sido objeto de revisão por parte da doutrina contemporânea<sup>691</sup>, de maneira a se reconhecer um papel cada vez mais importante das entidades privadas<sup>692</sup>, *e.g.* da maior regulação estatal de algumas atividades econômicas, movimento aparentemente inverso a outro fenômeno não tão novo conhecido como “*fuga para o direito privado*”<sup>693</sup>, relacionado tanto à atividade contratual mais intensa da Administração Pública no desempenho da sua atividade pública típica quanto à atuação das Empresas Estatais (EE) no contexto da iniciativa privada.

Se as tradicionais categorias do direito administrativo já sofreram tamanho impacto das novas realidades da sociedade contemporânea, o que dizer das novas categorias concebidas a partir da revolução tecnológica impulsionada pela iniciativa privada?

Muitas das novas tecnologias disruptivas (*uber*, *whatsapp*, patinetes elétricos, etc.) sequer eram conhecidas dos Estados Nacionais que, conseqüentemente, não têm, num primeiro momento, sequer condições de entendê-las, muito menos regulá-las.

O que fazer?

A solução para esses paradoxos proposta pela tradicional dogmática jurídica pode ser resumida em linhas gerais em duas posturas: *a)* reconhecer a incapacidade estatal inicial para enfrentar essas questões e confiar na livre iniciativa de maneira a impor a sua regulação estatal apenas na medida do necessário e conforme começar a compreender melhor cada situação ou, diferentemente, *b)* insistir na capacidade estatal e enxergar a realidade com os

---

<sup>689</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127688>. Acesso em 12/09/2019.

<sup>690</sup> O termo “deixado” pode ter sido utilizado como expressão da visão normativista do legislador (o que é até natural) ou simplesmente como resultado de uma mera *despublicatio*.

<sup>691</sup> Cf.: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vítor Rhein (coords). **Poder de polícia na atualidade**: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte, 2014.

<sup>692</sup> Cf.: SCHWIND, Rafael Wallbach. **Particulares em colaboração com o exercício do poder de polícia**, p.131-156. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Administração contemporânea**: três linhas de transformação do poder de polícia, p.61-69.

<sup>693</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.



olhos do normativismo tradicional para tentar empurrar essas novas questões para uma espécie de limbo<sup>694</sup>, quando não para o campo do ilícito ou do proibido.

### 3.3. O PLURALISMO JURÍDICO: A ALTERNATIVA AO MONISMO ESTATAL?

A doutrina do pluralismo jurídico parece oferecer boas pistas para uma melhor explicação teórica destas realidades práticas contemporâneas. O monismo estatal não parece capaz de oferecer respostas adequadas e na velocidade necessária para estas novas realidades sociais.

É importante notar que o problema do monismo jurídico não reside apenas na questão da adequação das suas respostas, mas também na questão da velocidade destas respostas, problema este que, se não é exatamente novo, tem se agravado ainda mais na sociedade contemporânea. Parece possível, com efeito, dizer que dois são os principais problemas do monismo estatal: *a)* a (in)adequação das suas respostas e *b)* a velocidade das suas respostas.

A (in)adequação das respostas oferecidas pelo monismo estatal parece estar localizada no tipo de pensamento jurídico que lhe é intrínseco: o normativista, consoante exposto ao longo de toda a primeira parte do trabalho.

É muito característico ao normativismo enxergar a realidade das coisas como que de uma maneira estática e puntiforme, no máximo bidimensional<sup>695</sup>, tentando enquadrar os problemas práticos dentro de numa perspectiva binária voltada essencialmente para um resultado final. A sentença judicial é o arquétipo do pensamento normativista. A resolução

---

<sup>694</sup> A doutrina mais contemporânea já percebeu (com razão) esse “limbo” em questões envolvendo “*coordenações não estruturais*” entre agentes econômicos em temas de COVID-19, citando como exemplo o julgamento do CADE no processo nº 08700.002395/2020-51, em 28/05/2020. Vide: FRAZÃO, Ana. **Coordenações entre agentes econômicos em época de Covid-19: Repercussões concorrenciais de coordenações no plano das condutas e das estruturas à luz da recente Lei 14.010/2020.** Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/coordenacoes-entre-agentes-economicos-em-epoca-de-covid-19-24062020#\\_ftn2](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/coordenacoes-entre-agentes-economicos-em-epoca-de-covid-19-24062020#_ftn2). Acesso em 27/07/2020.

<sup>695</sup> Quando os kelsenianos contemporâneos defendem que a sua doutrina é dinâmica e não estática, alegando *e.g.* que existem “graus” entre aquilo que denominam “autoprogramação” e a “heteroprogramação” (a programação seria maior na Constituição e cada vez menor na lei formal, no ato administrativo até alcançar a jurisdição) ou ainda “graus” daquilo que denomina “acoplamento entre direito e política”, entre outras coisas, não se percebem que estes “movimentos” ainda são meramente bidimensionais, não alcançando a tridimensionalidade própria da vida real e da complexidade da sociedade.

final e definitiva do conflito é o seu objetivo maior. O foco está no binômio direito-dever ou, para utilizar uma linguagem econômica, na alocação de recursos escassos <sup>696</sup>.

É certo que o próprio normativismo kelseniano foi evoluindo no decorrer dos anos, sendo injustas muitas das críticas direcionadas à sua doutrina. Todavia, o fato é que, conforme demonstrado na primeira parte do trabalho, conquanto a norma jurídica seja importantíssima, o direito não se resume e não se esgota na norma jurídica seja qual for a sua fonte (legislador, administrador ou juiz). E o direito também não se resume à meras relações jurídicas de cunho econômico (bens e obrigações) <sup>697</sup>.

O normativismo jurídico não pode ser responsabilizado por todos os problemas do mundo <sup>698</sup>. Muito pelo contrário, a norma jurídica continua sendo fundamental para regular a vida em sociedade. Entretanto, o monismo estatal não pode ser sobrecarregado, nem pode ter a pretensão de ser senhor de todas as respostas para as realidades práticas da sociedade <sup>699</sup>.

Nessa linha, o pluralismo jurídico já não é mais apenas mais uma opção teórica colocada à disposição da sociedade contemporânea. Mais do que isto, é a teoria mais adequada para lidar com a realidade prática, por mais que as doutrinas estatistas dos últimos séculos tenham tentado camuflá-la com o manto dos seus dogmas.

A sociedade contemporânea não comporta mais uma autoridade estatal meramente formal que ignora a própria realidade das coisas e que tenta impor o monopólio do poder de oferecer respostas para tudo, desprezando a capacidade do homem de traçar o seu próprio destino e resolver suas controvérsias de maneira criativa e colaborativa <sup>700 701</sup>.

O monismo estatal não é adequado para a sociedade contemporânea: não é adequado porque não é onipresente, nem onisciente e nem acredita que o homem também seja capaz de

---

<sup>696</sup> Citando a distinção entre a “*lógica jurídica*” e a “*lógica da eficiência*”, vide: DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson. **Mediação na Administração Pública**, p. 38.

<sup>697</sup> A investigação não descarta a análise econômica do direito, mas pretende ir além dela.

<sup>698</sup> A doutrina do “*emotivismo ético*”, apesar dos diagnósticos corretos sobre o monismo estatal (no que coincide com esta investigação), acaba caindo no velho conflitivismo-divisivo, imputando ao “*direito oficial*” (“*eurocentrista*”) todos os males da sociedade brasileira. Alasdair MacIntyre, em 1983, já havia criticado este velho “*emotivismo ético*” de origem europeia que ora se pretende importar para o Brasil como se fosse uma novidade. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.53-111.

<sup>699</sup> O Poder judiciário brasileiro se deu conta dessa realidade de maneira dramática, despertando para a importância dos ADRs. É importante reparar que o termo “adequado” tem sido preferido em relação ao termo “alternativo”. Vide: DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson. **Mediação na Administração Pública**, p. 42.

<sup>700</sup> Segundo a “*lei do pluralismo*” da cratologia, se deve “*situar o poder estatal entre uma constelação de expressões de poder*”. Esta riqueza cultural do pluralismo é “*a própria base da democracia*” e a “*condição natural do poder na sociedade, corolário da liberdade, consequência irreduzível da diversidade*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.174.

<sup>701</sup> “[...] a monopolização do poder causa o ressecamento ou o esgotamento de todas as fontes autênticas de poder no país”. ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**, p.106.

exercer a autoridade com responsabilidade, preferindo ocultar essa realidade como que numa realidade paralela.

É fora de dúvida que o homem erra (como erra o Estado), mas também pode acertar e, quando acerta, pode fazê-lo melhor e numa velocidade maior do que o próprio Estado.

Para fins de ilustração, não é de mais destacar o exemplo abaixo a respeito da capacidade humana de encontrar as melhores soluções (vide: fig.15).

Na mediação e na negociação *e.g.* é muito conhecida a chamada “*curva de Pareto*” que busca alcançar um resultado ótimo que atenda os interesses de ambas as partes. (fig.15)

Ocorre que o problema de (in)adequação não é o único problema do monismo jurídico. A velocidade das suas respostas nem sempre é capaz de acompanhar a dinâmica da realidade social. Por melhor que esteja estruturado, o Estado nunca será capaz de agir na mesma velocidade das transformações da sociedade tecnológica. Nenhuma doutrina, nenhum programa, nenhuma lei parece capaz de superar as limitações por assim dizer metodológicas do normativismo jurídico.

Muito oportuna é a lição da doutrina contemporânea:

A doutrina é fundamental para a evolução do Direito. Cabe a ela interpretar o que está posto e pregar o porvir. Contudo, nós, administrativistas, somos muitas vezes conservadores. Resistimos a rever nossos conceitos e paradigmas diante dos fatos sociais. Temos que fugir à tentação de tentar preservar a todo custo nossas concepções. Não podemos negar a realidade, como que condenando-a ao ilícito, por contrariar (*rectius*, negar) as suas doutrinas consolidadas. Não podemos pretender que os fatos se adaptem às nossas visões do direito. Na corrida entre os fatos e o direito, esse último terá sempre o segundo lugar assegurado. Se não percebermos os câmbios trazidos pela tecnologia e pela dinâmica do mercado, dando soluções sem nos curvar a eles, a inovação disruptiva não nos poupará.<sup>702</sup> (Sem grifo no original)

A sociedade sempre será capaz de resolver com mais velocidade os seus próprios desafios do que o Estado, por mais célere que seja a atividade estatal (legislativa, administrativa ou jurisdicional). É a atividade estatal a “alternativa” posta à disposição da sociedade que, antes, deve se valer dos verdadeiros meios mais adequados para a solução dos

<sup>702</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo e FREITAS, Rafael Vêras de. **Uber, Whatsapp, Netflix** – Quando o mercado e a tecnologia desafiam a doutrina. Inovação disruptiva não nos poupará, *in* [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uber-whatsapp-netflix-quando-o-mercado-e-a-tecnologia-desafiam-a-doutrina-26012016#\\_ftnref1](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uber-whatsapp-netflix-quando-o-mercado-e-a-tecnologia-desafiam-a-doutrina-26012016#_ftnref1), acesso em 16/10/2019.

seus conflitos (menos “*divisivos*” e mais “*integrados e integradores*”). O princípio da subsidiariedade parece saltar aos olhos quando se reflete sobre esta questão.

### 3.3.1. Qual Pluralismo Jurídico?

Já foi mencionado que existe mais de um pluralismo jurídico. E parece ser um bom momento para enfatizar a importância de distinguir cada um deles, o pluralismo jurídico que serve de base para o presente trabalho dos demais pluralismos jurídicos.

Jean-Bernard Auby identifica ao menos três tipos de pluralismo: o “*pluralismo normativo*”, o “*pluralismo sociológico*” e o “*pluralismo institucional*”<sup>703</sup>.

É desnecessário dizer que o pluralismo adotado no presente trabalho é o institucional. Lembrando, na concepção romanesa, o institucionalismo é indissociável do pluralismo jurídico. O institucionalismo é plural e o pluralismo é institucional em Santi Romano.

Entender qual pluralismo jurídico se deve adotar é de extrema importância porque permite compreender e justificar um tema capital do direito: as suas fontes jurídicas.

Perguntar quem tem o poder de criar o direito e oferecer uma resposta a esta pergunta é, mais do que uma mera opção metodológica, uma escolha decisiva para a solução dos novos desafios sociedade contemporânea.

O “*pluralismo normativo*” dispensa comentários, já tendo sido exposta ao longo de todo o trabalho a sua insuficiência para oferecer respostas rápidas e adequadas aos desafios da sociedade contemporânea. Frise-se: trata-se de uma mera insuficiência e não de uma total imprestabilidade.

A chamada norma de reconhecimento sempre vai ser útil ao direito por vários motivos, desde a necessidade de segurança jurídica até o reconhecimento da importância de se dar atenção à norma jurídica. Entretanto, apesar da sua importância, ela não é o único fundamento que legitima o exercício do poder, em especial o exercício do poder pelas entidades privadas, mormente numa sociedade contemporânea cuja atividade econômica é globalizada e altamente complexa.

Veja o exemplo da fig.16 abaixo<sup>704</sup>:

---

<sup>703</sup> *La globalization, le droit et l'État*, p.204-206.

<sup>704</sup> No Brasil, existem os seguintes projetos de lei contemplando o instituto do *dispute board*: PL nº 6.814/2017 (Lei de Licitações), PL nº 206/2018 (Senado) e PL nº 9.883/2018 (Câmara dos Deputados).

O instituto do *dispute board* adotado em 2004 na construção da linha amarela do metrô de São Paulo não tem previsão legal no Brasil até hoje, revelando a insuficiência do normativismo para oferecer respostas adequadas e na velocidade necessária. (fig.16)

O “*pluralismo sociológico*”, por sua vez, é bem mais complexo e sofisticado do que os outros dois, merecendo um estudo a parte (vide *infra*: 3.4.2.).

Por ora, parece suficiente dizer que ele é um exímio observador da realidade social, condição que o torna especialmente hábil para realizar diagnósticos que de uma maneira geral são corretos. Exatamente por isso é que se pode dizer que ele se aproxima do “*pluralismo institucional*” - porque valoriza “algo” além da norma jurídica e além do Estado. Mas ele também se aproxima do “*pluralismo normativo*” quando reduz o direito à norma jurídica e à sua principal característica, a coerção, deixando aquele “algo” fora do direito: a realidade social.

Em suma, o “*pluralismo institucional*” parece ser a doutrina que pode oferecer respostas mais adequadas e mais rápidas - enfim, melhores - aos desafios da sociedade contemporânea.

### 3.4. OS PODERES NA LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA

Se o pressuposto metodológico da dogmática jurídica é o normativismo, a consequência natural é continuar enxergando o direito sob a ótica do binômio autoridade-liberdade. Em outras palavras, sempre haverá necessariamente uma bifurcação: de um lado, um poder e, de outro, uma liberdade. Como se fossem duas realidades inconciliáveis e mutuamente excludentes.

Ocorre que essa visão não parece realista e o institucionalismo clássico pode oferecer uma perspectiva diferente que, se não é a única, pode ser melhor do que aquela oferecida pelo normativismo.

Em vez de bifurcar a realidade em duas esferas no binômio autoridade-liberdade, parece melhor realizar um esforço intelectual para tentar enxergar a autoridade “dentro” da liberdade ou, dito de outra forma, compreender que existe um poder (jurídico) que é inerente à livre iniciativa econômica <sup>705</sup>.

<sup>705</sup> É importante não perder de vista a ideia de “poder” e a sua relação com a ideia de “autoridade” (vide *supra*: 1.4.2.1.).

É que, segundo o pluralismo institucional, o Estado não é a única fonte do direito, de maneira que as entidades privadas também detêm poderes (jurídicos) para produzi-lo. E não apenas uma suposta liberdade decorrente do monismo do poder estatal. Estes poderes, é bom frisar, são jurídicos e não meramente econômicos.

Dizer que um poder é jurídico não é a mesma coisa que dizer que este poder é uma norma jurídica, pois é da essência do institucionalismo clássico a concepção segundo a qual o direito contempla a norma jurídica, mas não se resume a ela. É mais amplo do que a norma jurídica, portanto. E ser mais amplo não significa necessariamente menos, podendo significar, muito pelo contrário, mais.

Exatamente por isso o *soft law* não pode ser compreendido nem como direito fraco, nem como quase-direito, nem como qualquer outra concepção equivalente que o diminua em relação ao *hard law*, como se este fosse o direito forte, o verdadeiro direito.

De fato, mais de que uma mera ideologia ou visão de mundo, a realidade concreta oferece múltiplos exemplos de situações em que o chamado *soft law* é mais eficiente e mais forte do que o próprio *hard law*, que muitas vezes está associado à norma jurídica e ao monopólio da coercitividade. Veja o exemplo abaixo (fig.17):

A *lex mercatoria* elaborada por entidades privadas internacionais reguladoras de determinados nichos de mercado, como a ICA (algodão), a FOSFA (sementes) e a GAFTA (grãos), quando aplicam *e.g* uma sanção reputacional ou até mesmo uma expulsão, pode ser mais efetiva e mais veloz do que a norma jurídica, a despeito de toda a pretensa exclusividade da sua coercitividade. (fig.17)

Essas situações concretas não podem ser adequadamente explicadas apenas sob o ponto de vista contratual, ou meramente associativo (que não deixa de ser contrato). A presença do elemento extracontratual – da autoridade - pode ser nitidamente percebida nesses casos, conquanto o elemento contratual (consenso) possa variar em maior ou menor grau <sup>706</sup>.

Dito de outra forma, quase sempre é possível identificar um poder – insista-se: jurídico - na livre iniciativa que pode ter maior, menor ou até mesmo nenhum fundamento contratual, vale dizer, fundamento no consentimento.

Se nos casos envolvendo a aplicação da *lex mercatoria* o elemento contratual é mais nítido, podendo variar em maior ou menor grau, em outras situações, diferentemente, o

<sup>706</sup> Vale lembrar o fundamento utilizado pela doutrina, especialmente de Maria João Estorninho para renegar a autonomia do contrato administrativo, qual seja, a existência do elemento extracontratual no contrato administrativo que decorreria do poder público e não do contrato em si mesmo (vide *supra*: Parte I, 2.4.1. ).

consenso do titular de um direito sequer existe ou é exigido como condição para o exercício do poder pelas entidades privadas. Veja abaixo a fig.18:

Na LGPD, o consenso do titular do direito é apenas uma das hipóteses que autorizam o tratamento de dados pessoais, havendo outras em que ele não é exigido, como nos casos de pesquisa, de tutela da vida ou da saúde, da necessidade de interesse legítimo ou até mesmo de proteção de crédito (art. 7º, incisos I a X da Lei 13 709/18) (fig 18)

O exercício do poder na livre iniciativa econômica sempre existiu, realidade que não se altera pelo fato de ser aprovada uma norma jurídica, que pode, no máximo, incidir sobre este poder que é preexistente.

No exemplo acima, a norma jurídica não está simplesmente transformando uma suposta “liberdade econômica” em um “poder”, nem um poder “de fato” em um poder “jurídico”. Sempre se tratou de um “poder jurídico”, conquanto fosse equivocadamente enxergado como uma mera liberdade econômica, desprovida da coercitividade própria da norma jurídica.

É claro que a normatização pode oferecer a sua parcela da contribuição (*e.g.* previsibilidade, segurança jurídica etc.), mas continua sendo apenas uma parcela e não o todo do direito.

O que parece importante é a mudança de chave: de uma perspectiva menor, exclusivamente normativista, para uma perspectiva maior, na qual a norma jurídica seja compreendida apenas como uma parcela do direito.

No lugar da bifurcação da realidade através do binômio poder-liberdade <sup>707</sup>, é importante compreender que as entidades privadas também exercem um poder (privado) que muitas vezes é até melhor e mais adequado <sup>708</sup> do que o próprio poder exercido pelo Estado,

<sup>707</sup> Para entender melhor o erro desta bifurcação artificial, é importante recorrer à filosofia política. Cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983)., p.69-70.

<sup>708</sup> Conquanto numa perspectiva diferente (negacionista do poder), a doutrina do “*emotivismo ético*” reconhece que “as regras privadas, particularizadas, setorizadas e técnicas tornam-se a cada instante mais confiáveis, úteis e eficientes se sobrepondo e sendo preferível em termos de regramento às normas estatais”, defendendo assim a substituição do “direito como norma” pelo “direito como instrução”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma**: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira, p.180-181.

diluindo assim a importância dos esquemas binários (*soft law vs hard law, lex mercatoria vs norma jurídica, private law vs public law etc.*).

Essa simples mudança de chave não é pouca coisa.

Deixar de enxergar o poder econômico sob a ótica da mera liberdade econômica para passar a enxergá-lo sob a ótica do que ele realmente é – um “poder” – parece representar realmente um grande salto dogmático.

Deixar de observar o poder econômico unicamente sob o seu aspecto “externo”, do ponto de vista da “*terceira pessoa*”, se dando conta da sua existência apenas quando ocorre o seu “abuso” e então o seu controle, pode representar uma grande perda em termos de compreensão teórica de uma realidade pululante da sociedade contemporânea.

O poder econômico (que é jurídico) pode e deve ser observado principalmente sob o seu aspecto interno, sob o ponto de vista da “*primeira pessoa*”, a partir de onde pode ser possível conhecer com maior riqueza de detalhes a sua formação e desenvolvimento, bem como entender a sua racionalidade para verificar a sua legitimidade substancial.

Com isso, parece possível realizar uma conexão entre o poder (privado) e o conceito tirado da filosofia política de “*liberdade de qualidade*”, em contraponto à “*liberdade da indiferença*”<sup>709</sup>, esta última ligada à ideia da vontade radical a que se fez menção anteriormente. Significa dizer que o poder, tal como a liberdade, não deve ser exercido com “*indiferença*”<sup>710</sup>, mas sim com “*qualidade*”.

Até se poderia traduzir este conceito para o vocabulário jurídico, sem prejuízo de sentido, através da expressão liberdade (de “*qualidade*”) no lugar de poder (de “*qualidade*”).

A propósito, qual semântica – poder jurídico ou liberdade econômica – parece melhor para despertar a atenção do homem para a necessidade de maior cuidado e responsabilidade em relação ao outro no âmbito da sociedade?

Perguntando de outra forma, quem parece estar em condições de compreender melhor a sua responsabilidade na sociedade: a) aquele sujeito que, em *sã consciência*<sup>711</sup>, acorda cedo para trabalhar tendo em mente que está diante apenas de direitos (de liberdade

<sup>709</sup> Atribuindo essas expressões (“*liberdade de qualidade*” e “*liberdade da indiferença*”) a Servais-Théodore Pinckaers, cf.: ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p.109-110.

<sup>710</sup> Note a intuição de um exímio observador da realidade: “A igualdade coloca os homens lado a lado, sem um laço comum que os preserve unidos. O despotismo erige barreiras entre eles e os separa. A primeira [a igualdade] os predispõe a não pensar em seus semelhantes e o segundo [o despotismo] faz com que a indiferença se torne para eles uma espécie de virtude pública”. TOCQUEVILLE, Alexis. **Da democracia na América**, p.596.

<sup>711</sup> Diz-se em “*sã consciência*” porque não se desconhecem as doutrinas que tentam isentar o homem de qualquer culpa, atribuindo a responsabilidade pelos seus próprios atos a terceiros, mais precisamente a uma espécie de determinismo (“*jaula de ferro*”).



econômica) ou *b*) aquele sujeito que tem a noção de que está diante de um poder que tem o potencial de atingir a esfera de direitos de outras pessoas?

É difícil responder. Mesmo porque o homem não sabe realmente lidar muito bem com o poder. Mas isto não implica que o poder deve ser ignorado <sup>712</sup>.

E, se a intenção é chamar a atenção para uma mudança de chave, o termo poder (de “*qualidade*”) parece cumprir melhor este papel.

Por isso, a resposta (*b*) parece mais adequada diante da ineludível necessidade de enxergar o direito com um pouco mais otimismo <sup>713</sup>, construído por um homem sociável que pode fazer tanto o bem como o mal, a depender do seu esforço ético, pensamento mais consentâneo com a melhor psicologia <sup>714</sup>.

### 3.4.1. O Fundamento do Normativismo

No pensamento institucional clássico não é difícil compreender o fundamento do poder exercido por entidades privadas no contexto da livre iniciativa econômica: é um poder jurídico, tanto quanto é jurídico aquele poder (público) exercido pelo Estado.

O institucionalismo clássico adota uma concepção muito próxima da concepção de *auctoritas*, ou seja, de autoridade legítima como “saber socialmente reconhecido” que se relaciona com a potestas que é o “poder socialmente reconhecido” <sup>715</sup> (vide *supra*: 1.4.2.1.).

O poder (*auctoritas* + *potestas*) exercido por entidades privadas no contexto da livre iniciativa tem como fonte jurídica a própria organização social, mais especificamente a instituição e o ordenamento jurídico concreto de que fala Santi Romano (vide *supra*: 1.1.2.3).

<sup>712</sup> “[...] sabemos, ou deveríamos saber, que cada diminuição de poder é um convite à violência”. ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. 108.

<sup>713</sup> O “direito administrativo para céticos”, apegando-se ao normativismo, parece acreditar apenas no “homem mau”. Já um direito administrativo para otimistas deve acreditar neste homem sociável. Note que até um neopositivista compreende que o homem é “demasiado bom, mas demasiado estúpido”. POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem**: epistemologia evolutiva e sociedade aberta, p.156. Para ARISTÓTELES “um mau ser humano realiza dez mil vezes mais mal do que uma fera”. Cf.: *Ética à Nicômaco*. Livro VII, 1150a8-9.

<sup>714</sup> A Psicologia também tem as suas Escolas. E a que parece mais coerente com o institucionalismo é aquela que mais se aproxima do realismo, e.g., do “otimismo trágico” (otimismo diante da tragédia e do potencial humano para transformar o sofrimento em realização humana, a culpa em oportunidade para se tornar uma pessoa melhor e a transitoriedade da vida em ações responsáveis) de Viktor Frankl, que, vítima dos horrores de Auschwitz, consegue enxergar o homem como pessoa, diferentemente daqueles que, de seus confortáveis gabinetes, só conseguem enxergar o homem como objeto ou como besta. Cf.: FRANKL, Viktor. **Em busca de sentido**: um psicólogo no campo de concentração. Traduzido por Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline, 38ª edição. São Leopoldo: Sinodal, Petrópolis: Vozes, 2015.

<sup>715</sup> DOMINGO, Rafael. **Auctoritas**. Barcelona: Ariel, 1999.

O pensamento do tipo normativista pode ter alguma dificuldade de compreender a questão, mas acaba encontrando na própria Constituição Federal o fundamento para o exercício do poder (privado) <sup>716</sup>.

E a doutrina de índole mais normativista até consegue enxergar um poder dentro da liberdade econômica, conquanto talvez apenas reduzido às partes do contrato, é verdade, mas ainda assim um poder jurídico. Ruy Pereira Camilo Junior, *e.g.*, ressalta que “a liberdade econômica é uma liberdade jurídica, eis que se expressa através do exercício dinâmico e contínuo de direitos subjetivos e de poderes jurídicos” <sup>717</sup>.

Exato. Liberdade é poder jurídico <sup>718</sup>. E é poder jurídico (privado) que repercute não apenas dentro do contrato celebrado entre as partes, mas também em relação à esfera de terceiros localizados fora do contrato.

Mas a doutrina de índole mais normativista não consegue enxergar o poder jurídico (privado) além do contrato entre as partes e acaba girando em círculos.

Segundo esta mesma doutrina, *e.g.*, Hans Kelsen estaria equivocado ao defender que a liberdade econômica deriva de uma autorização legal, devendo ser exercida nos limites desta delegação <sup>719</sup>. E também estaria equivocado Pontes de Miranda ao defender que essa liberdade apenas pode ser exercida entre as linhas traçadas pelas regras cogentes <sup>720</sup>.

Segundo esta doutrina, este poder (esta liberdade econômica) “*tem assento no próprio ápice do sistema*” <sup>721</sup>, no que não deixa de ter razão, pois consegue demonstrar que a liberdade econômica tem fundamento na Constituição e não na lei infraconstitucional.

Entretanto, esta é apenas uma meia-verdade porque, embora tenha realmente assento constitucional, esse poder (liberdade econômica) pode ser limitado pela lei infraconstitucional, o que significa dizer que esta doutrina é tão normativista quanto o próprio pensamento kelseniano que critica, apenas elevando a norma jurídica ao ápice do sistema jurídico.

---

<sup>716</sup> Art.170, Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>717</sup> **Liberdades de precificação e de pactuação.** Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.115.

<sup>718</sup> A confusão entre “liberdade” e “poder” (a ideia de que a liberdade é o poder de fazer, por puro capricho, o que bem entender) é palco de grandes controvérsias filosóficas e pode gerar compreensões equivocadas. É o risco que se corre na tentativa de realizar um salto dogmático.

<sup>719</sup> CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Liberdades de precificação e de pactuação.** Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.115-116.

<sup>720</sup> *Ibidem.*

<sup>721</sup> *Ibidem.*

Mas de que adianta dizer que liberdade econômica “*tem assento no próprio ápice do sistema*”?

A liberdade econômica é a regra não porque tem assento constitucional, mas sim porque a Constituição diz que ela é a regra e a intervenção sobre ela é a exceção (“*salvo nos casos previstos em lei*”). Em outras palavras, tanto uma (liberdade econômica) como a outra (intervenção estatal) têm assento constitucional.

Perceba que, se a doutrina de viés mais normativista quiser insistir na norma jurídica como fundamento para o exercício do poder (privado) de autoridade no contexto da atividade econômica, mesmo assim, a resposta parece estar na própria Constituição, não sendo imprescindível recorrer ao institucionalismo. Recentemente, aliás, foi aprovada a Lei 13.874/2019 (LLE) que também parece servir de fundamento jurídico para o exercício da liberdade econômica (leia-se, “poder”) pelas entidades privadas.

Entretanto, dizer que a liberdade econômica tem assento constitucional (ou mesmo infraconstitucional) não resolve muita coisa.

O que o normativismo não consegue fazer é explicar as realidades práticas mais contemporâneas, *e.g.*, do exercício do poder (privado) fora da norma jurídica e fora do Estado-nação, que é capaz de alcançar a esfera de terceiros que estão dentro e fora do contrato.

E, se a hipótese desta investigação estiver correta, será possível identificar o exercício da atividade econômica não apenas com a liberdade econômica, mas também, em maior ou menor grau, com um poder jurídico (privado), ou seja, com uma autoridade (privada).

Na medida em que o exercício do poder (privado) alcança a esfera de direitos de terceiros, não apenas com o seu consentimento, mas também sem ele, como muitas vezes comprova a realidade prática<sup>722</sup>, parece possível dizer então que ele deve ser exercido não apenas com “*indiferença*”, mas principalmente com “*qualidade*”.

De fato, o exercício por si só de uma atividade econômica quase sempre vai produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros, ora com seu consentimento, ora sem ele, situação esta

---

<sup>722</sup> Esta realidade prática é percebida, *e.g.*, pela escola da análise econômica do direito que prefere utilizar as expressões “*externalidades positivas*” e “*externalidades negativas*”, as primeiras a geração de benefícios pela atividade econômica e as últimas a imposição de custos pela atividade econômica que não pela via do sistema de preços. Note: a presente investigação não descarta a análise econômica do direito, mas vai além dela.

que decorre não necessariamente de um contrato, mas também de um poder “jurídico”, denominado pela doutrina, especialmente civilista, de “*facultas agendi*”.

A faculdade de agir é também um poder de agir. Um poder jurídico, portanto.

Explicações teóricas de índole mais normativista (e.g., da eficácia externa dos contratos privados ou da delegação do poder público <sup>723</sup>), querendo justificar a produção de efeitos jurídicos perante terceiros sem o seu consentimento, não parecem suficientes para explicar a realidade prática.

Exatamente por isso a mudança de chave é tão importante: enxergar a liberdade econômica como poder “jurídico” <sup>724</sup> e, mais do que isto, o poder “jurídico” como “*liberdade de qualidade*” (e não mera “*liberdade da indiferença*”) pode fazer todo o sentido se se quiser encontrar respostas mais adequadas e na velocidade necessária para as grandes questões da sociedade contemporânea.

Antes de prosseguir, contudo, é necessário investigar a alternativa teórica que tem sido oferecida pela dogmática contemporânea para a insuficiência do “*pluralismo normativista*”.

### 3.4.2. O Fundamento do “Pluralismo Sociológico”

Além da explicação teórica de índole normativista, existe uma teoria de cunho sociológico que defende a possibilidade do exercício do poder (ou melhor, dos “*meios de comunicação social*”) fora da norma jurídica, encontrando no “*social Constitutionalism*” da doutrina alemã um grande parceiro.

Em que pesem as críticas que se possam fazer sobre esta teoria sociológica do direito, e.g. utilização de conceitos jurídicos com significações destoantes do vocabulário tradicional <sup>725</sup>, o fato é que este tipo de teoria é exímia observadora da realidade social, condição que a torna especialmente hábil para realizar diagnósticos da realidade prática que, de uma maneira geral, são corretos.

<sup>723</sup> A delegação do poder público é uma das explicações teóricas do pluralismo normativista para o exercício do poder por entidades privadas no contexto da atividade econômica.

<sup>724</sup> John Locke (no século XVII) e Raymond Polin (no século XX) conseguiam enxergar que a “*liberdade é um poder*”, tendo a cratologia reconhecido que “*a liberdade política, por consequência, traduz-se em poderes jurídicos*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder:** sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.192.

<sup>725</sup> No ponto a crítica parece justa quando o conceito tradicionalmente aceito tem o seu significado completamente alterado de “alho para bugalho” (a chamada “*re-especificação*” sociológica), não, porém, quando o conceito sofre uma evolução, o que é plenamente aceitável e até recomendável quando se procura sempre produzir uma ciência cada vez melhor.

Ocorre que o problema desta teoria sociológica parece não estar tanto nos diagnósticos realizados, mas sim nas soluções propostas que, conforme se apurou, partindo do institucionalismo clássico, acabaram por subvertê-lo ao adotar um conceito de liberdade não condizente com nenhum tipo de vida em sociedade, ao menos do ponto de vista do homem sociável.

O constitucionalismo social, cuja base principal é a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, realmente consegue diagnosticar com precisão a insuficiência da dogmática tradicional de matriz kelseniana para lidar com a realidade prática em tempos de globalização e revolução tecnológica.

A partir do constitucionalismo desenvolvido pela dogmática tradicional e realizando a sua ressignificação (“*re-especificação*” na sua terminologia), o *Societal Constitutionalism* desenvolve a ideia de que cada “*âmbito social parcial*”<sup>726</sup> dispõe de constituição própria dotada de estruturas jurídicas distintas daquelas encontradas na constituição estatal.

Numa explicação bastante sintética, essa teoria constitucional desenvolve a concepção segundo a qual existem sistemas parciais na sociedade de onde se podem extrair verdadeiras constituições parciais com funções tanto “*constitutivas*” como “*limitativas*” do seu próprio poder (“*meio de comunicação social*” na sua terminologia).

O alemão Gunther Teubner, um dos principais teóricos do *Societal Constitutionalism*, chama a atenção para aquilo que ele denomina “*busca pela unidade perdida da Constituição*”, questionando a busca obsessiva da doutrina por “*fórmulas de unidade*”. É no contexto dessa teoria que conceitos tradicionais são ressignificados (“*re-especificação*”) e cunhados novos conceitos, como os de “*autorreferência*”, “*direito reflexivo*”, “*direito autopoietico*” etc.<sup>727</sup>.

É também nesse contexto que esta doutrina desenvolve toda uma teoria sobre o “*direito de colisão*” voltado para aquilo que se denomina “*politeísmo de racionalidades parciais*”, uma espécie de teoria sobre o conflito aparente de normas jurídicas (na dogmática tradicional), que no caso tem como objeto a resolução de conflito entre sistemas parciais da sociedade global, sendo o sistema político adotado pelos Estados Nacionais apenas mais um destes sistemas parciais.

---

<sup>726</sup> O termo “*microcomunidade*” parece mais adequado ao institucionalismo clássico. Também se pode utilizar o termo “*microcosmo*”, sem prejuízo de sentido.

<sup>727</sup> Marcelo Neves *et al* (coord.) **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**: São Paulo: Saraiva, 2016.

É ainda no contexto que a própria teoria do direito é pressionada a abandonar categorias tradicionais como “norma jurídica, sanção, estrutura e hierarquia” para adotar novas categorias como “heterarquia, códigos e sistemas”<sup>728</sup>.

Segundo o pensamento do teórico alemão, pressupondo que existe um constitucionalismo para além do Estado Nacional, ou seja, fora das fronteiras nacionais (*e.g.* da União Europeia) e desenvolvidos por setores privados não-estatais (*e.g.* das Organizações internacionais), existiria uma “*nova questão*” constitucional que envolve dois pontos: *i*) como ocorre a “*liberação de energias sociais*” e *ii*) como é possível “*restringir os seus efeitos destrutivos*”<sup>729</sup>.

Segundo Gunther Teubner, as soluções possíveis poderiam ser resumidas em três propostas: *i*) a “*renacionalização*” e “*repolitização*” (o retorno ao Estado Nacional), *ii*) a criação de uma Constituição Mundial (proposta já conhecida da doutrina tradicional) e *iii*) a adoção da teoria sociológica da Constituição Social (*Societal Constitutionalism*), demonstrando a sua preferência por esta última, cuja base metodológica, segundo ele, “*promete ligar análises histórico-empíricas do fenómeno constitucional com perspectivas normativista*”<sup>730</sup>.

A proposta (*i*) é bastante complexa e, se não for profundamente reformada, corre o risco de fechar os olhos para a realidade que circunda a sociedade contemporânea, desprezando o enorme impacto que a globalização é capaz de exercer e efetivamente exerce nas mais remotas comunidades ao redor do planeta, inclusive no Brasil, que não estão imunes à influência que os “*sistemas parciais da sociedade*” tanto de nível local como de nível global exercem nos seus respectivos territórios e populações.

Entretanto, se a hipótese desta investigação estiver correta, este é o único caminho possível. A proposta será retomada mais a frente.

A proposta (*ii*) não é nova. Em verdade, tem uma base nitidamente normativista que, além de utópica, não evoluiu com a sociedade contemporânea<sup>731</sup>, sendo oportuno mencionar que a própria União Europeia rejeitou a ideia de uma Constituição única para o bloco, sendo levada a buscar outros mecanismos na tentativa de lidar com as colisões entre os vários ordenamentos jurídicos dos seus Estados Nacionais membros *e.g.* da concepção desenvolvida

---

<sup>728</sup> NEVES, Marcelo *et alli*. Introdução. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, p.19.

<sup>729</sup> TEUBNER, GUNTHER. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, p.24.

<sup>730</sup> *Ibidem*, p.27.

<sup>731</sup> Salvo melhor juízo, a concepção kelseniana de norma jurídica se aproxima desta proposta, mais adequada à ideia de um ordenamento jurídico em “camadas”, de maneira que a Constituição mundial seria a “camada” mais ampla da qual derivariam todas as demais.

pela “teoria das redes” que fundamenta a ideia de *multi-level-governance*, se aproximando assim da proposta (iii), conquanto sem se confundir com ela<sup>732</sup>.

A proposta (iii), por sua vez, merece algumas considerações importantes, não exatamente em razão das soluções que apresenta, mas sim – frise-se – em razão dos diagnósticos que realiza, em geral corretos<sup>733</sup>.

A teoria sociológica da constituição parece conseguir diagnosticar com bastante precisão o mundo por assim dizer “autista”<sup>734</sup> da dogmática tradicional em relação à realidade da sociedade contemporânea.

Gunther Teubner observa que os “sistemas parciais da sociedade” permaneceram por muito tempo em “estado de latência”, numa espécie de “penumbra curiosa”, se referindo ao fato das Constituições estatais liberais “encobrirem” a questão na “sombra das liberdades individuais protegidas como direitos fundamentais”<sup>735</sup>.

Escreve o pensador alemão que:

[os] sistemas políticos totalitários do século XX procuraram solapar por completo a autonomia dos âmbitos sociais parciais e fizeram desaparecer a questão das constituições sociais autônomas por meio da sujeição da totalidade dos setores sociais parciais às pretensões de dominação estatal<sup>736</sup>.

No ponto, o diagnóstico está correto, conquanto o pensador alemão aparentemente tenha se equivocado quanto ao tempo histórico. É que esse fato não ocorreu apenas a partir do século XX, sendo na verdade um fenômeno característico do Estado moderno renascentista e da sua pretensão de unificação e concentração de poder, conforme exposto acima de maneira bastante sintética, e.g. das teorias do poder elaboradas por Jean Bodin, Hobbes e Rousseau<sup>737</sup>.

Prossegue o pensador diagnosticando – novamente com razão – o fato de que nem mesmo os chamados Estados sociais da segunda metade do século XX tiveram o cuidado de reconhecer a autonomia desses “*âmbitos sociais parciais*”, insistindo naquilo que ele denomina de equilíbrio peculiar entre o “*constitucionalismo estatal*” e o “*pluralismo*”

<sup>732</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização, p.280-286.

<sup>733</sup> Talvez seja exatamente em razão da “*retórica dos números*” que as teorias sociológicas são tão sedutoras e conquistam um público tão expressivo. Contudo, todo o cuidado é pouco para que “*não se mergulhe na retórica dos números*”, conforme já se destacou no presente trabalho.

<sup>734</sup> Na doutrina, se referindo ao ato administrativo que despreza a alteridade, vide: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A superação do ato administrativo autista**. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Direito Administrativo Brasileiro*. Ed. RT: São Paulo, 2011, p.89-113.

<sup>735</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização, p.32.

<sup>736</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização, p.32-33.

<sup>737</sup> Para uma crítica sobre a concepção de poder de Jean Bodin e Thomas Hobbes, cf.: ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**, p.54.

*constitucional*” através do qual o Estado estendia de maneira crescente as incumbências da constituição política para outras esferas da sociedade e ao mesmo tempo respeitava as constituições parciais próprias<sup>738</sup>.

Fica claro que o *pluralismo* adotado pelo chamado Estado do bem-estar social é um *pluralismo* que ocorre apenas no interior do Estado, que continua sendo a única fonte de produção do direito, ao contrário do pensamento institucionalista clássico de Santi Romano, cujo *pluralismo* vai muito além para reconhecer múltiplas fontes do direito (e não apenas a fonte estatal).

É interessante notar como o constitucionalismo societal desenvolvido por Gunther Teubner se posiciona sobre a questão do pluralismo. Embora não acolha explicitamente a concepção ampla de ordenamento jurídico de Santi Romano, segundo a qual o direito está muito além da mera norma jurídica, acaba por admitir o que designa de “*meios de comunicação social*”, que também estão além das normas jurídicas, as quais, entretanto, por contemplarem a coerção, continuam sendo exclusivas do Estado. Os “*meios de comunicação social*”, diferentemente, já não seriam de exclusividade do Estado, mas um predicado de todos os demais “*âmbitos sociais parciais*” que podem ou não se valer do direito (leia-se, normas jurídicas) para alcançar eficácia social.

A teoria do constitucionalismo societal é realmente muito sofisticada.

Entretanto, continua considerando que só há direito propriamente dito dentro do Estado, ou seja, que só há o direito estatal (direito = norma jurídica), acolhendo assim um “*pluralismo sociológico*”<sup>739</sup>, segundo o qual o Estado continua sendo a única fonte de produção do direito, concepção que, comparada ao institucionalismo clássico, continua redutora da realidade prática.

Se Gunther Teubner formula um diagnóstico correto quando afirma que os “*âmbitos sociais parciais* foram ‘encobertos’ na sombra das liberdades individuais protegidas como direitos fundamentais”, o mesmo não acontece quando propõe a solução, que não só não remedia o problema como o agrava. E ainda subverte o institucionalismo clássico.

O constitucionalismo societal consegue transformar aquele monstro de duas costelas (uma “*costela autoritária*” e outra “*costela liberal*”), aparentemente inofensivo, muito perigoso<sup>740</sup>. Já não é mais apenas um monstro feio, mas um monstro que, na ânsia de

---

<sup>738</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização, p.33.

<sup>739</sup> A doutrina identifica três tipos de pluralismo: o pluralismo normativo, o pluralismo sociológico e o pluralismo institucional. Vide e.g.: AUBY, Jean-Bernard. *La globalization, le droit et l'État*, p.204-206.

<sup>740</sup> O abuso das expressões literárias aqui é inevitável porque imprescindível para refutar uma teoria que também abusa das “ressignificações” alterando totalmente o sentido das palavras.



conquistar uma hiper-autonomia, destrói a si mesmo. E, instilando veneno, ainda tenta levar consigo humanidade inteira. Uma espécie de “ouroboros” se for possível ilustrar <sup>741</sup>.

Se o Estado moderno criou uma espécie de super-autonomia para si próprio, agora é a vez incentivar milhares de “ouroboros” a criar as suas próprias hiper-autonomias, tentando impor a todo custo as suas soberanias pessoais (as vontades radiciais dos indivíduos-soberanos).

A ideia de uma *autopoiese* (criação própria) revela bem essa característica por assim dizer perniciosa da teoria defendida pelo pensador alemão.

Sem quebrar o círculo monista do Estado para a produção do direito (da norma jurídica), o constitucionalismo societal complica ainda mais a situação da sociedade ao defender a existência de infinitos microcosmos soberanos que reivindicam para si o poder de se autogerar no seio da sociedade, que já não é mais vista como um todo em que o homem sociável busca o bem comum, mas sim como um ambiente hostil, desagregado, no qual cada qual pode exercer a sua vontade radical para fazer o que bem entender e da maneira que bem entender.

O constitucionalismo societal, incentivando um ambiente desconstrutivista e autodestrutivo, não permite que floresça nenhum tipo de organização social ou direito. Antes, inumanamente, destrói o direito.

É claro que esta teoria procura maquiar a feiura e periculosidade do monstro de duas costelas, lançando mão de termos técnicos sofisticados como a “*reflexidade*”, querendo dizer com isso que cada um dos “*âmbitos sociais parciais*” pode refletir sobre a sua própria “*função constitutiva*” e sobre a sua própria “*função limitadora*”, tudo isto através de uma racionalidade própria, ou seja, independentemente de qualquer referencial externo, o que a torna especialmente perigosa.

A ressignificação (*re-especificação*) dos conceitos consolidados ao longo de toda uma evolução histórica demonstra o descompromisso desta teoria não apenas com o homem e a sociedade como também com o próprio futuro e sustentabilidade da humanidade, já que o que importa para esta teoria é o método “*histórico-empírico*”, que não precisa se apoiar em qualquer teoria construída de maneira abstrata e *a priori* <sup>742</sup>.

---

<sup>741</sup> Um símbolo místico representado por uma espécie de animal (serpente ou dragão) que come o próprio rabo e devora a si mesmo.

<sup>742</sup> É certo que há quem defenda que todo o conhecimento é *a priori* porque todo o conhecimento é hipotético, de maneira que só a eliminação da hipótese é *a posteriori*. cf.: POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem**, p.73. Entretanto, existe também quem defenda um método empírico que num “*movimento duplo*” parte do empírico ao

Se a doutrina estatista é acusada de ser autoritária e restritiva da liberdade do homem, o constitucionalismo societal busca aniquilar a liberdade humana. Muito pior do que o monismo estatista é o “*pluralismo sociológico*” que, se passando por defensor das liberdades públicas, tenta induzir o homem a escravizar a si mesmo dentro de um mundo irreal que promete poder absoluto das vontades radicais, mas que, no fim e ao cabo, só pode oferecer a cegueira e o descompromisso com qualquer forma de comunidade humana.

É claro que uma doutrina que pretende se tornar uma teoria não pode deixar transparecer o caráter irracional das vontades radicais, motivo pelo qual acaba recorrendo a artifícios bastante sofisticados, *e.g.* do expediente utilizado para o convencimento dos “*âmbitos sociais parciais*” a se ajustarem (autolimitarem) contra aquilo que ela denomina “*tendência expansionista*”.

Segundo Gunther Teubner, “*somente Belzebu pode exorcizar o Diabo!*”, querendo dizer com isso que só a autolimitação funciona de verdade, conquanto seja necessária uma “*pressão externa massiva*”<sup>743</sup>.

Trocando em miúdos, a doutrina do constitucionalismo social defende que o homem até que é livre, mas nem tanto [...], uma vez que ele deve ser “convencido” por uma “*força externa*” muito intensa (“*massiva*”)<sup>744</sup>.

Mas, afinal, quem representaria essa bondosa “*força externa*”?

A resposta oferecida pelo constitucionalismo social mais uma vez é muito criativa, perigosamente criativa: as *Collegial institutions* representam essa “*força externa*” capaz de conduzir ao processo de autolimitação “*âmbitos sociais parciais*”, as quais, segundo Gunther Teubner, podem ser concebidas como “*instâncias de reflexão para autoidentificação social, no sentido da constatação da sua racionalidade própria*”, agindo como uma espécie de *think tank*<sup>745</sup>.

Tudo resolvido?

Para essa doutrina sim. Finalmente o homem tem a sua tão desejada liberdade absoluta, estando livre do Estado. Livre, mas nem tanto [...], uma vez que ainda está sujeito à influência de uma “*força externa*” muito intensa, as *Collegial institutions*, um laboratório de

---

teórico, descendo novamente ao empírico. Cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 140 e ss. Em outras palavras, empirismo sem teoria não é um bom caminho. Observe que nem mesmo o pragmatismo norte-americano desprezou a teoria em benefício do empirismo, *e.g.* do chamado “*método de negociação de Harvard*” encabeçado por Roger Fisher *et ali*. Vide: **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões (obra).

<sup>743</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização, p.164.

<sup>744</sup> Parece mais a velha história do “lobo vestido em pele de cordeiro”.

<sup>745</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização, p.188.

gênios prontos para dizer – no seu lugar do homem – o que é e o que não é bom, conquanto elas não possam assumir - no seu lugar - a responsabilidade resultante das suas escolhas.

É o melhor dos mundos: as *Collegial institutions* sabem perfeitamente o que deve ser feito pelo homem e o pressionam massivamente a fazê-lo, mas é o homem quem continua responsável pelas suas escolhas, afinal de contas foi ele quem decidiu livremente depois de ser “convencido intensamente”.

Esta doutrina não parece adequada<sup>746</sup>.

Para utilizar a figura de linguagem por assim dizer cabalística de Gunther Teubner, é como se o “homem vendesse a alma ao diabo para, em troca do poder, vender a sua liberdade para fazer o que o diabo manda”.

É duro dizer isso, mas não existe genuína liberdade, nem genuíno pluralismo jurídico no constitucionalismo societal. Na verdade, o que parece existir é apenas a tentativa de manipulação do homem feito objeto (*e.g.* como nas expressões “artefato social”<sup>747</sup>, máscara “pessoa”<sup>748</sup>, “experimento”<sup>749</sup> etc.)<sup>750</sup>.

E isso fica ainda mais claro quando Gunther Teubner utiliza o conceito de poder constituinte cunhado pela dogmática tradicional para promover a sua ressignificação (“*re-especificação*”).

Mais uma vez fica comprovada a vocação do constitucionalismo societal para realizar diagnósticos muito corretos na exata medida da sua (in)aptidão para propor soluções completa e perigosamente equivocadas.

É que para a esta doutrina o poder constituinte já não decorre mais da vontade geral do contrato social rousseauiano, mas sim de um tipo de “*energia social*”, de um tipo de “*força*”, da qual decorre a capacidade de “*autodeterminação coletiva*”.

---

<sup>746</sup> Agora sim tem razão a doutrina de teoria política quando diz que os “poderes indiretos [extrajurídicos] se servem do Estado, mas ao mesmo tempo, não querem identificar-se com ele, permanecendo no melhor dos mundos: o poder sem responsabilidade”. E que: “Um poder indireto refugia-se na invisibilidade, a invisibilidade leva à irresponsabilidade, a irresponsabilidade acarreta a desintegração da unidade política”. Vide: BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p.51 e 81.

<sup>747</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, p.255.

<sup>748</sup> *Ibidem*, p.260.

<sup>749</sup> Segundo o constitucionalismo societal, os “*experimentos*” humanos realizados pelo médico Mengele não foram o resultado nem do seu sadismo, nem de uma decisão política nazista totalitária, mas sim de uma mera “*tendência expansionista*” do sistema chamado ciência. TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, p.254.

<sup>750</sup> Trocando em miúdos, para esta doutrina, o homem não teria liberdade de escolha, sendo sempre e inevitavelmente arrastado pelo determinismo. Mas não há como concordar com essa visão de mundo, com essa ideia de “*jaula de ferro*”. Cf.: TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**, p.99.

Segundo Gunther Teubner, o poder constituinte na sociedade pós-moderna já não se identifica mais com “seres humanos individuais, o conjunto da população ou uma mera relação de poder entre grupos sociais”<sup>751</sup>. Não. Agora, na sua visão, o poder constituinte é essa “energia social” ou “força” que, “com a ajuda das normas constitucionais, atualiza-se em poder constituído”<sup>752</sup>.

A imaginação desta doutrina é realmente muito fértil: defende a tese de que o “poder constituinte, o potencial, a capacidade, a energia, a força da autofundação constitutiva” surge da “coincidência”, dos meros “encontros” dos “irritamentos mútuos de sociedade e indivíduos e de comunicação e consciência”<sup>753</sup>. Em outras palavras, o poder constituinte surge do “caos”.

Por mais que não se possa aceitar a concepção rousseauiana de uma vontade geral abstrata e desconectada da realidade, o fato é que não é adequado defender uma concepção substituída igualmente surreal, segundo a qual o poder constituinte, ou o direito de uma maneira geral, surge do “caos”.

Se isto fosse verdade, esta investigação deveria parar por aqui (qualquer outra investigação do direito enquanto ciência social deveria parar), pois o desconstrutivismo, levado às últimas consequências, porque irracional, conduz exatamente ao nada, ao não-direito<sup>754</sup>.

E também fica clara a manipulação do homem quando a doutrina em questão se nega a reconhecer um direito fora do Estado, mantendo a sua dependência quase que servil à norma jurídica estatal.

De novo, pode ser identificada a estratégia da resignificação dos conceitos jurídicos. O artifício, desta vez, é a sofisticada ideia de “*re-entry*”, segundo a qual “o *self*” do sistema social passa a ser definido heteronomamente por intermédio de normas jurídicas”<sup>755</sup>. Em outras palavras, permanece o monismo estatal disfarçado de pluralismo humanitário. E pior: se é possível identificar com mais nitidez e se precaver contra eventual autoritarismo do Estado (a força do “leão”), no caso do “*pluralismo sociológico*” (monismo disfarçado), a história é bem diferente, pois já não é mais possível identificar nem de onde vem, nem para

---

<sup>751</sup> Ibidem, p.124.

<sup>752</sup> Ibidem, p.125.

<sup>753</sup> Ibidem, p.126.

<sup>754</sup> Novamente a filosofia política ajuda a entender o desconstrutivismo do chamado pensamento “*pós-moderno*”. Cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 395-396.

<sup>755</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, p.131.

onde vai o poder das vontades radiciais, nem muito menos se precaver contra o seu exercício (a dissimulação da “serpente”).

A ideia foucaultiana de “*poder capilar*” é utilizada por Jacques Derrida para se referir à necessidade de ingressar nas “*entranhas do corpo social até as suas estruturas mais microelementares*”<sup>756</sup>.

Esta visão não é inadequada. O “*micro*” também é importante (muito importante). O problema é saber como lidar com ele.

Parece que o monismo estatal (e o seu “*pluralismo normativo*”) continua sendo mais adequado do que o “*pluralismo sociológico*”, ao menos no que tange as soluções propostas pelo constitucionalismo societal, que continua enxergando o direito através do ponto de vista autoritário e monológico do Estado, cujo poder (público) agora deve se curvar ao *think tank* das *Collegial institutions*<sup>757</sup>.

E o que é mais grave: quando esse tipo de doutrina recorre ao constitucionalismo, não o faz sem causar sérios danos à sociedade.

Ao recorre à ideia de Constituição, em vez de mera “*juridificação*”, o que essa doutrina parece ter em mente não é primordialmente a sua “*função limitadora*”, o que até seria útil para lidar com o fenômeno “*poder*”, mas sim a sua “*função constitutiva*”, tentando reprogramá-la para criar uma espécie de “*força normativa*” em favor dos “*âmbitos [leia-se, constituições] sociais parciais*” que passa se impor ao resto da sociedade. Os cidadãos, a partir de agora, já não devem mais respeitar apenas a Constituição do seu Estado Nacional, mas também se adaptar às milhares de vontades radicais (arbitrárias), trocando a hierarquia pela “*heterarquia*”.

Já não é mais o Estado liberal que impõe hierarquicamente a sua vontade, nem o Estado do bem-estar social que passa a se submeter aos direitos subjetivos públicos. A partir de agora, são milhares de eu(s) que impõem “*heterarquicamente*”<sup>758</sup>, mais do que uma mera

<sup>756</sup> Apud Gunther Teubner. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização, p.163.

<sup>757</sup> Parece uma versão sofisticada do “*lobo vestido em pele de cordeiro*”, já que aquilo que é realmente muito bom e muito justo não precisa ser induzido “*massivamente*” por um pequeno grupo. Não à toa, até o “*emotivismo ético*”, uma variante do “*pluralismo sociológico*”, critica a teoria sistêmica luhmanniana. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma**: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira, p.12.

<sup>758</sup> Segundo a “*lei da universalidade*” da teoria do poder (cratologia), porque “*não existem dois seres iguais na natureza*” também não é possível existir “*relações sociais acráticas, sem qualquer componente de poder*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.173.

pretensão decorrente de um direito subjetivo, a sua vontade própria através de uma poderosa ideia de Constituição, agora reprogramada (“*re-especificada*”).

O constitucionalismo social parece se aproveitar de um momento histórico (a globalização), se utilizando da sua especial habilidade para diagnosticar os efeitos (positivos e negativos) sobre a realidade das coisas com a finalidade de emplacar a ideia de que existe uma consequência necessária e inevitável, um fatalismo-determinista, que se impõe e do qual o homem não pode escapar, o que, entretanto, não condiz com a realidade prática.

O próprio Gunther Teubner ressalva que a União Europeia adota a ideia de uma *multi-level-governance* fundada na “teoria das redes”:

[com] a especificidade de que, para além dos nós da rede dos Estados Nacionais, se forma uma central da rede, que produz, por sua vez, uma ordem autossuficiente, o direito comunitário, sem que ela, no entanto, atue como instância hierarquicamente supraordenada como instância central de uma ordem federal.<sup>759</sup>

Esta situação, segundo o pensador alemão, é designada na “teoria das redes” pelo que se denomina “*redes centralizadas*”, que são apenas um *primus inter pares*, de maneira que todos os “*nós*” da rede decidem por ela descentralizadamente, assumindo assim tanto as normas dos outros “*nós*” como também a ordem como um todo, do que resulta uma responsabilidade universal das ordens particulares<sup>760</sup>.

Como se percebe, as soluções vislumbradas por Gunther Teubner (*i*, *ii* e *iii*) não parecem esgotar todas as possibilidades à criatividade humana. Em que pese ele dizer que o modelo da União Europeia se aplica somente à hipótese que denomina “*europaização*”, não seguindo consequentemente a mesma lógica da “*globalização*” e da sua ausência de “*redes centralizadas*”, o fato é que sempre vai existir espaço para a criatividade humana.

Às vezes é necessário retroceder para avançar. Outras vezes, é necessário retroceder muito para avançar ainda mais.

Exatamente por isso, o que se propõe no presente trabalho é tentar resgatar uma teoria centenária (1918), o institucionalismo clássico, cujo enorme mérito foi conceber um pluralismo que valoriza o homem e sua dignidade, não um mero objeto (artefato, experimento ou coisa que o valha): o chamado “*pluralismo institucional*”<sup>761</sup>.

Se os diagnósticos realizados pelo “*pluralismo sociológico*” se aproximam dos realizados pelo “*pluralismo institucional*”, as soluções propostas são essencialmente

<sup>759</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização, p.283.

<sup>760</sup> *Ibidem*, p.283-284.

<sup>761</sup> Mais uma vez: Jean-Bernard Auby. *La globalization, le droit et l'État*, p.204-206.

diferentes, devendo ser repensada e muito refletida qualquer tentativa de aproximação entre as duas teorias <sup>762</sup>.

O “*pluralismo institucional*” de Santi Romano parece plenamente compatível com uma concepção que acredita no homem sociável que, apesar dos seus defeitos, é capaz de produzir as melhores escolhas possíveis. Precisa do elemento ético, é claro. Mas não há outra saída. Tanto o “*pluralismo normativista*” quanto o “*pluralismo sociológico*” não se mostram adequados para explicar a complexa realidade prática contemporânea.

### 3.4.3. O Poder Jurídico Exercido por Entidades Privadas: um Governo Privado?

Parece ter ficado suficientemente claro que as entidades privadas, exercendo a sua liberdade econômica, exercem inexoravelmente um poder, seja qual for o nome que se dê a isso (*e.g. facultas agendi*), sendo adequado não entrar num campo de discussão ideológica que pouco possa contribuir para a solução de problemas práticos reais sensíveis ao cidadão mais comum.

Exatamente por isso quando se diz que as entidades exemplificadas acima exercem uma espécie de “*governo privado*” <sup>763</sup> não se pretende defender o fim da política, nem a privatização da vida pública ou qualquer outra concepção redutora do homem a mero objeto da vontade de outro homem.

O que se pretende dizer com o “*governo privado*” é simplesmente que os efeitos das decisões tomadas por algumas entidades privadas no âmbito da sociedade é uma realidade muito palpável e que, muitas vezes, se sobrepõe em termos de efetividade ao próprio poder estatal, o que não pode ser explicado simplesmente pelo contrato. Aliás, o contrato é o instituto que menos explica essa realidade.

Os efeitos decorrentes de algumas atividades econômicas desenvolvidas por algumas entidades privadas são capazes de produzir impactos tão ou mais relevantes na vida das

---

<sup>762</sup> Realizando uma aproximação entre o institucionalismo clássico e o neoinstitucionalismo, vide: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. .. São Paulo: Saraiva, 2013.. Saraiva, 2013. Realizando uma aproximação entre o institucionalismo clássico e o sociologismo jurídico, vide: ROCHA, Eduardo Morais da. **Teoria institucional da praticabilidade tributária**. Editora Noeses, 2016. Neste último exemplo se mistura o institucionalismo clássico não apenas com a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, mas também com a doutrina de valores de Ronald Dworkin, tentando se justificar já na apresentação da obra todo esse “*sincretismo*” teórico.

<sup>763</sup> A expressão “*governo privado*” pode ser encontrada, sem maiores traumas, na doutrina contemporânea que admite a pluralidade de ordenamentos “*menores*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.38.

peças do que aqueles produzidos pelas normas jurídicas estatais, pouco ou nada importando se a doutrina os chama de jurídicos ou extrajurídicos, de liberdade econômica ou de poder econômico, de poder ou “*meio de comunicação social*”.

A realidade é uma só: essas entidades privadas agem e as suas ações, mais do que meramente repercutir, conduzem diretamente a vida concreta das pessoas, atingindo a suas esferas de direito.

José Carlos Vieira de Andrade percebeu muito bem essa realidade, conquanto tenha preferido utilizar a expressão “*relações privadas de poder*”.

Conforme será analisado mais a frente (vida infra: 3.7.1.), o jurista de Coimbra parece admitir a existência de um poder (privado) <sup>764</sup> que pode ser muito útil para a compreensão do tema exatamente por encontrar correspondência na norma constitucional portuguesa (CRP) <sup>765</sup>, por mais que grande parte da doutrina mantenha reservas à sua utilização como categoria jurídica.

Ana Frazão também percebeu essa realidade prática no caso das chamadas plataformas digitais. Veja:

Pelo contrário, as plataformas, longe de assumirem uma posição passiva no fluxo informacional, apresentam grande protagonismo no papel de filtrar, selecionar, ordenar, classificar e priorizar as informações, assim como de direcionar determinadas informações ou publicidade para determinadas pessoas ou públicos-alvo.

Sob essa perspectiva, até mesmo a tradicional distinção entre conteúdos próprios e de terceiros passa a ser questionável, já que, na atual sociedade da informação, o maior poder comunicacional cabe ao agente que, como é o caso das plataformas digitais, decide que conteúdos de terceiros serão dirigidos aos usuários e de que forma, podendo não apenas valorizar e priorizar determinados conteúdos, como também dificultar ou bloquear a circulação de outros. <sup>766</sup> (Sem grifo no original)

A jurista brasileira realizou um diagnóstico correto da realidade, acertando, ademais, ao despertar a doutrina para a necessidade de se refletir sobre o papel dessas entidades privadas numa sociedade democrática.

---

<sup>764</sup> José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais**, p.248-249.

<sup>765</sup> **CRP: art. 18, nº 1: Os preceitos constitucionais** respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

<sup>766</sup> Plataformas digitais e a questão da responsabilidade por conteúdos ofensivos de terceiros, *In* <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/plataformas-digitais-e-a-questao-da-responsabilidade-por-conteudos-ofensivos-de-terceiros-09102019>, acesso em 16/10/2019.



Mas a solução apresentada, qual seja, de revisão do regime de responsabilidade civil das plataformas digitais do art. 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)<sup>767</sup> para possibilitar *e.g.* a exclusão sumária de conteúdos, ainda parece insuficiente.

É que a solução proposta continua voltando o foco para a mera repressão, essencialmente *a posteriori*, dando pouca ênfase ao caráter preventivo e autorregulador que o poder (privado) pode desempenhar. O mero efeito indireto causado por medidas de estímulo, próprias das sanções negativas, não são suficientes para melhorar esta ênfase.

E mais, a solução proposta acaba apenas por transferir o arbítrio da vontade radical de lugar. O arbítrio da vontade radical do terceiro que gerou o conteúdo para o arbítrio da vontade radical da plataforma digital que passa a controlá-lo. A responsabilização civil não é inadequada, mas apenas insuficiente.

A melhor solução parece ser outra.

Conforme se verá mais a frente, a melhor solução parece passar pela qualidade do processo decisório no seu sentido amplíssimo. Por ora, talvez valha a pena apenas revelar a pista oferecida pela LGPD ao estatuir uma espécie de direito de explicação relativamente ao processo decisório automatizado<sup>768 769</sup>.

Repare que conduzir a vida das pessoas significa de alguma maneira governar as pessoas, tomando decisões que repercutem na esfera de direitos de terceiros por vezes de forma mais drástica do que poderia produzir uma norma jurídica.

Nessa linha de raciocínio, parece pouco contraproducente travar uma guerra ideológica para negar a existência de um verdadeiro “*governo privado*” e insistir em dizer que o poder é apenas o poder (público), aquele exercido exclusivamente no âmbito do Estado e da norma jurídica, criando assim expedientes teóricos para tentar justificar esta realidade.

---

<sup>767</sup> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

<sup>768</sup> LGPD: art. 20, § 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

<sup>769</sup> GDPR: art.71 “[...] Em qualquer dos casos, tal tratamento deverá ser acompanhado das garantias adequadas, que deverão incluir a informação específica ao titular dos dados e o direito de obter a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, de obter uma explicação sobre a decisão tomada na sequência dessa avaliação e de contestar a decisão.”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>. Acesso em 17/10/2019.

A propósito, vale lembrar a discussão em torno do critério orgânico do conceito de ato administrativo.

Pedro Costa Gonçalves captou bem essa ideia na doutrina espanhola para dizer que o “essencial para determinar a aplicação do direito administrativo não é o facto de uma entidade se denominar Administração Pública, mas a circunstância de, por sua própria vontade, poder modificar as situações jurídica dos particulares”<sup>770</sup>.

E, citando a doutrina espanhola de José Maria Boquera Oliver, revela que “o importante para o Direito não são os nomes das pessoas, mas as consequências jurídicas dos seus actos”<sup>771</sup>. E prossegue o jurista português dizendo que:

Esta tese, que provoca uma fissura na concepção orgânica tradicional, assenta no princípio de que, em não poucos casos, os actos praticados por privados devem qualificar-se como actos administrativos, não obstante a inexistência de uma delegação de funções e de poderes públicos.<sup>772</sup>

E conclui, citando outro jurista espanhol, Gonzales Navarro, que “o essencial não é a presença de uma administração pública mas o exercício efectivo de funções administrativas de transcendência pública”.<sup>773</sup>

Conquanto todo o raciocínio desenvolvido pelo jurista português se refira às “*funções administrativas*” ou “*poderes públicos*”, o fato é que parece perfeitamente possível aproveitá-lo também em relação aos poderes (privados) exatamente quando a entidade privada, no exercício da sua liberdade econômica, puder “*modificar as situações jurídica dos particulares*”, o que não raras vezes efetivamente acontece nas “*relações privadas de poder*”.

Se houve uma “*fissura*” na concepção orgânica de ato administrativo, agora, se a hipótese desta investigação estiver certa, poderá haver quase que uma implosão desta concepção orgânica. E significará um passo a mais em relação à tese do jurista português. O tema será retomado mais a frente (vide *infra*: 3.6.1.).

#### 3.4.4. A Conformação do Poder das Entidades Privadas

Parece uma postura adequada não tentar transplantar a doutrina da soberania estatal para as hipóteses de exercício do poder (privado) pelas entidades privadas.

---

<sup>770</sup> GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.67.

<sup>771</sup> *Ibidem*.

<sup>772</sup> *Idem*, p.67-68.

<sup>773</sup> *Idem*, p.68.

Se as concepções de soberania, de poder e de vontade geral que foram formuladas por Bodin, Hobbes e Rousseau não são adequadas e suficientes para explicar o exercício do poder pelo Estado, conforme referido antes (vide *supra*: Parte I), com muito mais razão não podem ser consideradas adequadas e suficientes para explicar o exercício do poder (privado) por essas entidades privadas.

Ainda que a concepção de soberania fosse tão importante quanto a dogmática tradicional normalmente prega, ainda assim, não se poderia dizer que as entidades privadas são soberanas, pois obviamente não o são e não podem ter a pretensão de o ser.

Muito pelo contrário, nada justifica que uma entidade privada seja considerada soberana, o que não exclui, entretanto, a possibilidade dela também construir a sua própria fonte do direito não-estatal.

A concepção de soberania não pode pretender – por absoluta incompatibilidade com a realidade prática – se arvorar da exclusividade do direito, conforme já constatado nesta investigação. Poderá até contar com alguma primazia ou alguma deferência para dar a primeira palavra, decorrência natural de qualquer organização social, mas não poderá se apegar a um monopólio do direito que não existe na realidade, ressalvada é claro a necessidade de se conferir a palavra final, *e.g.*, ao Poder Judiciário.

As entidades privadas, portanto, têm poder jurídico, embora não tenham soberania. E este poder jurídico não decorre necessariamente do Estado (monismo jurídico), podendo ser gerado no seio da própria sociedade (pluralismo jurídico).

Por isso parece mais adequado o termo “conformado”, mais do que “limitado”, expressando com isso que também existe direito fora do Estado que, por sua vez, pode até, agora sim, limitar o direito conformado pela própria sociedade.

Da mesma forma, quanto ao poder jurídico, não se pode aplicar às entidades privadas a ideia rousseauniana de que o direito é lei e de que a lei é a ordem que decide o conflito em torno do Direito. Conforme exposto, a concepção institucional é mais adequada do que o normativismo e não tem como foco nem o seu decicionismo e nem o seu conflitivismo (“*divisivo*”).

E, igualmente, não há se falar numa vontade geral abstrata como fundamento justificador do exercício do poder (privado) por essas entidades, uma vez que, como já exposto acima, as vontades que contribuem para a fundação da instituição são bem outras: as “*vontades paralelas*”, concretas e espontâneas do institucionalismo.

Em suma, não se pode e não se deve associar o poder (privado) exercido por entidades privadas no contexto da livre iniciativa com o poder (público) exercido pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, conquanto ambos possam e devam ser considerados “jurídicos”. O poder privado é jurídico e é autônomo em relação ao poder público.

A conclusão acima representa não só a postura mais adequada como também a postura que mais se aproxima do mundo dos fatos, mormente numa sociedade complexa e plural como a contemporânea.

As duas possíveis alternativas (inadequadas) a esta proposta são: *a*) continuar mantendo os efeitos das decisões destas entidades privadas numa espécie de limbo, acobertado pela ideia de “*liberdade da indiferença*” (do monismo estatal); ou então *b*) admitir que a os efeitos das decisões proferidas por estas entidades privadas impactam diretamente a esfera de direito de terceiros, quer eles sejam ou não considerados um poder jurídico, quer eles sejam ou não um poder delegado pelo Estado ou por meros “*meios de comunicação*” criados pelos demais “*âmbitos sociais parciais*” em que se inserem milhares de indivíduos-soberanos do “*pluralismo sociológico*”.

Nenhuma das duas alternativas acima (*a* e *b*) se mostra adequada. Aliás, parece uma questão de tempo até que os normativistas honestos se convençam dos perigos do “*pluralismo sociológico*”<sup>774</sup> e busquem tentar conciliar a sua teoria da norma jurídica com a teoria institucionalista do direito. Esta última teoria é inclusivista e busca exatamente esta conciliação. Resta àquela outra deixar de lado o seu exclusivismo para também buscar esta reciprocidade.

#### 3.4.4.1. A autorregulação do poder pelas entidades privadas

Como se percebe, a “conformação” (criação) do poder pelas entidades privadas não é nada muito diferente da ideia de autorregulação.

Mas por que então a doutrina prefere o segundo termo (autorregulação) em vez do primeiro?

A resposta parece estar novamente na visão normativista adotada pela dogmática tradicional. É que o termo autorregulação parece comprometer menos a concepção exclusivista da norma jurídica, tentando dar a entender que a iniciativa privada tem apenas

---

<sup>774</sup> Sobre os perigos das “*metáforas orgânicas*” do expansionismo do poder, do “*domínio de Ninguém*” da burocracia, dos governados como “*macados supercivilizados*”, do governo da “*elite*” dos sábios dos “*think tanks*”, da capacidade dos “*computadores pensarem*”, cf.: ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**, p.94-104.

uma mera liberdade econômica, e não um poder jurídico, mantendo assim íntegra a bifurcação da realidade através do binômio autoridade-liberdade.

O fato é que, conforme já referido acima, a iniciativa privada tem um poder jurídico de alterar a esfera de direitos de terceiros, de modo que o termo “conformação” parece melhor para conotar esta ideia.

Seja como for, semântica a parte, o que precisa ficar claro é que as entidades privadas têm a faculdade de auto-organização, podendo assim estabelecer as regras do jogo relativamente à sua atividade econômica cujas consequências (leia-se, efeitos) inevitavelmente alcançaram a esfera jurídica de terceiros.

E essa realidade não é explicada suficientemente pelo contratualismo. Muitas vezes haverá sim consentimentos mais nítidos entre os *players* que se sujeitam à determinada autorregulação. Outras vezes, o consentimento será mais tênue (*e.g.* dos termos de adesão em geral). E outras vezes ainda, sequer haverá consentimento (vide *supra*: exemplo da LGPD da fig.18)

Ora, quando o consentimento é muito tênue ou sequer existe, como qualificar os efeitos concretos a que não raras vezes impactam a esfera de direitos de terceiros (*stakeholders*)?

Parece ter ficado claro que o contrato não tem resposta adequada para essa situação, não sendo suficiente a doutrina da eficácia externa do contrato. Eventual resposta da doutrina civilista relacionada àquilo que se denomina “efeitos *erga omnes*” também não parece ser adequada, uma vez que não se trata simplesmente de um dever geral de terceiros, obrigados a suportar o exercício regular de um direito, de uma liberdade econômica.

A autorregulação, se se tiver em mente a esfera de direitos de terceiros, parece se aproximar muito mais da ideia de um “*governo privado*” exposta acima do que da ideia de um simples direito de liberdade econômica, uma vez que pode estar em causa a própria condução ativa da vida das pessoas e não simplesmente um dever geral de suportar.

Os tempos são outros e a dogmática jurídica não pode ficar presa a concepções teóricas que não explicam adequada e suficientemente a realidade das coisas (vide *infra* o exemplo da fig.19).

Os mecanismos de proteção de crédito desenvolvidos pelo sistema financeiro (e.g. da *Serasa Experian* criado por iniciativa da Febraban em 1968, 50 anos antes da LGPD) parecem constituir um bom exemplo do poder que as entidades privadas têm de conduzir ativamente a vida das pessoas. (fig.19)

Parece muito simplista dizer que determinados mecanismos organizativos, como no exemplo acima, revelam mero exercício da liberdade econômica pelas entidades privadas, sendo “jurídicos” apenas porque o Estado os tolera. Na verdade, o institucionalismo clássico aparece muito claro neste caso, antes mesmo de qualquer norma jurídica estatal se dar conta.

É também por isso – porque se trata de “conformação” do poder - que parece mais adequado utilizar o ferramental do ato administrativo do que o ferramental da tradicional autorregulação que, sozinho, não parece ser suficiente para explicar o exercício do poder por entidades privadas.

#### 3.4.4.2. A regulação estatal

A autorregulação do poder (privado) exercido pelas entidades privadas não exclui obviamente a regulação estatal que continua e deve continuar sendo uma alternativa sempre possível. A visão institucionalista não é exclusivista, buscando sempre se conciliar com o normativismo, agora no aspecto regulatório-estatal.

O que se deve ter em mente é que a ausência de regulação estatal não significa necessariamente que não exista regulação alguma.

Perceba que o paradoxo desta afirmação é só aparente, já que, uma vez ausente a regulação estatal, é possível que se esteja diante de uma regulação de outro tipo, uma regulação não-estatal que, ainda assim, é uma regulação: que se pode denominar autorregulação privada <sup>775</sup>.

Confira *infra* o exemplo da fig.20.

---

<sup>775</sup> Conquanto a doutrina normativista se negue a reconhecer a “autorregulação privada” como conceito jurídico, reputando-a mera “desregulamentação”, o institucionalismo demonstra o contrário.

O serviço privado relativo ao fornecimento de patinetes elétricos, a despeito da inexistência de lei municipal regulamentadora, não pode ser simplesmente considerado um serviço desregulamentado, pois é difícil imaginar o seu funcionamento adequado sem uma autorregulação que, por mínima ou despercebida que seja, ainda é um tipo de regulação, uma autorregulação privada. (fig.20)

Frise-se, a possibilidade de o Estado promover a sua própria regulação do tipo estatal não conduz à conclusão de que não existe outro tipo de regulação que seja anterior, qual seja, aquela produzida pelas próprias entidades privadas.

Exatamente por isso parece possível dizer que a regulação estatal nem sempre terá diante de si uma atividade totalmente desregulamentada (uma folha de papel em branco). Não raras vezes haverá uma regulação preexistente, ou seja, uma autorregulação privada que não pode ser desprezada, nem ignorada pelo Estado quando da sua decisão por regulamentar determinada atividade econômica.

A propósito, a Lei 13.874/2019 (LLE) representa um grande avanço ao exigir estudo prévio de impacto (EPI) quando o Estado tiver a pretensão de regulação de determinada atividade econômica, consoante se analisará mais a frente (vide *infra*: 4.2.5.).

Do que foi exposto até aqui parece possível preparar duas conclusões. A primeira quanto ao conceito de “*autorregulação privada publicamente regulada*” e a segunda quanto à importância da autorregulação. São os próximos dois temas.

#### 3.4.4.3. A autorregulação privada publicamente regulada

Quanto ao conceito de “*autorregulação privada publicamente regulada*”, convém enfatizar novamente que nem sempre a “*autorregulação privada*” será “*publicamente regulada*”.

Dito de outro modo, a autorregulação realizada pelas entidades privadas não necessariamente deve ser objeto de regulação estatal, o que leva à conclusão de que pode existir um tipo de regulação (privada) mesmo sem que haja outro tipo de regulação (estatal). O exemplo acima da fig.20 parece ser suficiente para ilustrar o raciocínio, ainda que a *praxe* e a própria doutrina ainda não consigam enxergar desta forma.

É claro que isso não significa que o Estado não possa supervisionar a autorregulação exercida pelas entidades privadas (o “*Estado-supervisor*”). É claro que pode. E não só pode como é seu dever fazê-lo sempre em favor do bem comum da sociedade. É bem possível que

seja desnecessária qualquer regulação estatal quando a autorregulação se mostrar adequada e suficiente, devendo ser destacado, entretanto, que regulação pública é diferente de supervisão pública. Em outras palavras, supervisionar não é a mesma coisa que regular, como a própria semântica dos termos revela.

O que não se pode fazer é pressupor que toda “*autorregulação privada*” é necessariamente “*publicamente regulada*” porque não é isto o que mostra a realidade prática.

A explicação teórica de índole normativista que prefere justificar a impossibilidade de onipresença e onipotência do Estado através do que chama de “*fenômeno da abolição de controles públicos preventivos*”<sup>776</sup>, não parece adequada para explicar as múltiplas e complexas realidades práticas da sociedade contemporânea.

A doutrina da *smart regulation* parece adotar essa mesma explicação, inadequada, partindo da premissa de que é o Estado é onipresente e onipotente e de que só a partir da sua benevolência seria possível ao setor privado autorregular a sua própria atividade econômica e, assim mesmo, apenas por razões meramente pragmáticas de redução de custos e de esforços governamentais<sup>777</sup>.

Nesse sentido, a doutrina da *smart regulation* não parece ser nada mais do que uma ramificação da doutrina da *responsive regulation*, segundo a qual os reguladores não devem primar por intervenções coercitivas pelas mesmas razões pragmáticas<sup>778</sup>.

O que se percebe é quase sempre uma visão utilitarista do direito que, uma vez redutora, deixa de fora uma parcela importante da realidade prática. Isto não significa, obviamente, que a regulação estatal, quando necessária<sup>779</sup>, não deva justificar os seus custos e levar em consideração a distribuição dos efeitos por toda a sociedade.

---

<sup>776</sup> Neste sentido: “a privatização do procedimento administrativo (em sentido material) é apenas um outro nome para o fenômeno da abolição de controles públicos preventivos: pretende representar ou sugerir a ideia de uma substituição do procedimento administrativo por um ‘procedimento privado’”. GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.185-186.

<sup>777</sup> Citando GUNNINGHAM, Neil; GRABISKY, Peter; SINCLAIR, Darren, cf.: FREITAS, Rafael Vêras de. Proporcionalidade das medidas compensatórias e mitigatórias. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.179.

<sup>778</sup> *Ibidem*.

<sup>779</sup> A regulação estatal pode ser necessária, e.g., “nos setores de infraestrutura caracterizados como monopólios naturais e que não comportam a exploração competitiva por mais de um operador econômico”, hipótese em que é muito comum a “regulação por contrato”. GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**, p.137.



A regulação estatal deve sempre ser justificada <sup>780</sup>, devendo contemplar como alternativa não apenas a não regulação estatal ou desregulação <sup>781</sup>, mas também – se a hipótese de investigação estiver correta - a própria autorregulação privada.

O que deve ficar claro é que, sob o ponto de vista de uma explicação teórica mais adequada, a autorregulação privada deve ser vista como fonte autônoma do direito, um tipo de regulação diferente da regulação do tipo estatal.

#### 3.4.4.4. A importância da autorregulação privada

A segunda conclusão que se pode retirar diz respeito à importância da “*autorregulação privada*”.

Partindo do pressuposto de que não é adequada, nem suficiente a ideia de onipresença e onipotência do Estado, como de resto revela a realidade, salta aos olhos a importância da autorregulação realizada pelas entidades privadas no contexto da sua própria atividade econômica.

Como mencionado acima, a autorregulação não pode ser enxergada meramente sob o ponto de vista do exercício de uma liberdade econômica, mas sim, principalmente, sob o ponto de vista do exercício de um poder que é não só um poder “jurídico” como também um poder que deve ser exercido do modo o mais substancialmente legítimo possível.

Isso significa que o exercício do poder pelas entidades privadas através da autorregulação da sua própria atividade econômica não pode ter como objetivo apenas alcançar uma postura não-abusiva da liberdade econômica, mas também, mais do que isto, buscar alcançar o próprio bem comum ou ao menos uma parcela do bem comum naquilo que lhe é peculiar.

O foco da dogmática não pode ser simplesmente o tradicional abuso do poder, mas sim algo muito maior: o próprio exercício do poder do modo o mais substancialmente legítimo possível. De uma postura passiva, inerte e simplesmente não-abusiva, parece possível passar para outra postura mais ativa, construtivista e substancialmente legítima.

---

<sup>780</sup> Vide, e.g., recomendação da OCDE de 2012 que disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>, acesso em 20/03/2020.

<sup>781</sup> Vide o Enunciado nº 38 da 1ª Jornada de Direito Administrativo: “*A realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) por órgãos e entidades da administração pública federal deve contemplar a alternativa de não regulação estatal ou desregulação, conforme o caso*”.

Com efeito, na ausência da regulação estatal (seja qual for o motivo), a responsabilidade das entidades privadas se torna muito maior.

Dai a importância da autorregulação privada que, mesmo na ausência de regulação estatal, deve conformar o seu respectivo poder (privado) do melhor modo possível tanto para si quanto para todos aqueles que de alguma forma – consensualmente ou não – são alcançados pelas consequências decorrentes do seu exercício. É a “*liberdade da indiferença*” transformada em “*liberdade de qualidade*”.

Quando da análise da teoria da ação/decisão humana para o ato administrativo na perspectiva normativista, foram ressaltados os problemas resultantes do tipo de visão “*puntiforme*” sobre a vontade do sujeito-agente (vide *supra*: 2.2.).

É na filosofia política que o conceito de “*liberdade da indiferença*” encontra a sua melhor explicação. Veja:

O conceito de liberdade de indiferença não só leva a conceber a vida moral de modo puntiforme: também tem consequências no modo de se conceber as exigências morais. Se a vontade humana é indiferentemente livre, a regra do bem será totalmente externa a ela, e assumirá a forma de uma lei estabelecida por uma vontade superior, que só poderá influir na vontade do inferior mediante a ‘obrigação’. Com efeito, não pode valer-se sobre inclinações naturais do bem, quase exprimindo as exigências de uma aspiração natural da vontade ao bem perfeito. Ademais, dado que a liberdade tem precedência, a preocupação principal da moral legalista é a de reduzir ao mínimo as exigências obrigatórias, deixando todo o resto para a liberdade do sujeito; as exigências do exercício das virtudes e da vida boa – que são o objeto principal de interesse da ética tomista – são aqui desatendidas [...] Da mesma forma, escapam ao interesse da moral legalista as exigências da prática comunitária da vida boa.

A lei se ocupa das ações dos indivíduos singulares, os quais, por sua vez, não têm em comum uma inclinação natural à comunidade, mas, sim, constroem a sociedade mediante decisões individuais livres.<sup>782</sup>

Conforme se percebe, a “*liberdade de qualidade*” já não trata mais de um mero “jogo de gato e rato” entre regulador e regulado, nem de uma mera colaboração recíproca entre dois polos completamente separados, o público e o privado, mas sim de algo maior, e substancialmente diferente, que considera toda a sociedade (todos os *stakeholders*) de uma maneira muito mais ampla.

A “*liberdade de qualidade*”, preservando o pluralismo dos indivíduos, já não foca a vontade radical do sujeito, mas aquilo que a sociedade tem em comum. O foco deixa de recair somente sobre diferenças levadas ao infinito (as infinitas soberanias individuais) para ser

---

<sup>782</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p.110.

direcionado mais à unidade, àquilo que todos têm em comum enquanto pessoas pertencentes à mesma comunidade num dado tempo e lugar.

Todo pluralismo jurídico, se quiser ser construtivista e não meramente desconstrutivista, ordenador e não meramente desordenador, enfim, jurídico e não meramente injurídico, deve se esforçar por buscar dialeticamente, ao mesmo tempo, tanto a unidade quanto a pluralidade.

O “eu” sozinho não existe. Nas palavras de Ortega y Gasset, “*eu sou eu e minha circunstância*”, o que é confirmado tanto pela melhor doutrina de direito constitucional<sup>783</sup> quanto pela filosofia política<sup>784</sup>.

Isto significa que unidade sem pluralidade é totalitarismo (destruição por excesso). E pluralidade sem unidade é nada (destruição por deficiência)<sup>785</sup>.

É exatamente porque a unidade radical (unidade sem pluralidade) conduz ao totalitarismo que a proposta doutrinária da Constituição “como ponto de chegada” não pode ser aceita<sup>786</sup>. Ao contrário, a Constituição só pode ser um ponto de partida.

E, inversamente, é exatamente porque o pluralismo radical (pluralidade sem unidade) conduz à destruição e ao caos que a proposta contemporânea voltada para o “*emotivismo ético*” não parece adequada.

Na verdade, o “*emotivismo ético*” não tem nada de contemporâneo, representando apenas uma tentativa de resgatar doutrinas abandonadas até mesmo pelo pós-modernismo<sup>787</sup>  
788 789

<sup>783</sup> “Nessa lógica, a concretização do bem particular de cada grupo intermediário pressupõe uma subordinação de seu conteúdo ao bem comum do Estado e, assim, da sociedade política como um todo, pois somente dessa maneira a realização dos fins próximos de cada nível comunitário resultará também na efetivação dos valores do bem comum genérico”. BOEIRA, Marcus Paulo Ryncembel. **A natureza da democracia constitucional**, p.209.

<sup>784</sup> Cf.: TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**; tradução Adail Ubirajara Sobra, Dinah de Abreu Azevedo. – 4. Ed. – São Paulo: Edições Loyola, 2013. Cf. também: WALZER, Michael. **Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário**; tradução Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão de tradução Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

<sup>785</sup> “Se nada existe à parte das coisas individuais, nada será inteligível. Tudo será sensível e não haverá conhecimento de coisa alguma, a menos que se sustente que a percepção sensorial seja conhecimento”. ARISTÓTELES. **Metafísica**, Livro III, 99b1-3.

<sup>786</sup> O constitucionalismo contemporâneo defende uma Constituição “sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.14.

<sup>787</sup> “A ordem das coisas encerrada no Medievo e toda sua cosmologia e mundividência” não “se esgota no Ancien Régime”, nem começa no Medievo, conforme equivocadamente afirma a doutrina do “emotivismo ético”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.42.

<sup>788</sup> A “*ordem das coisas*” começa antes mesmo do homem grego começar a pensar através da filosofia, passa pelo Medievo até ser embaralhada, de um lado (extremo), pelo emotivismo luterano do *De servo arbitrio* e, de

Mais uma vez é importante recorrer à filosofia política:

Somente tem sentido comprometer-se num confronto racional entre defensores de concepções diversas sobre o bem se, mediante a discussão e a argumentação, se tem em vista uma verdade reconhecível por todos. Diversamente, antes que à discussão comum, recorre-se a uma simples luta de poder ou interesses, ou então à manipulação psíquica. [...] Este diálogo persuasivo em busca da verdade é, ele próprio, um bem tipicamente humano, é um componente constitutivo do bem viver em conjunto. Aliás, dadas as condições do conhecimento humano, o pluralismo torna-se até mesmo benéfico, porque favorece uma concepção do bem mais articulada e rica.<sup>790</sup>

Nesse contexto, as entidades privadas devem construir o edifício da sua autorregulação como se fossem um microgoverno, tendo sempre em mente o bem comum da sua microcomunidade que também não deixar de ser o bem comum de toda a sociedade.

E não existe problema algum em se almejar o lucro, afinal de contas, o objetivo legítimo de toda e qualquer atividade econômica é o lucro, também. Só não se deve buscar exclusivamente - e a todo o custo - apenas e tão somente o lucro como, aliás, têm reconhecido algumas teorias econômicas contemporâneas que defendem a superação da “*shareholder theory*”<sup>791</sup>.

O que essas novas teorias econômicas não devem fazer é superar “*shareholder theory*” apenas para lucrar mais, a longo prazo, mantendo o mesmo pensamento do sujeito “*calculador de interesses*” da sociedade que deixa de ser uma sociedade “*em que também se*

outro lado (extremo), pelo racionalismo iluminista, do que só poderia resultar uma crítica avassaladora de Nietzsche, cuja angústia sobre estes desconcertos extremistas era até compreensível. É sobre estes escombros que a doutrina do “*emotivismo ético*”, diante de dois caminhos, em vez de tentar reconstruir a partir da “*razão prática*” aristotélica (razão + emoção), preferiu continuar desconstruindo a partir do decisionismo nietzschiano, incrementando, em vez de corrigir, o emotivismo luterano (agora secularizado e erotizado). MOTA, Francisco Sasseti da. Da catástrofe às virtudes: a crítica de Alasdair MacIntyre ao liberalismo emotivista. São Paulo: Edições Loyola, 2014. Cf. ainda: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983)., p.189-278.

<sup>789</sup> A crítica mais grave que se pode fazer à doutrina do “*emotivismo ético*” é a sua tentativa de utilizar os povos indígenas brasileiros (cosmovisão, mundividência, organização social etc.) como exemplo do subjetivismo-desconstrutivista que pretende sugerir. A “*experiência jurídica guarani*” representa exatamente o contrário do que esta doutrina pretende sugerir, já que, segundo a própria pesquisa de campo antropológica citada, o povo indígena guarani possui uma mundividência que valoriza (note bem): a “*boa vida*” (*Ñandereko*), muito parecida com a visão grega (*Eudaimonia*); a “*pessoa honrada*” (*abaête*), muito parecida com a virtude grega (*aretê*); a oralidade através da “*palavra dita*”, muito parecida com a narrativa trágica grega; a consideração da “*gravidade das infrações*” cometidas, muito parecida com a hierarquia de bens do *telos* grego etc. Em suma, a referida pesquisa por “*escuta étnica*” revela, na verdade, uma antropologia guarani muito próxima (se não idêntica) da antropologia grega clássica. Um verdadeiro contraexemplo para o “*emotivismo ético*” e não “*apenas uma escolha metodológica*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.96-107 e 126, nr. nº 86.

<sup>790</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Lull), 2011. p.335-336.

<sup>791</sup> Cf.: FRAZÃO, Ana. **Governança corporativa e compliance como mecanismos para a superação da shareholder theory**. in <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/governanca-corporativa-e-compliance-como-mecanismos-para-a-superacao-da-shareholder-theory-02102019>, acesso em 16/10/2019.

*pratica o mercado*” para se tornar apenas uma infeliz “*sociedade de mercado*”<sup>792</sup> que busca apenas os “*bens de eficiência*” e se esquece dos “*bens de excelência*”.

Exatamente por isso parece perder um pouco o sentido a discussão acerca da posição do Estado em relação ao mercado: se exógeno ou se endógeno.

A resposta que normalmente é oferecida pela doutrina é a de que o Estado é endógeno ao mercado. Esta resposta não está errada.

Contudo, diante da inexistência da onipresença e da onipotência do Estado, premissa adotada pelo institucionalismo clássico, esta resposta parece insuficiente para explicar todas as realidades de uma sociedade altamente tecnológica, complexa e veloz.

Dizer que o Estado é endógeno ao mercado, nas hipóteses em que ele sequer sabe ou tem condições de saber o que está acontecendo (*e.g.* da inovação tecnológica), resolve exatamente o quê?

Aparentemente, nada.

A mudança de chave é realmente muito importante.

Quando o tipo de pensamento é o normativista, o foco é dirigido ao controle do “*homem mau*” (vide *supra*: 1.4.1.3. e 1.4.2.3.). E conduz a uma visão de separação absoluta entre Estado e sociedade, os quais são colocados ora em lados opostos, ora – quando muito – num ambiente de colaboração forçada e não-espontânea.

É claro que o controle produz resultados, aqueles próprios do método “da cenoura e do chicote”. Mas o controle não produz os mesmos resultados que o ser humano é capaz de produzir. Só a vontade e a inteligência humana são capazes de produzir resultados criativos e genuinamente colaborativos.

A psicologia<sup>793</sup> tem muito a contribuir com o direito em termos de colaboração humana e os estudiosos dos *ADR's* já perceberam a insuficiência do Estado controlador e a importância de reconhecer a capacidade das partes de resolver com maior eficácia – em termos de adequação e velocidade – os seus próprios conflitos.

Dai a importância da autorregulação privada que, se não pode ter a pretensão de substituir totalmente a regulação estatal (sobre o “*homem mau*” ou sobre o “*homem inerte*”),

<sup>792</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p.288-289.

<sup>793</sup> Neste sentido sobre a psicologia: “São dois universos de complexidade interagindo: a vontade e a capacidade. A capacidade, embora mensurável, ilimitada em sua expansão histórica. A vontade, imensurável, ilimitada em sua dimensão psicológica”. Vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992, p.86-87.

pode ao menos contribuir para a melhoria das relações sociais através dos esforços do homem sociável.

Portanto, tratar a autorregulação pelo que de fato ela é – um poder (privado) jurídico – pode representar um grande salto dogmático para superar as crises epistemológicas <sup>794</sup>.

#### 3.4.5. Por Que Autorregulação e não Contrato?

Se para uma melhor compreensão da realidade é importante, como parece que é, uma mudança de chave – de liberdade econômica para poder jurídico - então também se torna importante perceber que a teoria do contrato é insuficiente para oferecer respostas para a multiplicidade de problemas práticos da sociedade contemporânea.

É que nem sempre é possível identificar a presença do elemento consenso nas mais variadas relações jurídicas travadas no seio da sociedade. Aliás, não raras vezes a própria relação jurídica é muito tênue e outras ainda ela sequer existe, conquanto inexoravelmente decorram efeitos concretos de todas elas que são aptos a atingir diretamente a esfera jurídica de terceiros e a sociedade em geral.

Com efeito, parece equivocada a ideia de que o contrato é suficiente para resolver todas essas situações, pois em verdade não é. E não é porque muitas vezes se está diante de um poder unilateral exercido dentro de uma relação multilateral que dificilmente pode ser assemelhada a uma relação jurídica contratual propriamente dita.

Consoante demonstrado acima (vide *supra*: 1.3.1.), a chamada “teoria da relação jurídica”, candidata a substituir a teoria do ato administrativo, não explica adequadamente as relações multilaterais que são muito comuns no direito administrativo do Estado-infraestrutural <sup>795</sup>.

Aliás, o direito da infraestrutura, mais do que nunca, também tem como *players* as entidades privadas.

Veja abaixo o exemplo da fig. 21 <sup>796</sup>:

---

<sup>794</sup> A filosofia política ensina que para a solução de uma “crise epistemológica” é necessária a “invenção ou a descoberta de novos conceitos, e a estruturação de um novo tipo ou novos tipos de teoria [...]” MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.388-393.

<sup>795</sup> Sobre a conexão entre Estado infraestrutural e relações multilaterais, cf.: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p.102-103.

<sup>796</sup> Disponível em: <https://fiber.google.com/blog/2019/saying-goodbye-to-louisville/>. Acesso em 18/09/2019.

Em fevereiro de 2019, a Google anunciou a interrupção “unilateral” do serviço gratuito de *internet* de alta velocidade por fibra ótica (“*Google fiber*”) que era disponibilizado na cidade americana de Louisville, Kentucky desde outubro de 2017, pedindo desculpas pela “decisão” aos cidadãos em razão da sua “parceria” e do seu “espírito de inovação”. (fig.21)

Nem contrato, nem teoria da relação jurídica são capazes de explicar adequadamente as situações do exemplo acima (fig.21), afinal de contas, apesar do seu “termo de uso”<sup>797</sup>, cuida-se de uma indisfarçável decisão unilateral (“*sole discretion*”) praticada por uma entidade privada que nem de perto pode ser considerada em situação de paridade com os anônimos cidadãos da cidade americana.

A análise de caso concreto não é a intenção do trabalho, mas o fato é que, se a hipótese desta investigação estiver correta, somente critérios objetivos poderiam legitimar substancialmente uma decisão de tamanha envergadura tomada por uma entidade privada.

A utilização de “termos de uso”, “termos e condições de uso”, “termos de adesão”, “política de privacidade” ou equivalentes não pode ter o condão de transformar como que num passe de mágica o exercício de um verdadeiro “poder” num simples contrato, dentro do qual existiria uma cláusula, uma verdadeira “chave do universo”, que autorizaria o emprego do mero arbítrio, ou seja, a sujeição de uma cidade inteira à mesquinha vontade radical de uma entidade privada.

O serviço de *internet* no atual estágio tecnológico da civilização, se não pode ser considerado um serviço público obrigatório, também não pode ser considerado, por outro lado, uma atividade econômica que possa ser exercida de maneira completamente arbitrária por uma vontade radical.

A expressão “critério exclusivo” (“*sole discretion*”), no contexto do exemplo acima, tem muito mais de poder (privado) do que de contrato, muito mais de discricionariedade do que de paridade, e revela no fim e ao cabo mais um poder “jurídico” do que propriamente uma liberdade econômica. Um poder jurídico que deve ser exercido através de uma

<sup>797</sup> “*Google Fiber reserves the right to terminate some or all of the Services it provides to you at any time, in its sole discretion without notice*”. Disponível em: <https://fiber.google.com/legal/terms/community/>. Acesso em 18/09/2019.

“*liberdade de qualidade*” e não de uma “*liberdade da indiferença*”, conforme exposto acima (vide *supra*: 3.4.4.4.).

Aliás, ainda no exemplo acima, a empresa *Google* parece ter agido, consciente ou inconscientemente, de acordo com a tese ora desenvolvida ao manifestar no seu comunicado a sua preocupação em justificar a sua decisão: critérios objetivos e não uma vontade radical fruto do mero capricho <sup>798</sup>.

O contrato em si (ou a verticalização do contrato) não pode servir de referência para situações como essa. Na verdade, o elemento poder é mais nítido do que o elemento consenso em grande parte das atividades econômicas desenvolvidas por milhares de entidades privadas, principalmente aquelas que de uma maneira ou de outra importem numa inovação que é muitas vezes desconhecida da maioria das pessoas e do próprio Estado.

A insuficiência do contrato para explicar a realidade prática não é identificada apenas no direito da infraestrutura. Existem muitas outras situações em que é possível identificar a produção de efeitos concretos na esfera de direitos de terceiros que são decorrentes do exercício do poder (privado), a despeito da ausência de consentimento ou qualquer relação jurídica contratual.

Veja o exemplo abaixo (fig. 22)

O *compliance officer*, na perspectiva de manter a conformidade de uma grande empresa, tem a grande responsabilidade de exercer verdadeiros poderes de autoridade que afetam diretamente a esfera de direitos de terceiros e são capazes de fazer a diferença em termos socioeconômicos para toda a comunidade local. (fig.22)

O chamado *compliance* empresarial tem sido desenvolvido a partir da percepção da necessidade que a empresa tem de agir com ética perante toda a sociedade (“*comply or explain*”), considerando todos os *stakeholders* e visando não apenas o lucro no curto prazo, mas a própria sustentabilidade da empresa no longo prazo <sup>799</sup>.

<sup>798</sup> “*We’re not living up to the high standards we set for ourselves, or the standards we’ve demonstrated in other Fiber cities. We would need to essentially rebuild our entire network in Louisville to provide the great service that Google Fiber is known for, and that’s just not the right business decision for us*”. Vide: <https://fiber.google.com/legal/terms/community/>, Acesso em 18/09/2019.

<sup>799</sup> Cf.: os “*princípios de governo das sociedades do G20 e da OCDE*” publicado em 06/09/2016 em <https://doi.org/10.1787/9789264259195-pt>, acesso em 21/09/2019.



O objetivo do trabalho também não é discorrer sobre o *compliance*, aqui utilizado como mero exemplo. Entretanto, não é de mais lembrar que o *compliance*, tanto quanto as teorias econômicas contemporâneas que defendem a superação da “*shareholder theory*”, não podem se esquecer do elemento ético que deve guiar o institucionalismo.

É fácil observar no *compliance* como as teorias jurídicas contemporâneas têm se mostrado preocupadas com o elemento ético. E tem razão, uma vez que o elemento ético é ineludível para qualquer doutrina que tenha a pretensão de se tornar teoria.

O “*pluralismo sociológico*” e as suas vontades radicais não combinam com o *compliance*, o que significa dizer que a dogmática precisa levar muito a sério o elemento ético se não quiser se iludir e iludir a sociedade com meros simulacros.

A dogmática jurídica não pode pensar o *compliance* com este tipo de ética (na verdade uma não-ética<sup>800</sup>). E não pode pensar o *compliance* exclusivamente sob o enfoque da ética utilitarista do sujeito “*calculador de interesses*”<sup>801</sup> que busca apenas os “*bens de eficiência*” e se esquece dos “*bens de excelência*”.

Na perspectiva de uma ética que valoriza genuinamente a dignidade da pessoa humana, o *compliance officer* deve exercer o seu poder (privado) com grande atenção ao elemento ética, buscando alcançar o máximo possível a legitimidade substancial das suas decisões que, frise-se, podem impactar a vida da sua “*microcomunidade*” e além dela.

Mais uma vez a distinção entre *auctoritas* e *potestas* parece fazer todo o sentido quando a doutrina aponta como pilares para o sucesso de um programa de integridade tanto o “*comprometimento da alta direção*” (1º pilar) como a existência de uma “*instância responsável*” por este programa (2º pilar)<sup>802</sup>. A “força do exemplo” - tanto da alta direção como do *compliance officer* - parece ilustrar bem como a verdadeira autoridade (*auctoritas*) pode ser exercida com maior legitimidade sem o uso da coerção (*potestas*).

O programa de integridade empresarial é um bom exemplo do como a teoria do contrato é insuficiente para oferecer todas as respostas para a complexidade da sociedade

---

<sup>800</sup> Cf.: HODGES, Christopher. *Law and Corporate Behaviour*. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2015, p. 503-520. Na arbitragem, cf.: MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. **Arbitragem, Lex mercatoria e Direito Estatal**: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional. São Paulo: *Quartier Latin*, 2010.

<sup>801</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011, p.288-289.

<sup>802</sup> Cf.: os cinco pilares do “*Programa de integridade: diretrizes para empresas privadas*” da Controladoria-geral da União, de 15 de setembro de 2015, que tem caráter eminentemente orientativo e que tem por objetivo esclarecer o conceito de Programa de Integridade em consonância com a Lei nº 12.846/2013, <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>, acesso em 23/09/2019.

contemporânea. Algo maior e mais completo parece ser necessário. E a ideia que reflete esta necessidade de oferece uma explicação teórica melhor parece repousar em outro pilar do programa que é, segundo a doutrina, a “*estruturação das regras e instrumentos*”<sup>803</sup>.

A “*estruturação de regras e procedimentos*” (4º pilar) se aproxima muito mais da ideia de poder ou governo (privado) do que de um mero contrato, já que produz efeitos jurídicos numa dimensão completamente diferente daquela decorrente de uma mera relação jurídica contratual. É difícil negar a diferença quantitativa e qualitativa entre as duas dimensões, especialmente o vácuo que o contrato apresenta perante terceiros, o qual parece ser preenchido pela ideia de autorregulação.

A ideia de autorregulação explica o *compliance* melhor do que o contrato e a ideia de “*verticalização do contrato*”, porquanto reflete melhor a ideia de conformação e exercício do poder (privado) pelas entidades privadas.

A fórmula “*verticalização do contrato*”, não bastasse a contraditoriedade da expressão, parece tentar esconder aquilo que verdadeiramente ocorre na realidade prática: o exercício da autoridade<sup>804</sup>.

Parece mais adequado, sobre estar mais próximo da realidade, dizer que a autoridade pode ser horizontalizada do que dizer que o contrato pode ser verticalizado.

### 3.5. A LEGITIMAÇÃO DO PODER NA LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA

Se o exercício do poder (privado) pelas entidades privadas no contexto da livre iniciativa econômica é uma realidade – aparentemente inegável -, então não parece razoável continuar insistindo numa batalha ideológica por posições quando é muito melhor salvaguardar os interesses envolvidos na questão.

---

<sup>803</sup> “Com base no conhecimento do perfil e riscos da empresa, deve-se elaborar ou atualizar o código de ética ou de conduta e as regras, políticas e procedimentos de prevenção de irregularidades; desenvolver mecanismos de detecção ou reportes de irregularidades (alertas ou red flags; canais de denúncia; mecanismos de proteção ao denunciante); definir medidas disciplinares para casos de violação e medidas de remediação. Para uma ampla e efetiva divulgação do Programa de Integridade, deve-se também elaborar plano de comunicação e treinamento com estratégias específicas para os diversos públicos da empresa”. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>, acesso em 23/09/2019. Acesso em: 22 / 09 / 20.

<sup>804</sup> A melhor doutrina do direito econômico, percebendo a insuficiência da teoria do contrato para explicar inúmeras realidades contemporâneas complexas, intuitivamente, aproxima-se desta tese ao sugerir que se abra um “*caminho para que os contratos sejam vistos por uma perspectiva mais estrutural e menos voluntarista [...]*”. FRAZÃO, Ana. **Liberdade de contratar e alocação de riscos**. As recentes transformações que colocam em xeque as premissas essenciais da teoria contratual. In: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/liberdade-de-contratar-e-alocacao-de-riscos-10062020#\\_ftnref1](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/liberdade-de-contratar-e-alocacao-de-riscos-10062020#_ftnref1), acesso em 27/07/2020.

Realmente, parece muito mais adequado, em vez de insistir na discussão ideológica sobre se o poder jurídico é ou não exclusivo do Estado, mudar o foco para verificar como é possível legitimar o exercício do “poder” pelas entidades privadas e ao mesmo tempo salvaguardar os interesses de toda a sociedade.

Já foi abordada antes a consequência gerada pela concepção restrita de ato administrativo: a “*crise*” do ato administrativo.

Na impossibilidade de enquadrar uma série de atos desprovidos de caráter regulador dentro do conceito restrito de ato administrativo, a doutrina alemã acabou causando embaraços que acabaram por retirar do controle pelo contencioso administrativo de uma parte expressiva da atividade administrativa, alcunhada de atividade informal (vide *supra*: 1.2.).

Algo muito semelhante ocorre com a questão do exercício do poder pelas entidades privadas. Na ânsia de enquadrá-lo como mera liberdade econômica, em vez de um verdadeiro poder “jurídico”, a doutrina acaba causando embaraços para a sua legitimação, do que resulta um foco voltado apenas para o controle externo da atividade econômica.

Em outras palavras, a liberdade econômica das entidades privadas desperta o interesse da doutrina somente no seu aspecto externo, apenas se quando exercida abusivamente, o que é muito pouco diante de todo o potencial do direito administrativo contemporâneo.

A liberdade econômica vista por dentro, a partir do ponto de vista do sujeito agente da “*primeira pessoa*”, é muito importante em termos de legitimação substancial porque permite conhecer toda a racionalidade do processo decisório que a sustenta. Compreendendo melhor a liberdade por dentro é possível saber se ela é uma “*liberdade de qualidade*” ou uma mera “*liberdade da indiferença*”, se ela é racional ou irracional.

Na perspectiva da doutrina tradicional a liberdade econômica, desde que não seja abusiva, pode ser exercida com “*indiferença*”<sup>805</sup>. De maneira semelhante, para a doutrina sociológica, a liberdade econômica, desde que respeite o “*piso social*” e o “*teto econômico*” dos marcos regulatórios<sup>806</sup>, também pode ser exercida com “*indiferença*”.

Outra perspectiva, completamente diferente, é a da “*liberdade de qualidade*” através da qual as entidades privadas são exortadas pela doutrina a abandonar a sua posição de

---

<sup>805</sup> Mesmo quando a teoria política tenta construir um sistema de liberdade mais responsável em relação ao outro através dos conceitos, *e.g.*, de “*empatia*” e de “*espectador imparcial*” (Adam Smith), o que se vê ainda é um “*sujeito utilitário*” frio e calculista que tem sempre em mente a reciprocidade (e não o bom e o justo), acabando por distorcer até mesmo a “*regra de ouro*”. Cf.: BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p.108-133.

<sup>806</sup> FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**, p.138.

“indiferença” e assumir uma posição que considera o outro e a sociedade, “conforme os ditames de justiça social”, para utilizar a expressão da Constituição Federal (art. 170, *caput*).

A diferença de perspectiva não é pequena. O salto dogmático é enorme.

O exercício do governo (privado), na perspectiva da “*liberdade de qualidade*”, pode alterar profundamente a qualidade da ação/decisão proferida pelas entidades privadas que de alguma maneira causam impactos, conduzindo, induzindo ou influenciando, na vida de dada “*microcomunidade*” e até de grandes porções da sociedade.

Quando a inovação é disruptivas, o que não é muito raro numa sociedade altamente tecnológica, o Estado sequer está em condições de saber exatamente o que pode ser considerado “abusivo”, tampouco quais marcos regulatórios deve fixar para a sociedade (que “*piso social*” e que “*teto econômico*”?), não restando outra alternativa senão de certa maneira confiar na autoconsciência destes governos (privados) no sentido de que agirão com especial responsabilidade e legitimidade perante a sociedade.

E, assim o fazendo, esse governo (privado) pode conquistar a oportunidade de continuar agindo de acordo com os padrões que estão na base desta legitimação, criando assim uma espécie de barreira contra as interferências inadequadas e inoportunas da regulação estatal.

O voto de confiança depositado em favor das entidades privadas – que nunca é e nem deve ser cego – parece ter o condão de transformar um “círculo vicioso” num “círculo virtuoso” através de uma dinâmica que, na medida em que vai abandonando uma postura de excessiva, progressiva e infinita regulação estatal, opta por uma postura de valorização da autorregulação privada. Na medida em que se reduz o controle estatal externo do sujeito agente da “*terceira pessoa*”, se aumenta a autorresponsabilidade do sujeito agente da “*primeira pessoa*”.

Por isso é importante reconhecer, compreender e valorizar o papel da legitimação substancial do governo (privado).

E note que esta postura não tem o condão de conceder ou delegar nada de novo para as entidades privadas além daquilo que elas já têm: o poder (privado).

É que as entidades privadas já detêm a liberdade econômica e o correspondente poder “jurídico” que dela decorre. Só precisam ser exortadas a exercer esta liberdade com “*qualidade*”. Só precisam receber o voto de confiança no sentido de que são capazes de exercer o poder - jurídico - com responsabilidade. A regulação estatal entra em cena em caso de fracasso e sai de cena em caso de sucesso, podendo existir ainda entre uma e outra hipótese

(entre a regulação estatal e a autorregulação privada) a “*autorregulação privada publicamente regulada*”.

### 3.6. O ATO ADMINISTRATIVO COMO PARADIGMA: LEGITIMAÇÃO DO PODER PRIVADO?

Se a liberdade econômica de “*qualidade*” é importante, então como as entidades privadas devem exercer o poder (privado) para alcançar esta legitimidade de maneira substancial e não apenas formal?

A resposta parece estar relacionada à outra pergunta: qual é o instituto do direito administrativo que melhor explica ou que mais se aproxima da ideia do exercício concreto do poder (regulatório, organização dos serviços públicos etc.) senão o ato administrativo?

Conforme exposto na Parte I, o ato administrativo não pode ser compreendido corretamente sem uma revisão dogmática mais consentânea com os novos paradigmas da sociedade contemporânea. A autoridade não está morta, conquanto tenha se tornado mais horizontalizada, dinâmica, dialógica e consensual.

Nesse passo, se a concepção contemporânea do ato administrativo passa pela legitimação substancial do exercício do poder público (“quem”, “como” e “o que”), então parece razoável entender que um fenômeno próximo deve ocorrer em relação ao exercício do poder (privado) pelas entidades privadas.

Se o exercício do poder pelo Estado deve se legitimar dentro do regime jurídico do ato administrativo (na sua concepção contemporânea ora revisada), então o exercício do poder (privado) pelas entidades privadas também pode buscar se legitimar a partir do espectro do ato administrativo.

É que não se enxerga na realidade prática uma diferença essencial entre o exercício do poder (público) pelo Estado e o exercício do poder (privado) pelas entidades privadas, podendo ser questionada a explicação teórica para esta distinção<sup>807</sup>.

Conforme exposto, não são raros os casos em que as entidades privadas exercem verdadeiros poderes de autoridade no contexto da livre iniciativa, influenciando decisivamente o comportamento de simples usuários até nações inteiras, mais até do que as

---

<sup>807</sup> “Mas o poder não está apenas no Estado: está em toda a sociedade. Não basta, em política, estudar o poder do Estado”. [...] “O poder é um só, seja qual for a sua expressão nas relações sociais”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992. p.19 e 177.

normas jurídicas reunidas sob o manto da coerção, situações para as quais o mero contrato privado nem sempre oferece uma resposta adequada.

Esta realidade parece ser inegável.

Se o contrato (ou a verticalização do contrato) não explica adequadamente a realidade, o que explica?

O *soft law*? A *lex mercatoria*? O *private law*?

Essas categorias ao longo do tempo até que cumpriram bem o seu papel de contraponto à norma jurídica estatal nos seus diversos aspectos (da coerção, da ordem pública, da norma pública etc.).

Mas e agora, na sociedade contemporânea? E agora que a autoridade do Estado deve ser mais horizontalizada, dinâmica, dialógica e consensual? E agora que a autoridade é exercida até mesmo fora do Estado? E agora que o fomento (“sanção positiva”) produz efeitos mais eficazes do que a coerção?

Essas categorias não parecem ter (se é que já tiveram) a capacidade de oferecer respostas adequadas para a realidade contemporânea em que a fronteira entre o público e o privado se torna mais fluida, em que a coerção da norma jurídica não é nem o único meio nem o mais eficaz para se alcançar os fins desejados<sup>808</sup>, em que se fala de uma (inapropriada) verticalização do contrato etc.

O que há de comum entre as três categorias exemplificadas acima (*soft law*, *lex mercatoria* e *private law*)?

Em todas elas existe um elemento que é muito real, mas que a doutrina tradicional se recusa a reconhecer apenas e tão somente porque não advém de uma fonte estatal: o elemento autoridade. Este elemento que está associado tanto à ideia de *law* (temperada pelos termos *soft* e *private*) quanto à ideia de *lex* (temperada pelo termo *mercatoria*). Em outras palavras, a doutrina sabe que este elemento é “jurídico”, embora se recuse a admitir.

Ocorre que não é possível negar a realidade das coisas.

O elemento autoridade está sempre presente em todos esses casos, conquanto possa variar em graus. Poderá ter um grau maior e eventualmente até mais gravoso do que a força coercitiva da norma jurídica (e.g. da pena de exclusão) ou um grau menor (e.g. uma recomendação ou um conselho, etc.).

---

<sup>808</sup> A doutrina contemporânea já apontou tanto a crise da sanção quanto a fluidez entre o que o público e o privado. Cf.: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Administração contemporânea: três linhas de transformação do poder de polícia**, p.63.

Aliás, quando se fala de uma autoridade legítima (*auctoritas*) – e não apenas de poder (*potestas*) – a lógica da gradação parece se inverter: quanto maior a autoridade, menor a necessidade de uma força coercitiva e quanto menor a autoridade, maior a necessidade de uma força coercitiva<sup>809</sup>.

Sem considerar a variedade de conceitos, a utilização dessas figuras (*soft law*, *lex mercatoria* e *private law*) com a finalidade de denotar a ausência de uma autoridade, como se ela fosse uma exclusividade da norma jurídica estatal, não contribui em nada para a compreensão e correto tratamento das mais variadas situações em que há – e efetivamente há – o exercício do poder (privado) pelas entidades privadas.

Mais uma vez: qual é o instituto do direito administrativo que melhor explica ou que mais se aproxima da ideia do exercício da autoridade senão o ato administrativo?

Parece muito razoável defender que o exercício do poder (privado) pelas entidades privadas também pode buscar se legitimar substancialmente a partir do espectro do ato administrativo, mormente se se compreender a sua nova feição, mais horizontalizada, dinâmica, dialógica e consensual.

A utilização do espectro do ato administrativo contemporâneo no contexto do exercício do poder (privado) por entidades privadas não pode ser considerado um novo dogma imutável do direito administrativo, mas apenas um mecanismo que permita enxergar a mudança de chave que a sociedade contemporânea demanda.

Se a doutrina contemporânea perceber a necessidade de compreender e conferir um tratamento teórico mais adequado à autoridade (privada) que é efetivamente exercida fora do Estado, então poderá haver um grande salto dogmático. Se for necessário utilizar a expressão (quase) ato administrativo ou ato administrativo por equiparação, para diferenciá-lo do ato administrativo praticado no exercício de função de governo público, não parece haver nenhum prejuízo.

Portanto, a utilização desta categoria jurídica (ato administrativo) como explicação teórica para a presença do elemento autoridade nos exemplos mencionados acima não tem a pretensão de ser definitiva, podendo servir como uma espécie de ponte provisória necessária para um salto dogmático. O fato é que a tese defendida parece melhor do que as explicações teóricas oferecidas até aqui pela doutrina tradicional. Parece melhor do que a explicação

---

<sup>809</sup> Criticando o “poder de negação” de Hegel e Marx, no sentido de que o “bem pode advir do mal”, a filosofia política adverte: “Poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente, o outro está ausente [...] A violência não pode ser derivada de seu oposto, o poder [...]”, cf.: ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**, p.73-74.

contratualista, melhor do que o *soft law*, melhor do que a *lex mercatoria* e melhor do que o *private law*, categorias mais conhecidas no *commow law*.

### 3.6.1. Qual Ato Administrativo?

A pergunta da qual não se pode fugir nesse momento é: qual ato administrativo?

Sim porque, conforme já demonstrado na Parte I do trabalho, existe na doutrina mais de uma concepção de ato administrativo (ora mais ampla, ora mais restrita), de maneira que é importante se decidir qual delas é a mais adequada.

A concepção mais compatível com a sociedade contemporânea parece realmente ser aquela concepção mais duradoura, dinâmica, aberta e flexível que considera todo o processo de tomada da decisão e até mesmo o pós-processo decisório e que, conseqüentemente, busca conferir legitimidade ao ato administrativo, valorizando assim, de um lado, “quem”, “como” e “o que” se decide através do ato administrativo (o processo decisório) e, de outro, a “função” que é exercida em benefício do bem comum, abrindo como consequência a possibilidade de que ele seja praticado pelas entidades privadas, inclusive no contexto da atividade econômica, no intuito de balizar o exercício da autoridade assim entendida como função organizadora (vide *supra*: Parte I).

O ato administrativo, numa nova concepção, mais ampla, desce de maneira vertiginosa do alto do seu pedestal, se aproximando mais do ato jurídico do direito civil a ponto de parte da doutrina chegar até mesmo a negar qualquer distinção entre eles (vide *supra*: 2.5.).

Ocorre, entretanto, que a melhor solução parece ser outra.

Em vez de se equiparar o ato administrativo ao ato jurídico do direito civil, parece mais adequado, ao contrário, reconhecer que as entidades privadas localizadas fora da Administração Pública (na sua concepção mais ampla <sup>810</sup>) também praticam atos administrativos quando exercem, no contexto da sua atividade econômica, verdadeiros poderes de autoridade, uma autoridade mais horizontalizada, dinâmica, dialógica e consensual, é certo, mas ainda assim uma autoridade.

A concepção de ato administrativo adotada aqui é aquela em que a autoridade não pode ser confundida de forma alguma com o autoritarismo, com a vontade radical, enfim, com o decisionismo-voluntarista, devendo ser compreendida dentro da perspectiva do institucionalismo clássico que, como exposto na Parte I do trabalho, considera todo o

---

<sup>810</sup> Administração Pública em sentido amplo engloba todas as entidades públicas e privadas que exercem funções administrativas típicas em razão de algum tipo de investidura.



processo decisório na busca da legitimidade substancial do ato administrativo no seu aspecto organizativo.

Um ato administrativo com essa capilaridade, mais horizontal, dinâmico, dialógico e consensual – como uma instituição – acaba por se transformar num instrumento de exercício de poder por parte de quem quer que de alguma maneira o detenha na realidade prática, seja o próprio Estado, seja uma entidade privada, tenha-o recebido ou não de um ato formal de investidura.

O essencial é que se esteja diante de um efetivo exercício do poder, no sentido organizativo do institucionalismo. As chamadas “*relações privadas de poder*”, na terminologia de José Carlos Vieira de Andrade <sup>811</sup>.

A consequência inafastável do exercício desse poder, inclusive pelas entidades privadas, é exatamente a incidência do regime jurídico de uma determinada categoria jurídica: a do ato administrativo.

O regime jurídico do ato administrativo praticado por entidades privadas no contexto da atividade econômica deverá ser tratado no Capítulo 4. Por ora, é importante apenas ter em mente que, onde quer que haja o efetivo exercício do poder, é necessária uma aproximação ao ato administrativo ou, mais precisamente, ao regime jurídico resultante do exercício deste poder.

Conforme exposto, o conceito de ato administrativo deve ser o mais amplo possível para alcançar toda atuação produtora de efeitos jurídicos, evitando-se assim a concepção restrita alemã do “*ato regulador*” (vide *supra*: 2.2.).

Mas isso não basta.

É nesta perspectiva de alargamento do conceito de ato administrativo (todo e qualquer ato produtor de efeitos jurídicos) que a doutrina deve se debruçar para perceber a importância de aplicá-lo também no contexto da atividade econômica exercida pelas entidades privadas mesmo quando não estiver em jogo uma “*função administrativa*” propriamente dita, ou seja, um poder público.

Dai porque parece necessário dar um passo além do conceito proposto por Marçal Justen Filho segundo o qual o “*ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional*

---

<sup>811</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais**. p.248-249.

*apta a gerar efeitos jurídicos [o que já representa um grande salto evolutivo], produzida no exercício de função administrativa.”*<sup>812</sup>.

É necessário reconhecer também que, num sociedade tecnológica e complexa, a manifestação de vontade funcional de múltiplos microgovernos privados também está apta a gerar efeitos jurídicos na esfera de direitos dos demais cidadãos (microgovernados), não produzida no exercício de uma “*função administrativa*” típica, mas sim de atividade econômica livre à iniciativa privada, situação para a qual o ato jurídico do direito civil não está em condições de oferecer respostas adequadas e suficientes, mesmo porque a própria doutrina civilista tem diluído o ato jurídico dentro do negócio jurídico.

É necessário reconhecer, portanto, que existe uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos na vida de outros cidadãos, a qual não tem origem necessariamente no Estado, nem decorre do exercício de uma “*função administrativa*” típica. Uma manifestação de vontade funcional que tem como fonte a iniciativa privada e que é produzida no exercício de uma atividade econômica.

A doutrina deve dar mais um passo para contemplar na definição de ato administrativo – enquanto “*manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos*” - também a característica segundo a qual esta manifestação possa ser “*produzida no exercício de função [não]administrativa*”, vale dizer, no exercício da atividade econômica, sempre que esteja presente o elemento autoridade na concepção desenvolvida ao longo desta investigação.

### 3.6.2. Por Que o Ato Jurídico do Direito Civil não Resolve?

E a outra pergunta que decorre da primeira é: por que o ato jurídico do direito civil não é suficiente para resolver as questões envolvendo o exercício da atividade econômica?

Por trás dessa pergunta estaria subjacente a seguinte correlação: *a)* ato administrativo está para a “*função administrativa*” assim como *b)* o ato jurídico do direito civil está para a atividade econômica.

Entretanto, essa correlação não explica a complexidade da sociedade contemporânea, pois são inúmeros os casos em que é possível identificar o elemento autoridade dentro da atividade econômica, os quais não podem ser resolvidos por meio da utilização do ato jurídico do direito civil.

---

<sup>812</sup> Curso de Direito Administrativo. p.185.

A primeira explicação da insuficiência do ato jurídico do direito civil para essas realidades parece ter conexão com o fato desta categoria quase ter desaparecido em face da grande expansão da teoria do negócio jurídico.

Realmente, a teoria do negócio jurídico - fortemente marcada pelo voluntarismo - não apenas despontou na doutrina (“corrente dualista”) como também cresceu vertiginosamente a ponto de reduzir drasticamente as hipóteses de cabimento do ato jurídico não-negocial<sup>813</sup>.

Em outras palavras, a situação se inverteu e o ato jurídico não-negocial praticamente desapareceu do direito civil, passando a predominar a ideia de negócio jurídico e a subjacente vontade radical das partes.

Todavia, consoante já exposto (vide *supra*: 2.4. e 3.4.4.1.), o contrato não é suficiente para resolver a complexidade dos problemas da sociedade contemporânea na qual a vontade de uma das partes é muitas vezes insignificante e/ou reduzida apenas em uma adesão artificial em favor de outra vontade radical.

Mas não é só.

A segunda explicação para a insuficiência do ato jurídico do direito civil reside no fato dele ser considerado “*mero pressuposto dos efeitos preordenados pela lei*”<sup>814</sup>. Em outras palavras, o ato jurídico do direito civil (*stricto sensu*) não é capaz de inovar no ordenamento jurídico, sendo apenas por assim dizer um estopim (um *start*) para a produção dos efeitos predeterminados na norma jurídica.

Ocorre que essa categorização, se é suficiente para as relações jurídicas privadas do direito civil, não o é para as complexas relações do direito administrativo contemporâneo em que cada vez mais é necessário encontrar mecanismos hábeis a justificar hipóteses nas quais existe verdadeira inovação do ordenamento jurídico através da criação de múltiplos “*ordenamentos jurídicos concretos*” no sentido romaniano.

Ora, diante de situações novas e inexploradas, como seria possível adotar a figura do ato jurídico do direito civil (*stricto sensu*) quando ele simplesmente reproduz os efeitos

---

<sup>813</sup> O NCC sequer menciona a figura do ato jurídico, dando, por outro lado, especial destaque ao negócio jurídico (arts. 104-114). A doutrina utiliza a expressão “*corrente unitária*” para se referir à adoção apenas da figura do ato jurídico, dentro do qual estaria o negócio jurídico, e a expressão “*corrente dualista*” para se referir ao surgimento da figura do negócio jurídico ao lado do ato jurídico *stricto sensu*.

<sup>814</sup> Vide: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, p.135-137. Ainda: BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Dissertação de Mestrado: **Acordos Administrativos no Âmbito dos Precatórios Requisitórios Judiciais**: um estudo dos modelos adotados por entes federados à luz do consensualismo, FADUSP, 2019).

jurídicos preordenados por uma norma jurídica anterior? Diante da necessidade de uma regulamentação nova e inovadora, cujos efeitos não estão preordenados em norma jurídica anterior, como seria possível dizer que esta regulamentação tem a natureza jurídica de um ato jurídico (*stricto sensu*) do Código Civil?

A resposta parece muito clara: o ato jurídico em *stricto sensu* não se presta a isso, tendo uma função muito limitada de regulamentar *ab ovo* as múltiplas situações complexas da sociedade contemporânea que muitas vezes sequer são de conhecimento do Estado para que ele possa ter a pretensão de preordenar os seus efeitos através de norma jurídica.

A assimilação do ato administrativo (com toda a sua peculiaridade) ao ato jurídico *stricto sensu* realmente não é a uma boa opção (vide *supra*: 2.3.2.1.).

É também por isso que deve ser levada a sério a tese de utilizar o arcabouço dogmático do ato administrativo também para a atividade econômica desempenhada pelas entidades privadas toda a vez que estiver em jogo na realidade prática o exercício de verdadeiros poderes (privados) de autoridade.

Portanto, não é só a manifestação vontade produzida no exercício de “*função administrativa*” típica que interessa ao direito administrativo, mas também aquela “*produzida no exercício de função [não]administrativa*” (leia-se, de atividade econômica) quando, neste último caso, se estiver diante do efetivo exercício do governo (privado) no sentido organizativo do institucionalismo. O critério é: governo (público ou privado).

### 3.6.3. A Importância do Caráter Criativo do Ato Administrativo

O caráter criativo do ato administrativo praticado pela Administração Pública já foi compreendido pela doutrina mais contemporânea, não havendo muita dúvida disso, o que justifica inclusive uma releitura do brocardo segundo o qual a Administração Pública “*só pode fazer aquilo que a lei manda*” (vide *supra*: 2.3.4.6.).

Mas e quanto ao poder (privado) exercido pelas entidades privadas? As entidades privadas quando exercem o seu poder organizativo também o fazem de modo criativo?

Parece que sim. Aliás, é mais fácil reconhecer o caráter criativo em relação ao poder (privado) exercido pelas entidades privadas do que em relação ao poder (público) exercido pela Administração Pública.

É que o poder (privado) exercido pelas entidades privadas é enxergado pela doutrina tradicional como uma mera liberdade econômica, a partir do que se pode extrair o brocardo

segundo o qual “*tudo aquilo que a lei não proíbe é permitido*”, inclusive, criar novas situações jurídicas.

Entretanto, não se deve ter tanta pressa com uma conclusão tão redutora da realidade prática.

É que, conforme analisado acima, é necessário fazer uma distinção entre a “*liberdade da indiferença*” e a “*liberdade de qualidade*”, de modo que a liberdade econômica não pode ser entendida como uma facultade de fazer tudo, radicalmente tudo, o que a lei não proíbe.

Então, a resposta a respeito do caráter criativo do poder exercido pelas entidades privadas não pode se fundamentar cegamente no famoso brocardo.

O fato é que o caráter criativo do exercício do poder também alcança as entidades privadas, porquanto é possível fazer um paralelo entre a discricionariedade administrativa e a liberdade econômica.

Numa correlação lógica, é possível dizer que a discricionariedade está para o poder (público) da Administração Pública assim como a liberdade econômica está para o poder (privado) das entidades privadas.

As entidades privadas têm a liberdade de criar algo inovador, talvez até mais do que a Administração Pública, conquanto não possam agir através de uma vontade radical, arbitrária e irracional, o que importaria em verdadeiro não-direito<sup>815</sup>.

O caráter criativo do ato administrativo, com efeito, é importante para a Administração Pública tanto quanto o é, se não mais, para as entidades privadas no exercício da liberdade econômica.

Nesse sentido, mesmo na perspectiva do pensamento normativista, parece possível defender a tese de que a liberdade econômica também deve ser exercida de acordo com a concepção de juridicidade, de modo que as entidades privadas também não podem fazer, radicalmente, “*tudo aquilo que a lei não proíbe*”. Mesmo não havendo lei proibitiva, a juridicidade reclama outra postura das entidades privadas que não se confunde com a vontade radical.

Conforme exposto, a juridicidade ainda é um conceito limitado, conquanto melhor do que a legalidade estrita (vide *supra*: 2.3.4.4.). Entretanto, na perspectiva do pensamento institucional, é suficiente a concepção de ordenamento jurídico concreto como fonte criativa do direito: as entidades privadas também criam direito.

---

<sup>815</sup> É este não-direito, resultante da vontade radical de milhares indivíduos-soberanos, que o “*pluralismo sociológico*” defende (vide *supra*: 3.4.2.)

### 3.6.4. Por Que Buscar a Legitimação do Poder?

Se as entidades privadas criam o direito concreto e, conseqüentemente, exercem efetivamente o poder (privado) na realidade prática, então parece adequado concluir que também precisam demonstrar que o fazem de maneira substancialmente legítima, afastando assim a crítica de um déficit democrático *a priori*. Em outras palavras, a atuação privada não está manchada *a priori* por um déficit democrático.

É certo que o institucionalismo clássico não se apega a tipos ideais de moralidade, nem se arvora do monopólio de um padrão ético universal. A sua pretensão é bem mais simples: explicar a necessidade humana básica de organização da vida em sociedade da qual decorre uma ordem (como o próprio nome sugere), ou seja, uma ordem jurídica.

A ética, na teoria de Santi Romano, é considerada um elemento “*extrajurídico*” (vide *supra*: 2.3.4.). É exatamente neste o ponto que deve ocorrer uma inflexão na sua teoria. O elemento ético fez muita falta ao seu “*pluralismo institucional*”. E é necessário resgatá-lo.

Por ora, entretanto, a investigação ainda tentará dialogar com a sua concepção clássica, devendo enfrentar a questão diretamente mais a frente (vide *infra*: 4.1.3.1.).

Na concepção clássica do institucionalismo, o foco é a organização da sociedade, das “*microcomunidades*”, em torno da reciprocidade.

Sem uma organização se torna difícil alcançar êxito na maioria das necessidades humanas. Parece impensável uma sociedade – do passado mais rudimentar ao futuro mais desenvolvido - sem uma organização mínima. É exatamente por isso que a organização da vida em sociedade parece ser uma das necessidades básicas mais importantes do ser humano.

E grande parte das formas de organização da vida em sociedade é o resultado de uma decisão tipicamente humana, ou seja, de uma convenção social que deve ser construída através de um método muito próximo do método da “*tentativa e erro*”.

Isso significa que a legitimidade da maioria das decisões humanas não vem pronta, nem está condicionada num “*espírito objetivo*”<sup>816</sup>.

Se a legitimidade formal da autoridade burocrática weberiana se contenta com presunções abstratas sobre déficit ou superávit democracia, rituais de investidura, convenções

---

<sup>816</sup> Maurice Hauriou se apoiava na ideia de “*espírito objetivo*” (vide *supra*: 2.3.4.).

hipotéticas etc.<sup>817</sup>, a legitimidade substancial, diferentemente, precisa ser efetivamente construída na realidade prática. É esta última que interessa ao institucionalismo clássico.

As entidades privadas, no institucionalismo clássico, sempre poderão exercer o poder (privado) na realidade prática de duas maneiras: legitimamente ou ilegitimamente. As instituições fundadas por estas entidades privadas serão sempre instituições, mesmo que ilegítimas (*e.g.* das organizações criminosas) quando confrontadas com outras instituições (*e.g.* da instituição-Estado).

O institucionalismo clássico é puro empirismo do tipo inglês.

E por isso pode ser útil que uma entidade privada busque se legitimar perante outras instituições e perante o próprio Estado. Conquanto mais substancial mais legítimo do que a autoridade formal weberiana, o institucionalismo clássico ainda é o puro utilitarismo.

Se uma organização criminosa não deixa de ser uma instituição pelo só fato de agir de maneira ilegítima, outra organização pode, sendo lícita, agir de maneira substancialmente mais legítima do que a primeira. É certo que pode não ser ainda a melhor legitimidade possível, mas ainda assim é uma legitimidade mais substancial do que a da organização criminosa que é ilegítima, embora continue sendo uma instituição. Este é o paradoxo do institucionalismo clássico.

No institucionalismo clássico, a busca pela legitimação do poder (privado) pode ser útil, pragmaticamente útil. E o resultado disto é esta busca pelas entidades privadas pode trazer a vantagem (consequencialismo) de, uma vez alcançada, acabar gerando uma espécie de proteção contra os excessos da regulação estatal, uma blindagem anti-estatal.

Se a hipótese desta investigação estiver correta, quando a entidade privada consegue alcançar um alto grau de legitimação substancial no exercício do seu poder (privado) no contexto da sua atividade econômica, a consequência é que ocorra uma espécie de sedimentação desta realidade prática que não pode ser desconsiderada pelo Estado no momento da regulação estatal.

Com isso, não se pretende defender uma espécie de ato jurídico perfeito oponível contra a instituição-Estado. Nada disso.

---

<sup>817</sup> “*Na dominação burocrática é a norma estatuída que cria a legitimação do detentor concreto do poder para dar ordens concretas*”. WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 199, p. 234.

Em verdade, o que se constata na realidade prática é que essa sedimentação não deixa de ser “jurídica”, tornando maior o ônus argumentativo do Estado em demonstrar porque a sua regulação estatal deve prevalecer sobre a autorregulação privada. Em outras palavras, a legitimidade formal do Estado à weberiana, por si só, não pode ser considerada suficiente para afastar a legitimidade substancial construída pela entidade privada na realidade prática.

Diante do choque de legitimidades<sup>818</sup>, entre a legitimidade formal (estatal) e a legitimidade substancial (privada), o ônus argumentativo recai quase que exclusivamente sobre o Estado<sup>819</sup> que deve demonstrar cabalmente que a sua regulação, na realidade prática, é melhor do que a autorregulação privada. Caso contrário, deve prevalecer a autorregulação privada sobre a regulação estatal.

Portanto, é este o motivo pelo qual, mesmo sob o ponto de vista da ética utilitarista, é importante que as entidades privadas busquem o melhor possível legitimar substancialmente o exercício do seu poder (privado) no contexto da sua atividade econômica. Mas podem ir muito além da ética utilitarista e buscar uma legitimidade genuinamente substancial, caminho que o institucionalismo clássico não conhece justamente porque não conhece o elemento ético ineludível do direito.

### 3.6.5. Como Alcançar a Legitimação do Poder?

Se a hipótese desta investigação estiver correta, o ato administrativo pode servir de paradigma para o poder (privado) alcançar uma legitimação mais substancial porque a atuação administrativa deve ser *a priori* uma atuação essencialmente voltada ao bem comum da sociedade com um todo. Sendo assim, se o ato administrativo serve de baliza para o exercício do poder (público) em prol do bem comum da sociedade como um todo, então, pode servir de baliza também para o exercício do poder (privado) em prol do bem comum das “microcomunidades” que, no fim e ao cabo, representa uma parcela do bem comum desta sociedade como um todo<sup>820</sup>.

---

<sup>818</sup> A questão já foi referida antes através da expressão “conflito entre direitos”, diferente de conflito entre normas (vide supra: item 2.3.3.3.).

<sup>819</sup> Vide: STF-ADPF nº 449, julgada em 08/05/2019. Destaque para o seguinte texto: “O sistema constitucional de proteção de liberdades goza de prevalência *prima facie*, devendo eventuais restrições ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequar-se ao teste da proporcionalidade, exigindo-se ônus de justificação regulatória baseado em elementos empíricos que demonstrem o atendimento dos requisitos para a intervenção”. (sem grifo no original)

<sup>820</sup> Para uma crítica sobre a dificuldade de pensadores como Rawls e Nozick compreender a noção de comunidade a não ser como “*um conjunto de estanhos, cada um à procura dos seus próprios interesses sob*



Lembrando: todo pluralismo, se quiser ser construtivista, ordenador e jurídico, deve se esforçar por buscar dialeticamente, ao mesmo tempo e com a mesma força, tanto a unidade quanto a pluralidade. Unidade sem pluralidade é totalitarismo. E pluralidade sem unidade é nada (vide *supra*: 3.4.4.4.).

Mas é necessário o alerta: não teria sentido algum enquadrar *ipsis litteris* toda a atividade econômica dentro do formato do ato administrativo, uma espécie de ato jurídico de direito privado burocratizado.

Não é isso.

Se a hipótese desta investigação estiver correta, passa a ser importante construir uma teoria da decisão privada que esteja apta a lidar com as situações que foram apresentadas, situações de verdadeiro “*governo privado*” em relação às quais só a decisão final (“*atocêntrica*”) não se mostra à altura da sua verdadeira vocação, sendo necessário, em vez disto, criar um mínimo *iter* que seja capaz de explicar o complexo processo de sua formação, para o que a concepção institucional do ato administrativo tem muito a contribuir.

Se o ato jurídico do direito civil se contenta com uma mera decisão final e pontual (“*atocêntrica*”) cujos efeitos jurídicos estão preordenados em norma jurídica prévia, as decisões tomadas pelas entidades privadas que exercem verdadeiro “*governo privado*” não podem se contentar.

O exercício do “*governo privado*” exige algo a mais <sup>821</sup>.

Uma teoria da decisão privada que considere um mínimo *iter* é importante exatamente para legitimar substancialmente a autoridade exercida no contexto da atividade econômica.

E a teoria da decisão administrativa (o ato administrativo), sobre lidar com o exercício do poder (público) também pode servir de paradigma para uma teoria da decisão privada que lida com o exercício do poder (privado). A autoridade (pública ou privada) não pode deixar de buscar o bem comum da sociedade como um todo, que também é o bem como das “*microcomunidades*”.

---

*restrições mínimas*”, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983)., p.419-420.

<sup>821</sup> Em artigo publicado em 09/05/2019 no *The New York Times*, o co-fundador do *Facebook*, Chris Hughes, revela que o aspecto mais problemático do poder do *Facebook* é o controle unilateral exercido por Mark Zuckerberg consistente na sua capacidade de monitorar, organizar e censurar a comunicação de de dois bilhões de pessoas ao redor do mundo. Vide o artigo completo em: Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/05/09/opinion/sunday/chris-hughes-facebook-zuckerberg.html>. Acesso em 16/10/2019.

A teoria institucional do ato administrativo, conforme exposto, pode servir de importante referencial para as entidades privadas que exercem verdadeiros poderes (privados) de autoridade.

É que o institucionalismo clássico combina a legitimação pelo procedimento com a legitimação pelo resultado – as quais devem ser combinadas com o elemento ético da concepção de “*bens de excelência*” –, contribuindo assim para a construção de uma teoria da decisão substancialmente mais legítima.

Se a Administração Pública está mais acostumada com a “*legitimação pelo processo*” do que com a “*legitimação pelo resultado*”, de outro lado, as entidades privadas, conquanto mais afetadas com a “*legitimação pelo resultado*”, não podem deixar de voltar a sua atenção para a primeira. E ambas devem considerar os “*bens de excelência*”.

Veja o exemplo abaixo da fig.23:

No contexto da pandemia de covid-19, de que maneira um grande e importante hospital privado deve lidar com o drama de, na ausência de aparelhos respiratórios suficientes, ter que escolher qual paciente entubar, sabendo que desta escolha depende a sua vida ou a morte (fig.23)

Conquanto o serviço privado de saúde seja um setor fortemente regulado no Brasil (quase um serviço público), continua inserido no conceito de atividade econômica livre à iniciativa privada, que é o aspecto que interessa para a investigação.

Se a hipótese desta investigação estiver correta, além da “*legitimação pelo resultado*”, as entidades privadas devem considerar, ainda que minimamente, a “*legitimação pelo processo*” no sentido amplíssimo, de maneira a evitar a tomada de decisões totalmente arbitrárias. E deve ter em mente, é claro, os “*bens de excelência*”.

Imagine o drama dos pacientes que, na ausência de aparelhos respiratórios suficientes, são enxergados como meros objetos de escolha do “*sujeito utilitarista*” que decide a respeito de quem vive e de quem morre.

Por mais que o Código de Ética médica estabeleça *standards*<sup>822</sup>, o que é muito importante, a decisão médica (individual ou em junta) deve se esforçar por estabelecer um

---

<sup>822</sup> Vide e.g.: Res. 2.217/2018 do CFM - art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde, interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

mínimo de racionalidade prática, evitando realizar escolhas radicalmente arbitrárias apenas com base nos olhos azuis do paciente.

É claro que não existem fórmulas prontas. E nem poderia haver diante da complexidade da realidade prática. Exatamente por isso não são recomendáveis concepções maximalistas do procedimento (vide *supra*: 1.3.2.1.).

É importante insistir: não se trata de burocratizar a atividade econômica desempenhada pelas entidades privadas, mas sim, ao contrário, de tentar desburocratizá-la, inclusive por intermédio do fenômeno da desregulamentação, lembrando novamente que “há uma ideia de que a desregulamentação vem geralmente acompanhada de auto-regulação”<sup>823</sup>. E vem mesmo.

Cabe às entidades privadas, através da sua autorregulação, buscar a legitimação substancial das suas decisões, inclusive de maneira muito simplificada, lembrando mais uma vez que a regulação estatal entra em cena em caso de fracasso e sai de cena em caso de sucesso.

O importante é que as entidades privadas que exercem verdadeiros poderes (privados) de autoridade no âmbito da sua atividade econômica tenham em mente, mesmo no silêncio da Administração Pública, que é sempre melhor exercê-lo de maneira substancialmente legítima, evitando assim um déficit democrático.

Embora o institucionalismo clássico não considere o elemento ético, as decisões tomadas pelas entidades privadas devem ter sempre em mente a “*liberdade de qualidade*”.

E mesmo na perspectiva utilitarista, a opção por não buscar alcançar uma legitimidade mais substancial pode acabar submetendo as entidades privadas à duas consequências: *a*) sujeição à uma regulação estatal cada vez mais invasiva (excesso de estatalidade) e *b*) sujeição às múltiplas formas de responsabilização por eventuais danos causados a terceiros (direito administrativo-econômico sancionador, civil, criminal etc.).

Se a primeira consequência não é capaz de estimular as entidades privadas a exercer o seu poder de maneira substancialmente mais legítima (“*liberdade de qualidade*”)<sup>824</sup>, a segunda consequência pode ser capaz de fazê-lo, e da pior maneira possível.

---

<sup>823</sup> MEDAUAR, Odete. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.335.

<sup>824</sup> No artigo publicado em 09/05/2019 no *The New York Times*, Chris Hughes revela que não adianta criar mais regras para o Facebook (“*Facebook isn’t afraid of a few more rules. It’s afraid of an antitrust case... and of the kind of accountability that real government oversight would bring*”). Vide:

A aproximação das decisões privadas ao ato administrativo pode contribuir muito para em termos de legitimação substancial, afastando ou, ao menos reduzindo, o risco do puro arbítrio da vontade radical e do abuso do poder (público ou privado).

Muitos dos conceitos ligados ao ato administrativo podem servir de parâmetro também para a decisão privada (*e.g.* da razoabilidade, transparência<sup>825</sup>), afinal de contas, num maior ou menor grau, ambos devem ter em mente o bem comum tanto da sociedade como um todo quanto da “*microcomunidade*” em particular.

Se, por um lado, a Administração Pública tem muito a aprender com a governança corporativa, por outro, as entidades privadas que exercem o poder (privado) também tem muito a aprender com o arcabouço do direito administrativo, que passa a ter no conceito de governo (público ou privado) um critério em comum.

Governar é uma arte e o direito administrativo é *expert* quando o assunto é o governo no nível concreto das decisões práticas. Se o microgoverno é exercido por uma entidade privada “*poderosa*” em favor de microgovernados no âmbito de uma “*microcomunidade*”, o direito administrativo tem muito a contribuir. As boas práticas de governo e de governança acabam se fundindo e se complementando, tornando-se aptas a legitimar substancialmente o exercício do poder tanto pela Administração Pública (poder público) como pela iniciativa privada (poder privado).

Se a hipótese desta investigação estiver correta, a maior contribuição desta tese para a dogmática jurídica talvez seja não a aproximação da Administração Pública à governança corporativa (a boa administração), mas sim o caminho oposto, a aproximação das entidades privadas que exercem o microgoverno aos mesmos padrões de um bom governo em geral, ainda que no nível da “*microcomunidade*”. Uma espécie de retorno não propriamente para o direito público, mas para o “*direito político*”. Um retorno para o bem comum. É um reconhecimento de que o caráter político<sup>826</sup> do homem não se restringe apenas ao âmbito do Estado (macrocosmos), mas alcança também outras relações sociais (microcosmos). Um reconhecimento de que a democracia substancial (a genuína democracia) não se limita aos

---

<https://www.nytimes.com/2019/05/09/opinion/sunday/chris-hughes-facebook-zuckerberg.html>, Acesso em 16/10/2019.

<sup>825</sup> Por isso, a doutrina tem razão quando defende a transparência de alguns procedimentos arbitrais privados, *e.g.*, do caso Petrobrás *versus* Petros-Previ processado na CAM (Câmara de Arbitragem do Mercado). MATTOS FILHO, Ary Oswaldo *et al.* **O que o caso Petrobras revela?** Uma análise da dimensão pública das informações das arbitragens em companhias abertas. *In:* <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/disclosure/o-que-o-caso-petrobras-revela-23072020>, acesso em 24/07/2020.

<sup>826</sup> Etimologicamente: *politeia* = πολιτεία.

canais de mera participação no poder estatal, mas vai muito além deles para alcançar todas as formas de exercício do poder<sup>827 828</sup>.

A propósito, a doutrina da inteligência artificial (*AI*) já percebeu a importância do processo decisório para as suas decisões, tendo se dedicado à questão de saber “*como as suas soluções são auferidas*”, área conhecida como *Explainable Artificial Intelligence (XAI)*<sup>829</sup>.

Exatamente por isso todo o cuidado é pouco com as doutrinas que defendem o determinismo nas decisões humanas (como faz o “*pluralismo sociológico*”).

Do contrário, daqui a pouco, estas doutrinas defenderão que as soluções auferidas por intermédio da inteligência artificial (*AI*) não têm como pressuposto uma decisão humana e, ainda que tivessem, seriam meramente aleatórias, fruto do mais puro caos, resultado da “*tendência expansionista*” das ciências<sup>830</sup> etc.

É realmente de suma importância que a *AI* possa, mais do que explicar as suas decisões quando houver pedido das partes ou de interessados, como já prevê a LGPD<sup>831</sup> e a GDPR<sup>832</sup>, se antecipar a estes pedidos de explicação, demonstrando concretamente a legitimidade substancial dos seus algoritmos<sup>833</sup> que de qualquer sorte não tem capacidade suficiente para substituir totalmente a decisão humana na solução dos problemas práticos.

<sup>827</sup> Recolhendo as lições de Harold D. Lasswell e Abraham Kaplan, a doutrina adverte que “*a ciência política não se detém no poder estatal e, por isso, não se confunde com Teoria do Estado, mas se estende ao poder em geral, em todas as formas que este assume*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **Teoria do Poder** (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder), p.253.

<sup>828</sup> Muito próxima desta ideia, conquanto numa perspectiva diferente, o “*emotivismo ético*” fala em direito como “*microinstruções*”, “*microdiretivas*”, “*micropoder*” etc. Cf.: FERRAZ, JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.182-186.

<sup>829</sup> Vide e.g.: SILVA, Nilton Correia da. *Inteligência Artificial. In Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. Coordenação Ana Frazão e Caitlin Mulholland. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 36.

<sup>830</sup> É necessário chamar a atenção mais uma vez para a inadequação da doutrina segundo a qual os “*experimentos*” humanos nazistas não foram o resultado nem de sadismo, nem de uma decisão política nazista totalitária, mas sim de uma mera “*tendência expansionista*” do sistema chamado ciência. TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, p.254.

<sup>831</sup> LGPD: art. 20, § 1º - O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

<sup>832</sup> GDPR: art. 71 “[...] Em qualquer dos casos, tal tratamento deverá ser acompanhado das garantias adequadas, que deverão incluir a informação específica ao titular dos dados e o direito de obter a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, de obter uma explicação sobre a decisão tomada na sequência dessa avaliação e de contestar a decisão.”, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>, acesso em 17/10/2019.

<sup>833</sup> Significado: Conjunto de regras e operações e procedimentos, definidos e ordenados usados na solução de um problema, ou de classes de problemas, em um número finito de etapas. Dicionário Michaelis, in <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=4ID9>, acesso em 06/12/2019.

O Código de Procedimento Administrativo alemão <sup>834</sup> parece ter a consciência desta realidade tanto que só permite a prática do “*ato administrativo automático*” quando, previsto em lei, não importe em valorações próprias da função administrativa ou desde que não importem em margem de livre discricionariedade.

Portanto, a inteligência artificial (AI) gerada pelas entidades privadas não pode deixar de considerar este paradigma sempre que estiver diante de um governo (privado).

### 3.6.6. O Ato Administrativo como Alternativa ao Contrato: uma “Porta Dupla”?

A questão do ato administrativo como alternativa ao contrato já foi abordada (vide *supra*: 2.4.). Mas é necessário voltar a ela, desta vez, sob outra perspectiva: a das entidades privadas que de alguma maneira esbarra com o outro (outra pessoa) na sociedade.

O verbo esbarrar foi utilizado propositalmente no lugar do verbo contratar, ou se relacionar, porque um dos pressupostos da investigação é exatamente o de que nem sempre se estará diante de um contrato ou de uma relação jurídica entre dois sujeitos determinados ou determináveis.

Já foram comentadas as razões pelas quais a “teoria da relação jurídica” é insuficiente (vide *supra*: 1.3.1.).

Ora, se, no âmbito da Administração Pública, a aproximação do contrato ao ato administrativo é fruto da necessidade de explicar a chamada “*fuga para o direito privado*”, no âmbito das entidades privadas, esta aproximação parece ser fruto de outra realidade.

Se antes era necessário encontrar parâmetros capazes de orientar a atividade contratual da Administração Pública, parece ser necessário, por outro lado, encontrar parâmetros também para a atividade econômica exercida pelas entidades privadas quando estiverem em jogo questões que envolvam um verdadeiro “governo privado”.

Se uma entidade privada exerce verdadeiros poderes (privados) de autoridade, muito próximos daqueles exercidos pela Administração Pública, atingindo diretamente a esfera de direitos de outrem, então, parece aequado buscar conferir um tratamento jurídico semelhante àquele que é destinado ao exercício de poderes (públicos) pela própria Administração Pública.

E, novamente vem a pergunta: qual é o instituto jurídico do direito que melhor expressa essa realidade dentro do direito administrativo senão o ato administrativo?

---

<sup>834</sup> VwVfG: §35a. Emissão integralmente automatizada de um ato administrativo: “Um ato administrativo pode ser praticado integralmente através de meios automatizados, quando a lei o preveja e não se verifiquem valorações próprias do exercício da função administrativa, nem tal implique o exercício da margem de livre decisão administrativa” (tradução de Jorge Alves Correia e Andreas Isenberg. **A Lei Alemã do Procedimento**: guia de leitura e anotações. 2016).

A aproximação do contrato privado (“termos e condições de uso”, “termos de adesão”, “política de privacidade” ou equivalentes) ao ato administrativo, quando se estiver diante de um “governo privado”, decorre da necessidade não apenas de se garantir proteção aos direitos fundamentais, mas também e principalmente da necessidade de se legitimar o mais substancialmente possível o exercício deste poder (privado).

Repetindo o que foi dito antes (vide *supra*: 2.4.1.), a porta pela qual os limites à atividade contratual privada – agora de um “governo privado” - devem entrar não é somente a porta dos direitos fundamentais, mas também a porta do processo decisório amplíssimo que deve orientar a própria autonomia da vontade – agora da entidade privada - e o consequente estabelecimento de padrões de decisão na perspectiva organizativa da ideia de autoridade substancialmente legítima.

Vale dizer: uma “porta dupla”. Uma porta para a autocontenção do poder “por dentro” pela própria entidade privada<sup>835</sup> e uma porta para a heterocontenção do poder “por fora” pelo juiz.

As entidades privadas, quando estiverem exercendo “governo privado”, se quiserem galgar maior legitimidade substancial, devem vestir os seus contratos privados (“termos e condições de uso”, “termos de adesão”, “política de privacidade” ou equivalentes) com trajes talarés de ato administrativo, uma vez que, sendo a categoria jurídica que melhor explica o exercício do poder (público), pode também explicar, ainda que por aproximação, o exercício do poder (privado).

Olhar o “governo privado” exercido *e.g.* pelas plataformas digitais (vide *supra*: 3.4.3.) com as lentes do ato administrativo (mais horizontalizado, dinâmico, dialógico e consensual), em vez de olhar com as tradicionais lentes do contrato, da regulação estatal ou da responsabilidade civil, pode representar um grande salto dogmático. Pode representar uma explicação teórica melhor em termos tanto de proteção dos direitos fundamentais quanto de legitimação substancial da atividade econômica<sup>836</sup>.

---

<sup>835</sup> A ciência do poder revela: “As regras institucionais, por fim, expressas ou não, pautarão as condições de ação do poder institucional: interesses (objetivos), vontade (agentes) e capacidade (meios). A fidelidade a essas regras é que mantem a integridade da instituição; de outro modo, ela se desgasta e se deteriora na negação da sua própria vocação. Eis porque a institucionalização é o primeiro e necessário passo para a contenção do poder”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **Teoria do Poder** (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder), p.125.

<sup>836</sup> A ideia de “porta dupla” ora proposta pode contribuir para diluir o paradoxo “*constitucionalismo vs democracia*” identificado pela doutrina do “*emotivismo ético*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.152-153.

### 3.6.7. O Excesso e o Déficit de Estatalidade: um Novo Patamar

É certo que a regulação estatal e a respectiva responsabilização pelo descumprimento das normas jurídicas são importantes. Muito importantes.

Mas não são tudo.

Imaginar que as entidades privadas manterão uma conduta adequada apenas e tão somente se houver uma regulação estatal ampla e minuciosa da sua atividade econômica parece ser um grande engano; e não apenas em relação àquelas atividades chamadas disruptivas, que o Estado sequer conhece, mas também em relação àquelas atividades econômicas mais triviais.

Nesse contexto, a questão do excesso ou do déficit de estatalidade parece ser uma questão muito mais característica do pensamento jurídico do Estado moderno (Estado social) do que propriamente do pensamento jurídico do Estado contemporâneo (Estado infraestrutural).

O fenômeno da globalização parece ter alterado toda essa lógica, transformando em uma questão de menor importância o debate meramente ideológico a respeito do tamanho do papel do Estado na atividade econômica, de maneira a substituir a luta estática por posições por uma cooperação dinâmica voltada para a construção do que é melhor para a sociedade no caso concreto.

O ato administrativo já não pode mais representar um instrumento de autoafirmação de uma pretensa posição de superioridade da Administração Pública em relação ao “rebaixado” cidadão, nem o baluarte de um interesse público genérico e abstrato alçado para combater um “degenerado” interesse privado<sup>837</sup>.

O que o ato administrativo contemporâneo deve ter em mente é a realidade prática concreta, a decisão possível, os resultados possíveis, a colaboração e a criatividade de todos os interessados que já não se preocupam tanto em se arvorar de uma autoridade formal pressuposta, mas apenas em fazer com que as coisas funcionem bem. E o que é mais importante: sem esquecer os “*bens de excelência*”.

Atualmente, tem surgido uma nova geração de normas jurídicas que reconhecem a importância desse novo olhar para o direito. Por mais que se negue ou se resista em reconhecer, o fato é que existe toda uma nova geração de normas jurídicas que tem lançado

---

<sup>837</sup> Neste sentido, cf.: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 83-130.



mão de novos mecanismos que simplesmente não existiam na tradicional visão normativista do direito.

O novo vocabulário traz palavras-chaves que podem ser encontradas em quase todas as normas jurídicas contemporâneas (estudo de impacto, relatório, monitoramento, avaliação, *accountability*, responsividade, experimentação etc.), revelando uma nova dinâmica do direito que raramente era encontrada na visão estática do normativismo.

O ato administrativo contemporâneo é um ato em “*movimento duplo*” e não apenas um ato “*puntiforme*”. É uma operação complexa realizada pelo sujeito agente da “*primeira pessoa*” que considera a sua “*microcomunidade*” e não apenas uma declaração unilateral da vontade radical (vide *supra*: Parte I).

É por isso que este ato administrativo também pode servir de paradigma para o exercício do “governo privado”.

Cada vez mais um novo vocabulário (e.g. *compliance officer*, *data officer*, controlador, operador, mediador, árbitro) tem sido empregado para designar nada mais nada menos do que o exercício de novas funções (privadas) que importam em verdadeira autoridade (mais horizontal, dinâmica, dialógica e consensual), muitas vezes substancialmente mais legítima do que a tradicional autoridade burocrática weberiana.

Se ainda faz sentido discutir a questão sobre o excesso ou o déficit de estatalidade, esta discussão muda de patamar na sociedade contemporânea.

Isto não significa o desaparecimento do Estado social que, não só não desapareceu, como deve continuar sendo valorizado na busca do bem comum de toda a sociedade.

Mas desapareceu, sim, o Estado social enquanto “*récita omnicompreensiva*” nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, transcritas anteriormente.

É importante notar que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, não é mais o único “*ente ético por excelência*”, emprestando as palavras de Santi Romano, o único ente capaz de organizar a vida em sociedade através do exercício da autoridade formal weberiana. É muito interessante comparar a autoridade formal com a autoridade substancial na realidade prática, como no exemplo abaixo da fig.24:

Um modesto porteiro quase nunca tem uma autoridade formal para exercer qualquer poder na organização do trânsito em frente ao colégio privado onde trabalha e, no entanto, diante da sua autoridade substancial socialmente reconhecida, quase sempre tem as suas orientações acatadas espontaneamente pelos pais de aluno, não raras vezes, até com mais entusiasmo do que se poderia esperar em relação ao guarda de trânsito oficial. (fig.24)

No âmbito da atividade econômica, a autoridade formal praticamente desaparece e a autoridade substancial ganha outra dimensão. A *auctoritas* se torna muito mais importante do que a *potestas*.

Isto só é possível porque o modesto porteiro procura exercer racionalmente a sua autoridade substancial da melhor forma possível, buscando alcançar o bem comum daquela “*microcomunidade*” escolar, que também é o bem comum da sociedade como um todo. E é por isso que o modesto porteiro deve levar em consideração no exercício da sua autoridade organizatória também as regras de trânsito (se houver), bem como a mobilidade dos demais cidadãos que utilizam o mesmo espaço público.

O exemplo é singelo e muito corriqueiro na realidade prática, mas serve para ilustrar o quanto é necessário realizar um esforço por encontrar o bem comum da “*microcomunidade*” dentro do bem comum da sociedade como um todo.

Mesmo se se transportar o exemplo acima para outras hipóteses mais complexas de prestação de serviços públicos não-exclusivos do Estado ou atividades econômicas em geral (e.g. das entregas domiciliares, transporte privado de passageiros e serviços digitais de comunicação), mesma assim esta explicação teórica parece adequada.

Nestes exemplos é possível enxergar muito pouco em termos de autoridade formal weberiana e muito em termos de autoridade substancial quando da busca pelo bem comum dos usuários e de toda a sociedade <sup>838</sup>.

A globalização e a tecnologia potencializaram ainda mais o papel das entidades privadas no tocante ao exercício da autoridade (privada) no contexto da atividade econômica (e.g. das plataformas digitais).

Onde estaria o déficit de estatalidade nestes exemplos? Na ausência de uma norma formal de competência, abstrata e estática, em favor das entidades privadas; ou na (in)eficiência concreta dos serviços prestados diretamente pelo Estado por força desta norma de competência? <sup>839</sup>

A questão do déficit de estatalidade não pode mais ser analisada em termos apriorísticos, mas em termos concretos e de resultados que também levem em consideração os “*bens de excelência*”.

---

<sup>838</sup> O aplicativo conhecido como *whatsapp* e.g. deve adotar as mesmas regras organizativas para toda a sociedade, ao pobre e ao rico, ao negro e ao branco, ao alto e ao baixo.

<sup>839</sup> “*Do ponto de vista prático é amplamente questionável a eficácia da capacidade cognitiva da Administração*”, vide: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Administração contemporânea**: três linhas de transformação do poder de polícia, p.66.

De outro lado, a questão do excesso de estatalidade também deve ser visto sob um novo ângulo.

O Estado não só não deve prestar diretamente os serviços públicos para os quais não está preparado ou em relação aos quais não tem condições de apresentar bons resultados, como também não deve lançar mão da regulação estatal na forma tradicional.

Uma regulação estatal contemporânea deve ser dinâmica, não perdendo de vistas nem os resultados, nem os “*bens de excelência*”.

O estudo prévio do impacto regulatório (EPI) representa bem essa nova realidade que foi percebida não apenas pela doutrina como também pelo legislador brasileiro (vide: LLE).

Todavia, o mais importante de tudo isso não é nem a exigência do estudo prévio do impacto regulatório (EPI), mas sim aquilo que parece ser um consectário dessa nova perspectiva: a vedação ao excesso de estatalidade.

A ideia pode ser resumida da seguinte forma: no contexto da atividade econômica, a regulação estatal é a exceção, ou por assim dizer um “soldado de reserva”, sendo a regra, não a liberdade econômica “*da indiferença*”, mas a liberdade econômica “*de qualidade*”.

Dito de outra forma, na atividade econômica, a regra é que a liberdade econômica seja exercida através da autorregulação privada, que também é um tipo de regulação, consoante exposto acima (vide *supra*: 3.4.4.3.).

Se existe uma autorregulação privada – um tipo de regulação -, o mínimo que o Estado deve fazer antes de se lançar na tarefa de realizar uma regulação estatal é analisar previa e dialogicamente esta autorregulação privada, de maneira a avaliá-la concretamente.

É que o Estado, neste caso, tem diante de si, não um mero terreno vazio sobre o qual pode edificar livremente, mas um terreno onde já existe como que uma “edificação” que deve ser estudada meticulosamente antes de se planejar uma nova “edificação”.

O Estado pode optar por uma simples reforma ou até mesmo pela demolição total da “edificação” antiga. Mas o que ele não pode fazer é simplesmente ignorar a “edificação” antiga como se ela não existisse, lançando por cima dela uma nova “edificação”. Se o desastre não for certo, a falta de legitimidade substancial será.

Isto significa que uma boa autorregulação privada pode servir como que de uma barreira que não pode ser simplesmente ignorada pelo Estado sem incorrer em excesso de estatalidade.

Uma regulação estatal que não analisa cuidadosamente uma autorregulação privada prévia é, para dizer o mínimo, um “*ato administrativo autista*”, na feliz expressão de Floriano de Azevedo Marques Neto. Sem esta análise, sem esta alteridade, não há dialogicidade. E se retorna ao velho monólogo do ato administrativo autoritário.

Portanto, este parece ser o primeiro e mais visível *totem* sinalizador de eventual excesso de estatalidade na regulação da atividade econômica exercida pelas entidades privadas. A autorregulação privada representa uma espécie de barreira contra a regulação estatal que, construída com base numa “*liberdade de qualidade*”, permite as entidades privadas alcançar uma legitimidade mais substancial. Perante o exercício de uma liberdade da “*liberdade da indiferença*”, o Estado parece encontrar um terreno vazio apto a receber a sua edificação. Não que o Estado não deva realizar um estudo prévio de impacto (EPI) para a sua regulação, pois ele continua sendo necessário.

É neste sentido que a questão sobre o excesso ou o déficit de estatalidade muda de patamar na sociedade contemporânea: passa a importar a legitimidade substancial.

### 3.7. OS TÍTULOS HABILITADORES PARA O EXERCÍCIO DA AUTORIDADE

A questão sobre o excesso ou déficit de estatalidade conduz a outra discussão importante sobre o título habilitador para o exercício do poder (público ou privado).

A questão faz todo o sentido para o pensamento normativista que, na tentativa de oferecer uma resposta, lança mão de conceitos como norma de competência e norma de reconhecimento.

Mas a resposta não é tão simples assim quando se percebe a incompletude do ordenamento jurídico, fenômeno que se tornou ainda mais evidente com o advento da globalização<sup>840</sup>.

O “*pluralismo normativista*” insiste em exigir títulos habilitadores formais para o exercício do poder sob o pressuposto de que somente quem os recebe de fonte estatal é que pode exercê-lo legitimamente. A investidura, ou ao menos um reconhecimento implícito pelo Estado, constitui a grande explicação normativista para o exercício do poder por entidades privadas. É nesse contexto que surgem as delegações, concessões, permissões, autorizações, credenciamentos etc.

---

<sup>840</sup> Sobre a superação da estatalidade, da exclusividade, da unidade, da plenitude e da suficiência do ordenamento jurídico positivista, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização-** in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Se não se quiser fugir do reducionismo do normativismo jurídico, é possível encontrar fundamento para o exercício do poder (privado) pelas entidades privadas dentro da própria Constituição Federal, mesmo sem um ato formal de investidura.

É que a Constituição Federal assegura o direito de exercer a liberdade econômica independentemente de qualquer ato formal de investidura <sup>841</sup>.

Parece contraditória a explicação?

Pode parecer, se a perspectiva adotada se limitar a enxergar apenas um lado da moeda: o da “*liberdade da indiferença*”, de “*fazer tudo aquilo que a lei não proíbe*”.

Se, entretanto, a perspectiva for alterada para o viés da “*liberdade de qualidade*” é possível perceber que a liberdade econômica também traz ínsito um poder “jurídico” que deve ser exercido com responsabilidade e sempre na busca do bem comum, mesmo que dentro de uma “*microcomunidade*”.

É interessante perceber que a própria doutrina (*e.g.* da proposta acadêmica da FGV/SBDP para a LLE), contempla dispositivo que exorta ao exercício da liberdade econômica com “*responsabilidade, lealdade e boa-fé*” <sup>842</sup>.

Este dispositivo não é nada mais do que o reconhecimento explícito da insuficiência do normativismo que está impresso no DNA desta proposta, pois logo a seguir a proposta sugere que a liberdade econômica deve se sujeitar “*apenas aos deveres e condicionamentos previstos em lei ou em regulamento expressamente autorizado por lei*” <sup>843</sup>.

Ora, de um lado, a proposta exige “*responsabilidade, lealdade e boa-fé*” – que ela não revela exatamente o que é e nem conta com uma definição em norma jurídica – e, de outro lado, exige que a imposição de “*deveres e condicionamentos*” seja prevista apenas em norma jurídica.

Trata-se de mais um exemplo da insuficiência da norma jurídica para a teoria da decisão (vide *supra*: 2.6.2.).

Portanto, mesmo sob o ponto de vista do normativismo, não há como negar que existe um poder “jurídico” que está embutido dentro do direito de liberdade econômica. Se a Constituição Federal assegura - por direito próprio - o exercício da liberdade econômica às

<sup>841</sup> CF: art. 170 [...] - Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>842</sup> Art. 3º [...] Parágrafo único. A liberdade econômica deve ser exercida com responsabilidade, lealdade e boa-fé, e com respeito aos direitos humanos, ao meio ambiente, aos direitos do consumidor, à livre concorrência e às medidas e normas de comércio exterior.

<sup>843</sup> Art. 4º O exercício da liberdade econômica sujeita-se apenas aos deveres e condicionamentos públicos que tenham sido previstos em lei ou em regulamento expressamente autorizado em lei.

entidades privadas, assegura - também por direito próprio - o exercício do poder (privado) de autoridade no contexto da atividade econômica<sup>844</sup>. Significa que a Constituição Federal é o título habilitador do poder privado.

### 3.7.1. A Questão da Exclusividade do Poder Jurídico

Parece inadequada no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina segundo a qual os poderes de autoridade são exclusivos do Estado, não podendo ser em razão disso exercidos por entidades privadas.

Esta doutrina da exclusividade do poder jurídico pelo Estado até tem sentido em países como Alemanha<sup>845</sup> e Portugal<sup>846</sup> onde as suas respectivas Constituições tratam do tema de maneira explícita.

Mas não tanto no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalvados os casos expressamente previstos na Constituição Federal como sendo de competência privativa ou exclusiva dos entes federativos, não existe um dispositivo constitucional genérico que reserve o exercício de poderes de autoridade exclusividade em favor da Administração Pública.

Além de não existir nenhum dispositivo constitucional que se assemelhe aos dispositivos da Constituição alemã e portuguesa, é importante destacar que o objeto da investigação não é a “*função administrativa*” propriamente dita (“*funções de soberania*” ou “*poderes públicos*”<sup>847</sup>), mas o exercício do poder (privado) no contexto da atividade econômica através do qual as entidades privadas acabam por conduzir em maior ou menor grau a vida concreta das pessoas através de um “governo privado” do qual é possível extrair uma autoridade (privada).

Parece um equívoco, típico do pensamento normativista, dizer que existe uma exclusividade estatal sobre a autoridade (unicamente pública) que é ínsita ao Estado de Direito, ao princípio republicano ou ainda ao princípio da legalidade.

---

<sup>844</sup> Nesse sentido, defendendo que na Constituição política existe o “*poder original que se reconhece, se reserva e se garante aos indivíduos, para realizarem seu destino de pessoas livres no Estado*”, o que, inclusive, “*precede, axiologicamente, o estatuto do poder estatal*”, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **Teoria do Poder** (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder), p.21.

<sup>845</sup> GG/art. 33, IV: O exercício de funções de soberania será confiado, como regra geral de caráter permanente, a funcionários públicos, sujeitos a relações de serviço e de fidelidade ancoradas no direito público.

<sup>846</sup> CRP/art. 267º/6: As entidades privadas que exerçam poderes públicos podem ser sujeitas, nos termos da lei, a fiscalização administrativa.

<sup>847</sup> Tema de que se ocupou Pedro Costa Gonçalves. GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008.

Este pensamento não é adequado. E a própria doutrina estrangeira reconhece que, ao lado do poder público, existe o poder privado<sup>848</sup>.

Se até mesmo a doutrina de índole mais normativista, como a portuguesa, reconhece que também existe um poder privado, não tem sentido algum dizer que o sistema constitucional brasileiro contém um princípio (implícito?) que asseguraria ao Estado a exclusividade do poder (público e privado).

E não importa que esse poder privado seja chamado de extrajurídico, de econômico ou de social, uma vez que a realidade prática revela que existem de fato situações que envolvem um verdadeiro “governo privado”.

O jurista português José Carlos Vieira de Andrade percebeu muito bem que existe uma realidade prática que não pode ser negada pela dogmática que envolve o que ele denomina “*relações privadas de poder*”, dentro das quais os direitos, liberdades e garantias fundamentais também devem ser garantidos<sup>849</sup>.

Conquanto enfrentando a questão pela porta dos direitos fundamentais, conhecida na doutrina alemã como *Drittwirkung* (eficácia externa, efeitos em relação a terceiros ou eficácia horizontal entre particulares), o jurista português teve a perspicácia de entender a importância de separar as “*relações privadas entre iguais*” (chamadas por ele de “*típicas*”) das “*relações privadas de poder*”, reservando a estas últimas um tratamento jurídico diferenciado<sup>850</sup>, que é o que interessa para esta investigação em razão da sua aproximação à ideia de “governo privado”.

Segundo o jurista português, existem casos em que os particulares acabam por tomar o lugar tradicional do Estado como “*sujeitos passivos de direito, liberdades e garantias*”, de maneira que, estas entidades privadas, sobre serem “*poderosas*”, estariam “*investidas*” de um

---

<sup>848</sup> Cf.: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais**, p.229-262 e GONÇALVES, Pedro Costa. GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.612-618.

<sup>849</sup> No Brasil, a doutrina identifica duas constelações: *a*) das relações (manifestamente desiguais) entre indivíduos e detentores de poder social e *b*) das relações entre particulares em geral situadas fora das relações de poder. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.404.

<sup>850</sup> A doutrina brasileira reconhece que prevalece na doutrina alemã a distinção entre as relações (manifestamente desiguais e iguais) e, conseqüentemente, entre os seus efeitos (eficácia imediata e eficácia mediata, respectivamente), defendendo, contudo, que no ordenamento jurídico brasileiro a eficácia é sempre imediata, podendo, não obstante, variar conforme o caso concreto. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.404-407.

poder que as levaria a serem enquadradas “a título principal, como sujeitos passivos dos direitos subjetivos fundamentais no âmbito das relações privadas”<sup>851</sup>.

Conforme destaca o jurista, “há relações de poder privado semelhantes ‘às relações especiais de poder’ típicas do direito administrativo”<sup>852</sup>. Para ele, “mesmo quando a situação é criada com base num acordo, os problemas não se resolvem com o mero recurso ao princípio da liberdade contratual”<sup>853</sup>.

Note que a questão da insuficiência do contrato já foi inclusive abordada anteriormente (vide *supra*: 3.4.5.).

E há também situações em que “as entidades privadas dispõem de um poder econômico ou social suscetível de conformar aspectos relevantes da vida dos indivíduos não-membros”<sup>854</sup> como, no exemplo trazido pelo jurista português, das “empresas monopolistas ou em situação de quase-monopolio de facto, designadamente as empresas que fornecem bens e serviços essenciais, ou grupos que disponham de influência (isto é, poder) em zonas da vida social”<sup>855</sup>.

E há ainda situações, como também revela o jurista lusitano, em que estas entidades privadas chegam mesmo “a dispor de poderes normativos (mais ou menos vastos), tolerados ou institucionalizados”<sup>856</sup>, como no caso das federações desportivas ou dos acordos entre empresas sobre condições negociais<sup>857</sup>.

Mera coincidência com o atual estágio da complexa sociedade tecnológica?

Não parece mera coincidência.

O jurista português, mesmo na ótica do pensamento normativista, acaba reconhecendo que “o poder em causa não terá de ser necessariamente um poder jurídico”, admitindo assim “um poder de facto inequívoco e objetivamente determinável”, lançando mão mais uma vez (como é comum na doutrina germânica<sup>858</sup>) das chamadas “relações informais, por exemplo, numa situação de monopólio de facto, de cartelização ou de oligopólio, pelo menos de bens essenciais”.

Pouco importa.

O apego a dado tipo de epistemologia, muitas vezes, dificulta a evolução da doutrina. O que interessa é reconhecer, como faz José Carlos Vieira de Andrade, que existe um “*poder*

<sup>851</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais**, p.245.

<sup>852</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais**, p.246.

<sup>853</sup> *Ibidem*, NR n° 42.

<sup>854</sup> *Ibidem*.

<sup>855</sup> *Ibidem*, NR n° 44.

<sup>856</sup> *Ibidem*.

<sup>857</sup> *Ibidem*, NR n° 45.

<sup>858</sup> Vide exemplo do conceito restrito de ato administrativo.



*privado*” que pode ser visto a olho nú e sentido na pele pelo mais comum dos cidadãos. O que interessa é reconhecer que o poder, chame-o como quiser (jurídico, “de fato”, econômico ou social) não é uma exclusividade do Estado.

Com efeito, não tem razão a doutrina que ainda resiste à utilização do conceito de “*poder privado*” como categoria jurídica. Para que haja um salto dogmático, o “*poder privado*” precisa ser problematizado <sup>859</sup>.

### 3.7.1.1. As entidades “poderosas” e “não-poderosas”: aplicabilidade (i)mediata?

Embora apenas na perspectiva da porta dos direitos fundamentais, tem razão José Carlos Vieira de Andrade quando afirma que o conceito de “*poder privado*” pode ser útil como categoria operativa da matéria. E não apenas no ordenamento jurídico português - no qual existe a regra específica da “*vinculação das entidades privadas*” <sup>860</sup> -, mas também no ordenamento jurídico brasileiro, onde a regra da vinculação aos direitos fundamentais é geral e não específica (CF: art. 5, §1º).

Em outras palavras, dizer que os direitos fundamentais vinculam horizontalmente todas as entidades privadas (sem uma distinção quanto às entidades “*poderosas*”) representa muito pouco em termos de concretude para o direito administrativo contemporâneo.

Por mais paradoxal que possa parecer, tratar todas as entidades privadas (“*poderosas*” e “*não-poderosas*”) de maneira indistinta pode representar uma grande perda em termos de proteção dos próprios direitos fundamentais, pois acaba gerando um desinteresse da entidade privada “*poderosa*” em buscar alcançar uma legitimidade substancial no exercício do seu poder (privado).

Ora, se a entidade privada “*poderosa*” é tratada da mesma forma que a “*não-poderosa*”, por que ela se preocuparia em exercer o seu poder (privado) de forma mais cuidadosa e atenta aos direitos fundamentais?

A resposta é simples: se o poder da entidade privada “*poderosa*” é planificado artificialmente <sup>861</sup>, descendo ao mesmo nível da entidade “*não-poderosa*”, ele (“*poder*

<sup>859</sup> Só assim é possível rebater a crítica de que os “*poderes indiretos* [extrajurídicos] *se servem do Estado, mas ao mesmo tempo, não querem identificar-se com ele, permanecendo no melhor dos mundos: o poder sem responsabilidade*”. Vide: BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p.51.

<sup>860</sup> CRP: art. 18, nº 1: Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

<sup>861</sup> A doutrina do “*emotivismo ético*”, conquanto em outro contexto, critica fortemente a visão do direito como “*instrumento artificial de planificação, cuja função é a oposição entre o âmbito jurídico e juridicizável do não*

*privado*”) desaparece e, junto com ele, desaparece a consciência do sujeito agente da “*primeira pessoa*” que compõe e atua na própria decisão, que deve ser a melhor decisão possível naquele determinado tempo e espaço.

Na realidade prática o “*poder privado*” não desaparece. Só na teoria. E na teoria a entidade privada “*poderosa*” deixa de ser o sujeito agente da “*primeira pessoa*” que compõe e atua na própria decisão, que deve ser a melhor decisão possível naquele determinado tempo e espaço, para se tornar um sujeito agente da “*segunda pessoa*” que observa de um ângulo externo apenas “*fatos*”, permanecendo indiferente aos seus “*valores*”, tarefa exclusiva, nesta equivocada visão teórica, do Poder Judiciário que, entretanto, nada mais é do que outro sujeito da “*terceira pessoa*” (nem compositor, nem autor da ação).

Este é mais um exemplo do problema criado pela doutrina de índole normativista que tenta, indevidamente, separar “*fato*” e “*valor*”<sup>862</sup>, porquanto, aniquilando o sujeito agente da “*primeira pessoa*”, aniquila também a sua “*liberdade de qualidade*”. E, imaginando que os “*fatos*” são supostamente “*neutros*”, lança os “*valores*” dentro da “*liberdade da indiferença*” do puro decisionismo das entidades privadas “*poderosas*”.

Existe uma grande perda em termos de proteção dos direitos fundamentais porque em vez de dois juízos de valor passa a haver apenas um único juízo de valor: o do Poder Judiciário.

Em vez do juízo de valor do sujeito agente da “*primeira pessoa*” (da entidade privada), somado ao juízo de valor do sujeito da “*terceira pessoa*” (do Poder Judiciário), passa a haver apenas o juízo de valor deste último, já que o juízo de valor que deveria ser exercido pelo sujeito agente da “*primeira pessoa*” é aniquilado para dar lugar ao sujeito agente da “*segunda pessoa*” que só avalia “*fatos*” e não “*valores*”, só exerce a “*liberdade da indiferença*” e não a “*liberdade de qualidade*”.

Este tipo de pensamento jurídico troca dois por um. Troca a concretude dialógica e construtivista do direito administrativo pela abstração monológica do neoconstitucionalismo.

Isto demonstra a insuficiência da doutrina dos valores (também normativista) que defende, para o ordenamento jurídico brasileiro, a tese da eficácia imediata dos direitos

---

*jurídico, leia-se, entre o 'direito oficial' e o 'direito inoficial'”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira, p.90.*

<sup>862</sup> Cf.: ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p. 240-245 e 332-333.

fundamentais para todas as entidades privadas (“*poderosas*” e “*não-poderosas*”), apenas temperada no caso concreto com base na ponderação <sup>863</sup>.

Insuficiência nem sempre significa erro, mas apenas insuficiência.

Entretanto, nesta questão, o erro aparece de forma clara.

A dogmática brasileira importou da dogmática estrangeira aquilo que acreditava ser o melhor, tentando oferecer a melhor interpretação possível ao texto constitucional nacional que parece até óbvia <sup>864</sup>.

Mas até mesmo o óbvio precisa passar pelo filtro da dialética. E a dogmática brasileira acabou mergulhando o sistema de proteção dos direitos fundamentais num labirinto do qual só o sujeito da “*terceira pessoa*” (o Poder Judiciário) tem a chave para sair. Detalhe: este sujeito da “*terceira pessoa*”, que não é nem compositor e nem autor da decisão administrativa, está do lado de fora do labirinto, enquanto a sociedade está presa do lado de dentro.

Isto significa que a dogmática brasileira optou por uma visão de democracia meramente formal, quando a genuína democracia deve ser mais substancial.

Fixar exageradamente o olhar na ponderação judicial, cujo viés é inevitavelmente monológico, significa perder a chance de abrir os olhos para o mundo mais vivo e colorido dotado de um caráter mais colaborativo e construtivista, muito próprio do direito administrativo contemporâneo.

A porta dos direitos fundamentais, forjada sob os auspícios do pensamento normativista e de teorias exageradamente dogmáticas como a da relação jurídica (vide *supra*: 1.3.1.) não é capaz de oferecer respostas adequadas e na velocidade exigida pela realidade complexa da vida contemporânea.

A ponderação judicial sempre vai existir. E é importante que não se renuncie a ela. Contudo, antes dela, é importante valorizar todo o esforço humano voltado para a busca da legitimação substancial do exercício do poder (privado) no contexto da atividade econômica, principalmente quando se estiver diante de um verdadeiro “governo privado”, hipótese em que o arcabouço dogmático do ato administrativo tem muito a contribuir.

---

<sup>863</sup> A doutrina brasileira reconhece que prevalece na doutrina alemã a distinção entre as relações manifestamente desiguais e iguais e, conseqüentemente, entre os seus efeitos (eficácia imediata e eficácia mediata, respectivamente), defendendo, contudo, que no ordenamento jurídico brasileiro a eficácia é sempre imediata, podendo, não obstante, variar conforme o caso concreto. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.406-407.

<sup>864</sup> CF: art.5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Portanto, é possível constatar a presença do “*poder privado*” não apenas na realidade prática como também enquanto categoria jurídica própria fundada na liberdade econômica. E mais: a eficácia dos direitos fundamentais em relação às entidades privadas pode variar gradualmente (de imediata a mediata) conforme a sua natureza específica, a sua razão de ser e a intensidade do “*poder privado*”<sup>865</sup>.

### 3.7.1.2. A perspectiva da LLE: o conceito de “paritário” e “não-paritário”

A LLE reacendeu a luz sobre o tema ao resgatar o conceito de negócio jurídico empresarial “*paritário*”<sup>866</sup>, de maneira que, reconhecendo as relações privadas entre iguais (“*paritárias*”), acaba por reconhecer também relações privadas entre desiguais (não-paritárias), conhecidas na doutrina portuguesa, como exposto, como “*relações privadas de poder*”.

A diferença não é pequena e não deve passar despercebida.

E não passou. Tanto que a redação da MP 881/2019<sup>867</sup> foi alterada quando da sua conversão na LLE, que resgatou o conceito.

Conquanto a técnica da redação da MP 881/2019 fosse melhor do que a da LLE na questão da definição de “ordem pública”, o acréscimo do termo “paritário” compensou largamente esta perda.

Melhor porque, enquanto a MP 881/2019 ressalvava especificamente a proibição do comportamento contraditório, os direitos da Administração Pública e os terceiros alheios ao contrato, conferindo assim grande amplitude à autonomia da vontade das partes, a LLE preferiu o conceito vago de ordem pública, que parece ter a pretensão de índole paternalista de tutelar tudo e todos, protegendo até mesmo o cidadão de si mesmo.

Com efeito, o simples acréscimo do termo “*paritário*” na redação da MP 881/2019 seria o suficiente para a mudança de paradigma que se pretendia alcançar, já que as relações não-paritárias retariam preservadas pela ordem pública.

---

<sup>865</sup> José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais...**, p.247-250.

<sup>866</sup> LLE: Art. 3º [...] VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;

<sup>867</sup> MP 881/19: Art. 3º [...] VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato;

O fato é que, com a aprovação da LLE, o legislador percebeu que existem relações jurídicas “*paritárias*” e, conseqüentemente, relações jurídicas não-paritárias, o que já representa um grande salto dogmático, apesar da doutrina aparentemente não ter se dado conta disto, continuando a exergar na alteração da MP 881/2019 uma mudança mais formal do que substancial <sup>868</sup>.

Aliás, a LLE resgatou o coceito de negócio jurídico empresarial “*paritário*” em mais de um dispositivo do seu texto. O art. 7º da LLE alterou o art.421-A do CC para dizer que os contratos civis e empresariais “*presumem-se paritários e simétricos*” até prova em contrário, ou seja, até que haja “*elementos concretos que justifiquem o afastamento da presunção*” <sup>869</sup>.

Embora não seja nova a questão sobre a possibilidade de afastar a presunção de paridade dos contratos civis e empresariais para considerá-los não-paritários, como destaca a doutrina <sup>870</sup>, o que pode representar uma grande novidade é a abordagem proposta nesta investigação.

Tentar enxergar um poder “jurídico” dentro da liberdade contratual e perceber que, mesmo a partir de uma relação jurídica não-paritária <sup>871</sup>, este poder “jurídico” também é exercido na realidade prática e também produz direito novo (inovação) não previsto nas regras de direito empresarial, pode significar um grande salto dogmático em benefício, inclusive, da parte vulnerável do contrato.

Ora, na ausência de regras jurídicas específicas sobre temas desconhecidos, como fica a liberdade de inovação das entidades privadas nas relações não-paritárias? Em outras palavras, a garantia de livre pactuação e produção de direito novo (inovação) alcança apenas as relações “*paritárias*”?

Na perspectiva da LLE sim. Só os negócios jurídicos empresariais “*paritários*” têm a garantia da livre pactuação (LLE: art. 3º, VIII).

<sup>868</sup> Vide: ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. Hermêutica *pro libertatem*. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.50-51.

<sup>869</sup> CC: art. 421-A: Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: [...]

<sup>870</sup> FRADERA, Véra Jacob. Art.7º: Liberdade contratual e função social do contrato- art. 421 do Código Civil. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.305.

<sup>871</sup> O que só é permitido para os negócios “*paritários*”. Vide: CC: art. 421-A: [...] I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

Entretanto, não é bem assim.

Conforme analisado acima, a explicação teórica de matriz institucional, enraizada na realidade prática, que considera a liberdade econômica na perspectiva do poder “jurídico” decorrente da “*liberdade de qualidade*” do sujeito agente da “*primeira pessoa*” é mais adequada do que a explicação teórica normativista que só enxerga a “*liberdade da indiferença*” do sujeito agente da “*segunda pessoa*”. O primeiro sujeito consegue enxergar “*fatos*” e “*valores*” em monobloco, enquanto o segundo sujeito enxerga com indiferença apenas “*fatos*” avalorativos <sup>872</sup>.

A perspectiva do poder “jurídico”, em vez de mera liberdade econômica, não é nenhuma surpresa para a dogmática do direito privado.

De fato, partindo do conceito-chave de relação jurídica, a mais consagrada doutrina civilista identifica a existência de poderes jurídicos, chamados “*poderes formativos*” que têm como pressuposto a autonomia da vontade e que se impõem eficazmente na esfera jurídica de terceiros, sem que este último possa se opor aos efeitos produzidos pelo exercício deste poder <sup>873</sup>.

Conforme sintetizam os juristas Otavio Luiz Rodrigues Junior *et alii*:

O mecanismo de atuação dessa posição jurídica – justificando sua derivação de normas secundárias ou de competência – corresponde àquela capacidade de ditar normas a outrem. Em suma, do mesmo modo que todos estão sujeitos à incidência de normas jurídicas sem que haja a possibilidade de resistência, o polo passivo sujeita-se ao exercício do poder formativo <sup>874</sup>.

Portanto, como se nota, até mesmo a doutrina civilista consegue enxergar a existência de um poder “jurídico” dentro da autonomia da vontade. É claro que toda esta construção teórica do direito civil não deve ser simplesmente transferida para o direito administrativo e para o seu conceito de liberdade econômica, até porque a base desta doutrina é eminentemente normativista e voluntarista. E, nesta condição, pouco aberta ao institucionalismo clássico.

---

<sup>872</sup> Não é à toa que a liberdade econômica é vista com desconfiança e subjulgada à batuta do controlador.

<sup>873</sup> Citando SAVIGNY, Pontes de Miranda, TOMASETTI JÚNIOR, MOTA PINTO, entre outros consagrados nomes do direito privado, vide: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz *et alii*. **A liberdade contratual e a função social do contrato** – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.314-317.

<sup>874</sup> *Idem*, p.316.

### 3.7.2. A questão da publicatio: “poder privado” ou poder público?

A Constituição Federal, quando assegura o direito à liberdade econômica, é o título habilitador para o exercício do “*poder privado*” sempre que a atividade econômica não tiver sido objeto de *publicatio* (tornada pública).

Na verdade, como visto acima, o “*poder privado*” é uma realidade ineludível e não decorre necessariamente de uma norma jurídica, quer seja chamada de poder extrajurídico, poder econômico ou poder social.

Contudo, havendo a *publicatio* da atividade econômica, a questão ganha contornos um pouco mais complexos.

É que a mera *publicatio* por si só não tem o condão de aniquilar o “*poder privado*” e transformá-lo em poder público.

A *publicatio* de uma atividade econômica não significa necessariamente que esta tarefa privada tenha sido transformada em uma tarefa pública exclusiva do Estado. A *publicatio* por si só não garante a exclusividade em favor do Estado, conforme ensina a melhor doutrina<sup>875</sup>, salvo se for o caso de monopólio constitucional.

A tradicional divisão doutrinária entre serviço público e atividade econômica, consoante já mencionado, já não é mais suficiente para explicar a complexa sociedade contemporânea<sup>876</sup>. A própria legislação já abandonou essa dicotomia, passando a utilizar como critério o regime de concorrência/competitividade, e.g. da LGPD (Lei 13.709/2018)<sup>877</sup> e da Lei das Estatais (Lei 13.303/2016)<sup>878</sup>.

Isso significa que, salvo no caso de monopólio, mesmo diante da *publicatio*, a tarefa privada objeto de apropriação pelo Estado não deixa de ser considerada uma atividade econômica e, como tal, impeditiva do exercício pelas entidades privadas.

<sup>875</sup> Vide: SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Prefácio de Floriano de Azevedo Marques Neto; apresentação de Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>876</sup> Vide: MEDAUAR, Odete. **Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral**, p. 115-126. E também: MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Uber, Whatsapp, NetFlix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória*, p.17-47.

<sup>877</sup> Art. 24. As empresas públicas e as sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição Federal, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito privado particulares, nos termos desta Lei. Parágrafo único. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, quando estiverem operacionalizando políticas públicas e no âmbito da execução delas, terão o mesmo tratamento dispensado aos órgãos e às entidades do Poder Público, nos termos deste Capítulo.

<sup>878</sup> Art. 28 [...] § 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais.

Mas o problema maior nem é esse.

A questão não está na constatação de que essa atividade econômica, a despeito da *publicatio*, pode continuar sendo prestada no âmbito da iniciativa privada em regime de concorrência com o Estado.

O problema maior está em saber se o “*poder privado*” que está embutido dentro da liberdade econômica continua mantido na esfera privada ou se, ao revés, ganha novos contornos, transformando-se num poder público que só pode ser exercido exclusivamente pelo Estado ou, mediante investidura, por quem lhe faça as vezes.

É um problema um pouco mais difícil.

A resposta mais adequada parece ser a de que não é possível separar a liberdade econômica do seu respectivo “*poder privado*”, mesmo com a *publicatio*. A *publicatio* não consegue separar a liberdade econômica do “*poder privado*”, porquanto são dois lados da mesma moeda.

Nada impede, contudo, que o Estado possa com a *publicatio* lançar mão do mecanismo do monopólio (e.g. da força coercitiva), desde que isto não importe no esvaziamento da própria liberdade econômica da entidade privada.

É importante repetir que o poder (*potestas*) não se confunde com a força coercitiva (vide *supra*: 1.4.2.1.). O “*poder privado*” não pode ser eliminado da liberdade econômica, mas a força coercitiva pode, porquanto só o primeiro é ínsito à liberdade econômica, mas não a segunda.

E mesmo assim, a segunda (a força coercitiva) só pode ser eliminada totalmente da liberdade econômica se o Estado for capaz de garanti-la integralmente à entidade privada em caso de necessidade (e.g.: de ameaça ou violação de direito), o que nem sempre é fácil garantir na realidade prática<sup>879</sup>.

Isso significa que a *publicatio* por si só não tem o condão de retirar da entidade privada nem o seu “*poder privado*” e nem, em caso de necessidade, o uso da força coercitiva, salvo, neste último caso, se o Estado puder garantir integralmente a sua proteção. A questão será retomada no Capítulo 4.

---

<sup>879</sup> Perceba que mesmo para THOMAS HOBBS, o pai da “*ética da colaboração social*”, o emprego da força nas relações privadas é possível sempre que o Estado não exercer ou não tiver em condições de exercer os seus deveres de proteção: “*Entende-se que a obrigação dos súditos para com o soberano dura enquanto, e apenas enquanto, dura também o poder mediante o qual ele é capaz de protegê-los*”. *Leviatã*, Parte II, capítulo XXI. Para compreender a “*ética da coordenação social*”, vide: ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p.157-169. No mesmo sentido, explicando que para Carl Schmitt “*o vínculo entre proteção e obediência permanece a única explicação do poder*”, vide: BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p. 79.



O fato é que o “*poder privado*”, mesmo com a *publicatio*, continua sendo um “*poder privado*”, servindo como meio, e não fim em si mesmo, para o exercício da própria liberdade econômica.

### 3.7.3. A Contratualização da Autoridade Privada: o Exemplo do Árbitro

Se existe alguma resistência em aceitar a tese de que o “*poder privado*” está embutido dentro do direito de liberdade econômica, encontrando na Constituição Federal o seu título habilitador, não pode haver dúvida alguma quanto à possibilidade de contratualização da autoridade privada.

Neste último caso, o título habilitador já não decorre diretamente da Constituição Federal, mas do próprio contrato. O fundamento constitucional não desaparece, mas continua servindo de base para o exercício da autoridade privada apenas mediatamente (“*aplicabilidade mediata*”), já que é o contrato que passa a reger mais detidamente a sua extensão e profundidade, especialmente quando não existe norma jurídica estatal regulamentadora.

A distinção adotada por José Carlos Vieira de Andrade parece ser muito adequada e útil também aqui. Para o jurista português, é necessário separar as “*relações privadas entre iguais*” (chamadas de “*típicas*”) das “*relações privadas de poder*”, conferindo a cada uma delas graus de aplicabilidade e eficácia diferentes quanto aos direitos fundamentais, “*mediata*” para as primeiras e “*imediata*” para as segundas.

A despeito de a doutrina nacional mais prestigiada defender à luz do direito constitucional brasileiro, a tese da aplicabilidade “*imediata*” dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares<sup>880</sup>, parece mais adequado analisar a questão sob outro viés, por assim dizer não-binário.

Em primeiro lugar, deve ser destacado que a Constituição Federal brasileira não traz norma expressa, como faz a Constituição portuguesa, sobre “*vinculação das entidades privadas*”<sup>881</sup>. Isto obviamente não significa que, no Brasil, os direitos fundamentais não devam ser aplicados nas relações privadas. Significa apenas que a questão foi pensada de maneira diferente em cada um destes lugares.

---

<sup>880</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.406-407.

<sup>881</sup> CRP: art. 18, n° 1: Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Em segundo lugar, é importante destacar que o fato da Constituição Federal brasileira não distinguir as entidades públicas das entidades privadas, nem as relações privadas “*entre iguais*” das relações “*entre desiguais*” (“*relações de poder*”), prescrevendo para ambas que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, não significa que estas diferenças não existem na realidade prática que é ineludível por mais forte que seja planificação normativa<sup>882</sup>.

Essas diferenças não só existem na realidade prática como delas resultam efeitos jurídicos também diferentes, não sendo adequado tratar todas essas relações (“*entre iguais*” e “*entre desiguais*”) da mesma maneira.

Tanto é verdade que a própria doutrina que defende a “*aplicabilidade imediata*” para todos os casos reconhece que “*o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas*”<sup>883</sup>.

Isto não significa outra coisa senão que é inadequado tentar enquadrar todas as relações jurídicas (“*entre iguais*” e “*entre desiguais*”) dentro da mesma caixinha da “*aplicabilidade imediata*”, porquanto as soluções devem realmente ser diferentes, conforme o caso concreto.

Em terceiro lugar, é importante perceber, com apoio na doutrina de José Carlos Vieira de Andrade, que toda essa discussão é na verdade mais uma questão terminológica do que um problema real, sendo necessário “entender por mediação na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais” nada mais do que a “necessidade de conciliar esses valores com a liberdade negocial e a autonomia privada do direito civil”<sup>884</sup>.

Nas palavras do jurista português:

Não era, pois, feliz a expressão aplicabilidade mediata, que se confundia com eficácia indireta, quando o que se queria afirmar era um imperativo de adaptação e de harmonização dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais, tendo em conta a autonomia privada, na medida em que é também constitucionalmente reconhecida.<sup>885</sup>

Isto significa que a questão não se resolve em termos binários (imediata vs mediata), mas sim em termos de gradação, conforme seja necessário reconhecer uma maior ou menor

<sup>882</sup> Recorde-se da crítica da doutrina quanto à visão do direito como “*instrumento artificial de planificação*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.90.

<sup>883</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.406.

<sup>884</sup> **Os direitos fundamentais**, p.252.

<sup>885</sup> *Ibidem*.

autonomia privada a ser levada em conta no momento da aplicação dos direitos fundamentais às relações “*entre iguais*”.

É que uma maior “liberdade emocional” deve ser reconhecida às entidades privadas, um pouco mais nas “*relações entre iguais*”, um pouco menos nas “*relações privadas de poder*” e menos ainda nas “*relações públicas*”.

O fato é que a autonomia da vontade pode por assim dizer mitigar não propriamente a eficácia dos direitos fundamentais, mas apenas a sua disponibilidade, um pouco mais nas “*relações entre iguais*” e um pouco menos nas “*relações privadas de poder*”. Esta autonomia contratual nunca poderá chegar ao nível de uma vontade radical <sup>886</sup>.

No caso “*relações privadas de poder*” o elemento autoridade é mais marcante do que o elemento contrato. A autoridade encontra fundamento no contrato, mas dele se destaca, ganhando como que vida própria <sup>887</sup>.

Aliás, o elemento contratual é não raras vezes muito sutil ou tênue, quando comparado com o elemento autoridade, não sendo suficiente tratar essas “*relações privadas de poder*” dentro de uma teoria voluntarista dos contratos.

Então, como explicar teoricamente o elemento autoridade?

Se o elemento autoridade se destaca do contrato, ganhando como que vida própria, então a mera vontade das partes por si só já não é capaz de explicá-lo em termos teóricos. Veja o exemplo abaixo (fig.25):

No processo arbitral, o árbitro, embora escolhido pelas partes, possui poderes que estão além da vontade das partes e que, portanto, não têm como fonte exclusiva o contrato, mas a sua própria autoridade, a exemplo do poder de decidir sobre a sua própria competência, a chamada “*competência da competência*” (fig.25)

Ora, a questão da “*competência da competência*” (*Kompetenz-Kompetenz*) está muito mais afeta ao tema da jurisdição da teoria geral do processo do que à teoria contratual.

Deixando de lado por ora a discussão sobre saber se a decisão arbitral tem ou não natureza jurisdicional <sup>888</sup>, o fato é que a arbitragem é muito mais do que um mero contrato.

<sup>886</sup> Como no exemplo do “*canibal de Rothenburg*” que devorou uma vítima voluntária. SANDEL, Michael. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**, p.94.

<sup>887</sup> Ou “*virtude própria*”, nas palavras de SANTI ROMANO.

O contrato pode até ser considerado um pressuposto para o exercício da autoridade (privada), mas não o seu fundamento, porquanto vai além dele <sup>889</sup>.

Como se nota, a teoria do ato administrativo pode oferecer uma importante contribuição para a teoria da arbitragem (e também da mediação), se se perceber que o árbitro escolhido pelas partes detém uma autoridade (privada) que extrapola a mera vontade das partes, podendo inclusive alcançar terceiros estranhos à cláusula arbitral <sup>890</sup>.

Aliás, a grande contribuição que a teoria institucional do ato administrativo pode oferecer à arbitragem pode ser encontrada justamente em tudo aquilo que um processo judicial se mostra incapaz de oferecer. Em outras palavras, o procedimento arbitral não pode ser pensado como mera réplica do processo judicial, com a única diferença de ser conduzido por um árbitro privado.

Isto significa que não é apenas a expertise do árbitro, ou o tempo reduzido para a solução da controvérsia, ou o custo do processo, entre outras coisas, que pode fazer da arbitragem um mecanismo adequado e mais eficiente quando comparado com o processo judicial. Tudo isto se pode alcançar em maior ou menor grau com reformas do processo judicial.

O que pode realmente fazer a diferença é a possibilidade de transformar o procedimento arbitral num campo fértil para o diálogo e para a sinergia colaborativa e construtiva que é muito própria do direito administrativo contemporâneo.

É por isso que a autoridade do árbitro pode muito bem se espelhar no ato administrativo contemporâneo (revisado na Parte I) para buscar criativamente oferecer o melhor “governo privado” possível aos seus administrados.

A chamada “*cláusula escalonada*”, e.g., embora até possa ser compatível com o processo judicial, pode representar um grande catalisador para o mecanismo arbitral

---

<sup>888</sup> Para o STJ, é jurisdição (CC 139.519-RJ). Na doutrina, cf.: MOREIRA, Egon Bockmann (com a colaboração de Elisa Schmidlin Cruz). **Regulação e Arbitragem** – Caso ‘Petrobras v. ANP: CC nº 139.519-RJ-STJ, *In Dinâmica da Regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira – a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*, p.221-243.

<sup>889</sup> O termo pressuposto é utilizado para explicar a doutrina da “*dupla face*” que será abordada mais a frente (vide *infra*: 4.1.2.). Vide: SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. . Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008., p.208.

<sup>890</sup> Como no caso relatado acima em que o terceiro, Estado do Espírito Santo, teve o seu interesse analisado pela autoridade do Tribunal arbitral (STJ: CC 139.519-RJ). Cf. ainda: STJ: REsp nº 1.798.089-MG, publicado em 04/10/2019, com destaque para a seguinte passagem: "Dessa forma, a determinação feita pelo tribunal de origem, segundo a qual a recorrente deve suportar a vistoria pelos recorridos da quantidade de minério produzida pela mina durante o procedimento arbitral, não ofende a necessidade de consensualidade para a validade da cláusula compromissória que fundamenta o julgamento arbitral.". Em sentido contrário, talvez por se tratar de questão de responsabilidade extracontratual, excluindo a União de processo arbitral envolvendo a Petrobrás e seus acionistas minoritários (“Lava Jato”), cf.: STJ: CC 151.130/SP, julgado em 27/11/2019 (DJe 11/02/2020).

justamente por permitir esse papel transformador da autoridade, mais horizontalizada, dinâmica, dialógica e consensual. Este papel parece bem difícil de ser exercido pelo juiz.

Neste contexto, a autoridade exercida pelo árbitro já não fica mais reduzida a resolver conflitos através da imposição monológica de soluções binárias às partes, devendo o árbitro, diferentemente, buscar alcançar uma legitimidade mais substancial, passando a importar menos o caráter vinculante da decisão arbitral e mais “*o reconhecimento social*”<sup>891</sup> que arrasta as partes para uma adesão espontânea, bem na esteira do institucionalismo clássico.

A execução forçada da sentença arbitral, que depende do Poder Judiciário, deve deixar de ser vista como uma mera fase do processo arbitral e passar a ser encarada quase que como uma patologia do procedimento arbitral e da própria autoridade do árbitro que acaba se revelando mais formal (weberiana) do que substancial (institucional).

Os exemplos poderiam seguir, mas o importante é perceber que, embora o contrato possa ser fonte da autoridade (privada), o regime jurídico aplicável às “*relações privadas de poder*” (leia-se, governo privado) não se esgota nas cláusulas contratuais, devendo ser colmatado pela teoria do ato administrativo e sua noção de autoridade substancial.

É também por isso que o fato da arbitragem ter entrado no Brasil pela porta dos processualistas não desnatura o fato de que a arbitragem - na essência - não é jurisdição, devendo ser tomado todo o cuidado possível para não se transpor automaticamente os conceitos da teoria geral do processo (preclusão, saneador etc.) para o procedimento arbitral.

Se a natureza jurisdicional adotada no Brasil é resultado de uma opção legislativa ou mesma da tentativa de tornar a arbitragem mais palatável à uma cultura normativista-estatal, pouco importa. O que realmente importa é perceber que o árbitro não é apenas mais um Tribunal (composto por privados), mas, muito mais do que isto, uma autoridade institucional que deve se conformar de maneira a exercer o poder privado com a maior legitimidade substancial possível.

Em verdade, o árbitro exerce um “*poder privado*” que tem como fonte jurídica a própria sociabilidade humana e o costume dela decorrente (e.g. da *lex mercatoria*). O reconhecimento da autoridade (privada) do árbitro pelo direito estatal, com ou sem a

---

<sup>891</sup> DOMINGO, Rafael. *Auctoritas*. Barcelona: Ariel, 1999, p.66.

pretensão de transformá-la em pública, não desnatura a sua essência que não é nem de jurisdição, nem de contrato puro e simples<sup>892</sup>, mas sim de “*poder privado*”.

É exatamente isto o que defende Pedro Costa Gonçalves ao dizer que a arbitragem é um “*poder privado*”, não se situando em nenhum dos dois polos das teorias contratuálistas e jurisdicionais. Segundo o jurista português, o poder dos árbitros não deriva de um ato de delegação do Estado, mas da liberdade contratual e da autonomia da vontade. Contudo, mesmo assim entende que se trata de uma função jurisdicional, embora, frise-se, de natureza privada<sup>893</sup>, o que não se altera, segundo ele, nem mesmo nos eventuais casos de arbitragem obrigatória por lei<sup>894</sup>.

O fato é que o árbitro deve exercer a sua autoridade (privada) da maneira mais horizontalizada, dinâmica, dialógica e consensual possível, sempre em busca da legitimidade substancial do seu “*poder privado*”. Neste contexto fica mais fácil perceber a proximidade entre a autoridade arbitral e a teoria do ato administrativo.

E, só para mencionar um último exemplo, vale destacar que, tal como o ato administrativo, a autoridade arbitral deve ter uma deferência em relação ao controle judicial (vide *supra*: 2.6.1.).

A sindicabilidade da sentença arbitral pelo Poder Judiciário é sempre possível (a ação anulatória do art. 33 da Lei 9.307/1996), mas deve vir sempre num momento cronologicamente posterior. No âmbito da arbitragem internacional, *e.g.*, a “*second look doctrine*” implica a sindicabilidade pelos tribunais americanos do laudo arbitral sempre que em questão normas imperativas<sup>895</sup>.

Perceba que, quando se leva em conta a questão da deferência cronológica, parece muito mais adequado associar a decisão arbitral ao ato administrativo (na concepção institucional) do que à atividade jurisdicional.

---

<sup>892</sup> No sentido da insuficiência de uma concepção puramente jurisdicional ou puramente contratual e a necessidade de se adotar um tetralema, vide: MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. **Arbitragem, Lex mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2010, p.119-134.

<sup>893</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.568-570 e NR nº 471.

<sup>894</sup> *Idem*, p.570.

<sup>895</sup> MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. **Arbitragem, Lex mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2010, p.40-44.

Portanto, na sua essência, a arbitragem tem mais de ato administrativo do que de jurisdição. E mais de ato administrativo do que de contrato, mero pressuposto para o exercício do “*poder privado*” de autoridade <sup>896</sup>.

#### 3.7.4. Outros Títulos Habilitadores: Existe um *Ius Involuntarium*?

O pensamento institucionalista clássico tem uma concepção do direito que inicialmente pode causar até certo desconforto a quem está habituado ao pensamento normativista.

Os títulos habilitadores mencionados anteriormente não causam tanta surpresa aos adeptos do pensamento normativista porque se baseiam ou na norma jurídica ou no contrato. Nada de muito novo.

Mas o institucionalismo clássico vai além, contemplando aquilo que é denominada “*direito involutário*” (*ius involuntarium*), classificado por Santi Romano em três espécies: *a)* os “*princípios gerais ou fundamentais*”, *b)* os costumes e *c)* a “*necessidade*”.

Talvez fosse mais cômodo analisar essa matéria sob o ponto de vista do “*pluralismo sociológico*” que reconhece com muita tranquilidade a existência de outras fontes do direito não-estatais.

De fato, para a teoria dos sistemas fica fácil entender a matéria e verificar como as várias ordens jurídicas, a exemplo da ordem econômica, vão como que se auto-habilitando para o exercício do poder, para o que são utilizados conceitos sofisticados como o da “*autopoiese*”.

Todavia, fiel ao método, convém seguir o roteiro do institucionalismo clássico, utilizando inclusive a classificação do seu grande idealizador, Santi Romano.

##### 3.7.4.1. Os “princípios gerais ou fundamentais”

A primeira espécie (*a*) talvez seja a mais conhecida, não sendo raro encontrar na doutrina a afirmação da existência de “*princípios gerais ou fundamentais*” <sup>897</sup> que, segundo Santi Romano, são aqueles princípios implícitos na própria existência do Estado <sup>898</sup>.

---

<sup>896</sup> A ideia de pressuposto será melhor explicada mais a frente quando da análise da doutrina da “*dupla face*” (vide *infra*: 4.1.2.). Vide: SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. . Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.208.

O que muda, entretanto, é a explicação oferecida por cada uma das escolas. Enquanto para o normativismo tudo deve derivar de uma norma jurídica escrita, para o institucionalismo clássico os “*princípios gerais ou fundamentais*” representam uma extensão das normas jurídicas escritas só na aparência, sendo, na realidade, verdadeira fonte formal do direito, completamente autônoma<sup>899</sup>.

O jurista italiano, entretanto, não oferece um exemplo concreto desta espécie de “*direito involuntário*”.

Os “*princípios gerais ou fundamentais*” correspondem, na dogmática mais contemporânea, aos princípios gerais do direito (vide *supra*: 2.3.4.4.).

Com origem no direito romano, a proibição do *venire contra factum proprium*, e.g., mesmo sem previsão em norma jurídica escrita, parece ter encontrado acolhida tanto na doutrina e na jurisprudência nacionais quanto na estrangeira, inclusive nos tribunais arbitrais internacionais<sup>900</sup>.

Deste princípio parece possível extrair uma importante conclusão: a de que, para o institucionalismo clássico, o direito não é criado do nada a partir de uma tábula rasa, existindo por trás dele parâmetros objetivos do que se considera bom e justo e que são externos à vontade do sujeito agente.

O princípio de direito romano da proibição do *venire contra factum proprium* pode não ser o melhor critério para a definição do bom e do justo, já que de alguma maneira está ligado à uma ética utilitarista de um “*bom estado de coisas*”<sup>901</sup>. Mas não deixa de ser uma fonte jurídica autônoma relativamente à norma jurídica.

O fato é que a explicação institucionalista do *ius involuntarium* abre uma fenda que não pode ser fechada pelo pensamento normativista exatamente por causa do seu inarredável voluntarismo.

E o que é mais interessante: abre uma fenda no próprio institucionalismo clássico ao reconhecer que a instituição precisa se envergar perante parâmetros objetivos que estão além das “*vontades paralelas*” que constituíram a sua fundação e que mantém a sua duração na

---

<sup>897</sup> O tema não deve ser confundido com o conceito de princípios jurídicos da doutrina dos valores do neoconstitucionalismo.

<sup>898</sup> ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional** geral; tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora RT, 1977, p.117.

<sup>899</sup> ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional** geral; tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora RT, 1977, p.117-118.

<sup>900</sup> MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. **Arbitragem, Lex mercatoria e Direito Estatal**: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional. São Paulo: *Quartier Latin*, 2010.

<sup>901</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011. p.171-236.



sociedade. Em outras palavras, Santi Romano de alguma maneira acaba se aproximando de Maurice Hauriou ao vislumbrar o elemento ético na construção do direito.

Pode até não ser a ética mais adequada, mas ainda assim é uma ética que está escondida por atrás do seu positivismo jurídico, o que significa dizer que Santi Romano, não sendo totalmente positivista como fazia questão de afirmar, buscava como válvula de escape um direito racional que acabou denominado *ius involuntarium*. (vide *supra*: 2.3.4.).

Ocorre que, em razão do direito não escrito também ser um direito, ele acaba sendo racional. E, se é racional, é também ético. E, sendo ético, é também voluntário.

Isto significa que um “*princípio geral ou fundamental*”, sobre ser um direito não escrito, pode ser considerado um título habilitador para o exercício da autoridade privada.

Portanto, nem sempre o título habilitador do poder privado vai residir na norma jurídica ou no contrato, podendo ser encontrado em outra fonte jurídica como a dos “*princípios gerais ou fundamentais*” que formam um direito não escrito que, entretanto, não é totalmente um *ius involuntarium*.

#### 3.7.4.2. Os costumes: o exemplo da *lex mercatoria*

A segunda espécie de *ius involuntarium*, (b) o costume, já foi tratada anteriormente (vide *supra*: 2.3.4.3.).

Mas os costumes podem funcionar realmente como título habilitador para o exercício da autoridade privada?

Parece que sim. E a chamada *lex mercatoria* parece representar o exemplo mais tradicional. É que a *lex mercatoria* não decorre de nenhuma ordem jurídica estatal específica, mas sim de uma ordem jurídica formada essencialmente pelo costume.

Aqui, novamente, talvez fosse mais sedutora uma explicação teórica sob o ponto de vista do “*pluralismo sociológico*”.

Na doutrina brasileira, Rodrigo Broglia Mendes<sup>902</sup>, *e.g.*, analisou o tema com muita profundidade exatamente sob este ponto de vista.

Apoiando-se essencialmente na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, bem como no constitucionalismo societal de Gunther Teubner, o jurista consegue identificar com precisão a insuficiência da dogmática tradicional (leia-se, positivismo kelseniano) para

---

<sup>902</sup> **Arbitragem, Lex mercatoria e Direito Estatal**: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional. São Paulo: *Quartier Latin*, 2010.

explicar teoricamente as ordens jurídicas transnacionais, analisando na *praxis* como os tribunais arbitrais lidam com os problemas práticos delas decorrentes.

Entretanto, esta opção metodológica não parece ser a mais adequada, de maneira que é conveniente procurar outra explicação teórica para a questão, ainda que possam ser úteis alguns conceitos do vocabulário do “*pluralismo sociológico*”, e.g. dos conceitos de “*dupla atribuição*” e “*mútua observação*”, que guardam correspondência com o conceito e.g. de “*relevância jurídica*” que é utilizado pelo institucionalismo clássico (vide *infra*: item 4.2.).

Embora a doutrina identifique mais de um conceito de *lex mercatoria* (“*lex mercatoria medieval*”, “*nova lex mercatoria*” e “*nova-nova lex mercatoria*”<sup>903</sup>), o conceito mais adequado para explicar esta realidade parece ser, apesar das críticas, o da “*nova lex mercatoria*”.

A ideia de costume como fonte da *lex mercatoria* parece ser mal compreendida tanto pela doutrina kelseniana como pela doutrina do “*pluralismo sociológico*”.

Acompanhe a crítica da doutrina representada por Rodrigo Broglia Mendes<sup>904</sup>:

[...] Do ponto de vista teórico, e também dogmático, a crítica que se pode levantar diz respeito à falta de uma (sic) critério operacional para a determinação empírica do uso continuado do costume, bem como a falta de uma conceitualização da ‘opinio necessitatis’ no plano global. Talvez a dificuldade maior esteja em justificar a legitimação de um direito predominantemente costumeiro sob as condições modernas do positivismo jurídico, e porque a teoria das fontes surgiu e se desenvolveu com o propósito de racionalização da produção do direito, ligado, principalmente, à atividade do Estado.

É interessante notar que, apesar destas críticas, a doutrina continuou percebendo a efetiva utilização da *lex mercatoria* na *praxis*, conquanto insistindo no argumento de que a questão teórica foi relegada para um segundo plano<sup>905</sup>.

Argumenta a doutrina que a *praxis*, na tentativa de dar legitimidade à *lex mercatoria*, “começou a elaborar listas e, posteriormente, consolidação de regras como os Princípios UNIDROIT aplicáveis aos Contratos Internacionais do Comércio”<sup>906</sup>, de maneira que essa evolução (referida como a “*nova-nova lex mercatoria*”), “permitiu de certa maneira uma positivação da ‘*lex mercatoria*’ no sentido tradicional”<sup>907</sup>.

---

<sup>903</sup> MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. **Arbitragem, Lex mercatoria e Direito Estatal**: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional. São Paulo: *Quartier Latin*, 2010, p.59-68.

<sup>904</sup> *Idem*, p.64.

<sup>905</sup> *Idem*, p.66.

<sup>906</sup> *Idem*, p.67.

<sup>907</sup> *Ibidem*.

Ora, tudo isso parece realmente ser resultado da incompreensão do conceito de costume e o seu potencial para se transformar em uma ordem jurídica concreta. Numa palavra: desconhecimento da importância do institucionalismo clássico.

Se a doutrina kelseniana tem dificuldade de entender o papel do costume na produção do direito e reconhecer a sua aplicação na *praxis*, o “*pluralismo sociológico*”, por sua vez, conquanto até reconheça a sua aplicação, também não formulou uma proposta teórica adequada, sendo inadequada a estratégia de “*mudar o foco das regras e colocá-lo nas comunicações*”, o que não significa que alguns dos seus conceitos não possam ser utilizados para melhor compreender a questão.

Conforme destacado antes (vide *supra*: 2.3.4.3.), o costume não pode ser associado ao mero hábito ou repetição de comportamento (“*usos de fato*” nas palavras de Santi Romano), mas sim a “*ideia diretiva*” que, somada aos elementos subjetivo e procedimental, permite fundar uma instituição, de maneira que não é o “*uso de fato*” em si que gera o direito, mas sim a combinação de todos estes elementos: subjetivo (“*opinio iuris*”), objetivo e procedimental.

Esta é a base teórica reclamada pelos críticos da *lex mercatoria* (na concepção da “*nova lex mercatoria*”), sendo desnecessária qualquer outra justificativa supostamente mais adequada para lhe conferir uma legitimidade que, no fim e ao cabo, continua sendo meramente formal<sup>908</sup>.

Nenhuma das críticas expostas acima parece ser suficiente para renegar a natureza de fonte jurídica dos costumes.

Nem o fato de o costume ser materializado em regras escritas, códigos de conduta, regulamentos internos, contratos-padrão ou equivalentes; nem a dificuldade de identificá-lo de maneira mais objetiva diante das condições modernas; nem o fato dele não ser obrigatório ou cogente; nada disto altera a sua natureza de fonte jurídica.

E esta não é uma afirmação meramente teórica ou retórica do institucionalismo clássico, mas uma constatação que pode ser extraída da observação da *praxis*, como reconhece a doutrina do “*pluralismo sociológico*”, não sendo adequado ignorar a realidade prática.

*Como destaca Santi Romano, “o costume é, portanto, um fato por si mesmo normativo”, de maneira que “é fonte autônoma e independente, tem sua própria eficácia e*

---

<sup>908</sup> Já foi analisada a questão da inadequação da legitimidade formal weberiana (vide *supra*: 3.6.4.).

*força [...]”*<sup>909</sup>. E, ainda que a norma jurídica tente impedir a sua formação, quando não consegue, “o costume mantém o valor próprio à sua natureza e, se sobreviver, é direito”<sup>910</sup>.

Portanto, não parece necessário lançar mão de estratégias sofisticadas (*e.g.* da “*ressignificação*” da teoria dos sistemas) para chamar de “*comunicação*” aquilo que sempre foi percebido na realidade prática como fonte do direito, direito não escrito. A despeito do negacionismo do normativismo kelseniano, o costume sobreviveu e, se sobreviveu, deve ser considerado direito não escrito enquanto a sua racionalidade se mantiver íntegra<sup>911</sup>, não sendo necessárias novas fórmulas sociológicas para explicá-lo.

### 3.7.4.3. A “necessidade”: o direito administrativo de emergência

A “*necessidade*” é inafastável da realidade prática humana, como na máxima romana “*salus rei publicae suprema lex*” (a saúde pública é a lei suprema).

É claro que o direito positivo tratou de tematizar as necessidades humanas, *e.g.* do direito penal e o seu estado de necessidade; do direito constitucional e os seus estados de sítio e de emergência; e muito especificamente do direito administrativo e a sua contratação direta emergencial (em tempos de pandemia, intitulado “*direito administrativo da emergência*”).

Nunca o institucionalismo clássico foi e será tão importante para sociedade quanto em tempos de pandemia e pós-pandemia de coronavírus (COVID-19).

Sobre a “*necessidade*”, Santi Romano ensina que:

Esta implica uma exigência explícita e compulsiva das necessidades sociais, que impõe um determinado comportamento em defesa das instituições vigentes. Difere do costume pela maior energia que determina a sua afirmação repentina, sem que ocorra um período de tempo mais ou menos longo que a consagra, e só adquire o caráter de norma jurídica quando aparece como exigência não puramente racional, mas institucional, o que distingue a necessidade que se quer admitir, daquela a que algumas vezes aludiam doutrinas pertencentes ao direito natural.<sup>912</sup>

<sup>909</sup> SANTI ROMANO. *Princípios de direito constitucional geral*; tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora RT, 1977, p.118.

<sup>910</sup> SANTI ROMANO. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p.119.

<sup>911</sup> Esta é uma questão controversa que atinge diretamente o institucionalismo: a duração no tempo por si só confere legitimidade ao costume, independentemente de qualquer racionalidade? Para uma visão mais ampla da questão, cf.: MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.339-349.

<sup>912</sup> SANTI ROMANO. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p.119.

Ocorre que o direito positivo não é capaz de tematizá-la em definitivo e por completo, o que, entretanto, não a impede de ser considerada fonte autônoma do direito.

Como ensina o jurista italiano:

Como o costume [...] a necessidade, dada a sua maior energia, é fonte autônoma do direito, superior à lei. Ela pode implicar a impossibilidade material e absoluta de aplicar, em certas condições, as leis vigentes e, nesse sentido, pode-se dizer que ‘necessitas non habet legem’.<sup>913</sup>

A ideia da “*necessidade*” como fonte autônoma do direito pode até sofrer a resistência por parte da doutrina normativista ou neoconstitucionalista<sup>914</sup>, mas o fato é que não há como negar a sua força vital e conseqüentemente a sua natureza de fonte jurídica<sup>915</sup>, por mais que se possa oferecer outra explicação teórica em perspectivas diferentes, *e.g.* do normativismo ou mesmo do “*pluralismo sociológico*”.

Aliás, é interessante observar como a doutrina tenta oferecer respostas para esses labirintos normativistas. Segundo a doutrina de Carlos Ari Sundfeld:

Em termos exclusivamente lógicos, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma ‘lei’ a sujeitá-lo). Para o sistema funcionar, na prática, é preciso um símbolo indicando a impossibilidade de o executivo agir arbitrariamente. Esse símbolo, ainda

<sup>913</sup> *Idem*, p.120.

<sup>914</sup> Vide: BINENBOJM, Gustavo. **O coronavírus e o estado de exceção**: Estado democrático de direito proveu instrumentos para a Administração Pública agir a tempo e a hora; que o faça, *in* [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-coronavirus-e-o-estado-de-excecao-13032020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-coronavirus-e-o-estado-de-excecao-13032020), acesso em 13/03/2020.

<sup>915</sup> O PL 23/2020 enviado em 04/02/2020 tramitou em regime de urgência até a sua sanção em 07/02/2020, transformando-se na Lei 13.979/2020 (“Lei do coronavírus”). Em que pese o curto período de tempo até a aprovação da lei (3 dias), parece possível realizar três conclusões: a) que a aprovação da lei, mesmo em regime de urgência, poderia se prolongar no tempo em razão do natural debate político, o que, entretanto, não poderia impedir a tomada de decisões imediatas, incontornáveis até mesmo por uma medida provisória; b) que as próprias medidas enumeradas na lei podem ter vindo tarde em razão da cronologia da propagação do vírus, já que o primeiro alerta direcionado à OMS foi realizado em dezembro de 2019, e c) que uma situação emergencial como essa não poderia depender da aprovação de uma lei formal, sendo possível admitir, com fundamento na autoexectoriedade, medidas como o isolamento e a quarentena. É importante notar, quanto a esta última conclusão, duas coisas: *c1*) que a própria lei acabou por atribuir ao Ministro da Saúde este poder de decisão (art. 3º, §5º), ou seja, ao ato administrativo, bem como *c2*) que a própria lei acabou adotando como parâmetros objetivos aqueles contidos no preexistente Regulamento Sanitário Internacional (parágrafo único do art. 2º). Em suma, uma “*necessidade*” extrema parece autorizar essas medidas emergenciais não apenas sem autorização judicial prévia (como já admite a doutrina) como também, dando um passo além, antes mesmo da aprovação de uma lei formal, porquanto existem parâmetros objetivos sedimentados na comunidade médica internacional que poderiam ser utilizados de imediato pela Administração Pública. No Estado do Paraná, *e.g.*, foi editado o Decreto 4.230/2020 para estabelecer medidas concretas de saúde pública, dentre as quais “*a suspensão de eventos abertos ao público, de qualquer natureza, com aglomerações acima de cinquenta pessoas*” (art. 3º). A própria Lei 13.979/2020 recebeu diversos acréscimos posteriores através de medidas provisórias (*e.g.* MP 926/2020, 927/2020 e 928/2020).

hoje, em grande medida é a lei; mas é possível trocá-lo por espécies normativas outras.<sup>916</sup> (Sem grifo no original)

No fundo, o que o jurista defende é o alargamento do princípio da legalidade, ou seja, a ideia de juridicidade, que não é ruim, conforme já exposto, mas que pode ser ampliada se se admitir que existe um direito vivo, real, pulsante, fora da norma jurídica que é tão ou mais valioso do que aquele produzido exclusivamente dentro da norma jurídica (vide *supra*: 2.3.4.4.)

E observe que este direito, que é vivo, real e pulsante, também não é criado pelo Poder Judiciário, mas apenas controlado *a posteriori* por ele.

Por isso, Carlos Ari Sundfeld tem razão apenas em parte quando afirma que:

A permanência do direito administrativo depende – isto, sim – da efetividade do controle do tipo jurisdicional. Se este prosseguir existindo, e se continuar fundando sua análise no pressuposto da proibição da arbitrariedade, as mudanças que ocorrerem, por mais profundas, não destrubirão a submissão da Administração ao Direito. O direito administrativo permanecerá...<sup>917</sup>

Sim, o Poder Judiciário é um importante mecanismo de controle da produção do direito. É uma peça chave de uma democracia substancial. Mas é apenas um mecanismo de controle da fonte do direito e não a própria fonte do direito<sup>918</sup>. As fontes do direito podem estar encontradas não apenas no território do Poder Legislativo, mas também no território do Poder Executivo<sup>919 920</sup>.

E note: as fontes do direito podem estar encontradas ainda num território extraestatal, *e.g.* das organizações internacionais, que podem oferecer padrões racionais e objetivos (*standards*)<sup>921</sup> exatamente para evitar o mero arbítrio da vontade radical do sujeito agente que tem a atribuição de tomar a decisão prática no caso concreto<sup>922</sup>.

<sup>916</sup> Direito administrativo para céticos, p.290-291.

<sup>917</sup> *Idem*, p.291.

<sup>918</sup> Por ocasião da pandemia de coronavírus o CNJ suspendeu os prazos processuais por 30 dias e esvaziou os tribunais (Resolução 313/2020), demonstrando assim a sua incapacidade para exercer um papel de maior ativismo criacionista diante das necessidades imediatas da sociedade.

<sup>919</sup> Na mesma ocasião, o poder legislativo de todos os entes federativos retraiu a sua atividade legiferante, tendo a pandemia sido combatida, de início, principalmente por meio de medidas provisórias do governo federal (*e.g.* MP 926/2020, 927/2020 e 928/2020, que acrescentaram diversas disposições à Lei 13.979/2020) e dezenas de decretos dos poderes executivos locais (*e.g.* Decreto paranaense nº 4.230/2020, Decretos paulistas nsº 59.283/2020 e 64.881/2020, Decreto fluminense nº 46.970/2020).

<sup>920</sup> Vide *e.g.*: Nota Informativa Temporária do CADE sobre a colaboração entre agentes econômicos para enfrentamento do COVID-19, *In*: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-concorrentes-para-enfrentamento-da-criese-de-covid-19/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-criese-de-covid-19.pdf>, acesso em 27/07/2020.

<sup>921</sup> Lembrando que o *standard* não diz o que deve ser feito, não enuncia nenhuma regra de conduta e não obedece à lógica binária do permitido-proibido.

<sup>922</sup> Sobre o “*erro grosseiro*”, vide: STF: ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC.

Analisando a questão do déficit democrático, Carlos Ari Sundfeld acaba admitindo que:

Apesar dos pesares, sou obrigado a reconhecer que, se o direito administrativo pode servir à justiça social, não a pressupõe – donde a conclusão, que sustento no texto, no sentido da sobrevivência do direito administrativo na era do direito global.<sup>923</sup>

É claro que a democracia é importante. Mas é muito mais importante uma democracia substancial do que uma democracia meramente formal.

O que está em questão, com efeito, é exatamente saber como alcançar uma democracia mais substancial e menos formal, pautada mais numa vontade real concreta e menos numa vontade geral abstrata e presumida. Uma democracia substancial que busque a “*legitimação pelo processo*”, a “*legitimação pelo resultado*” e, principalmente, os “*bens de excelência*” (vide *supra*: 2.3.3.4.).

Perceba que Carlos Ari Sundfeld não precisaria defender, para manter a coerência lógica do seu pensamento, o desprezo pela “*justiça social*”, como se o direito administrativo, sobre “*não a pressupor*”, pudesse dispensá-la.

Este raciocínio não parece adequado.

O que a tese desta investigação pressupõe é que o Estado não é o único ente ético capaz de buscar a “*justiça social*”, porquanto ela se realiza de múltiplas maneiras, inclusive através de iniciativas extraestatais que são capazes não apenas de produzir resultados práticos, imediatos e eficientes como também de alcançar os “*bens de excelência*” ligados as “*necessidades*” humanas mais básicas, fonte jurídica autônoma.

No limite, a preservação da vida, *e.g.*, pode ser considerada uma “*necessidade*” humana básica que é por si só fonte autônoma do direito.

Isto significa que uma decisão prática (pública ou privada) tomada com base no direito administrativo global (DAG) não pode ser considerada nem antidemocrática e nem atentatória à “*justiça social*” pelo só fato de ser extraestatal. O que é realmente importante é que a racionalidade por trás deste direito confirme que, como bem percebe Carlos Ari Sundfeld, “*o ato da Administração não pode ser [é] fruto do capricho*”.

Se o ato administrativo não é “*fruto do capricho*”, mas construído por uma decisão prática (pública ou privada) que se apoia tanto numa racionalidade quanto em *standards* internacionais, não há motivo algum para considerá-lo antidemocrático ou atentatório à

<sup>923</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**, p.291, NR nº 13.

“*justiça social*”, especialmente em situações de extrema “*necessidade*” (e.g.: da pandemia de coronavírus COVID-19).

Inversamente, uma decisão prática (pública ou privada) desprovida de um mínimo de racionalidade, ainda que a pretexto de se apoiar em *standards* internacionais, pode configurar, esta sim, um atentado à “*justiça social*” e à democracia substancial.

Entretanto, o que é mais problemática é a afirmação de que “*se o direito administrativo pode servir à justiça social, não a pressupõe*”. Um direito administrativo que não busca ou, o que é mais grave, atenta contra a “*justiça social*” não pode ser sequer considerado um direito. Em outras palavras, o direito que não busca a “*justiça social*” não é um genuíno direito, mas apenas um simulacro.

Nesse contexto, embora seja mais fácil enxergar a “*necessidade*” em situações de emergência ligadas mais diretamente a políticas públicas de saúde <sup>924</sup>, não se pode dizer que não seja possível identificá-la em outras situações menos óbvias.

Veja abaixo o exemplo da fig. 26:

Logo no início da pandemia de coronavírus (COVID-19) multiplicaram-se as iniciativas de sociedades empresariais, como farmácias e supermercados, no sentido de tentar organizar os seus estabelecimentos comerciais através de providências que variavam desde a limitação da quantidade de produtos, passando pela utilização de termômetro infravermelho para a medição de temperatura dos clientes até o fechamento de espaços sublocados, tudo com repercussão direta em comunidades inteiras (fig.26)

Note que alguns destes estabelecimentos comerciais têm muitas vezes o tamanho de vilas e condomínios inteiros, uma verdadeira “*microcomunidade*”, exigindo das sociedades empresariais responsáveis por eles o exercício concreto do poder (privado) num contexto de verdadeiro governo (um microgoverno) cuja autoridade pode ser “*socialmente reconhecida*” (pelos microgovernados) na realidade prática sem muita dificuldade, o que, entretanto, não pode ser explicado suficientemente nem pela norma jurídica nem pelo contrato.

Neste caso, o título habilitador para o exercício do poder (privado) parece realmente estar baseado mais na “*necessidade*” do que propriamente na liberdade econômica em si. A “*necessidade*” é ao menos o seu gatilho (o seu *start*).

<sup>924</sup> O exemplo da pandemia do coronavírus (COVID-19) é realmente uma situação muito excepcional e não pode servir de pretexto para confirmar nenhuma tese. No entanto, este exemplo serve para demonstrar, num grau extremo, a impropriedade da “*doutrina do Estado*” de matiz hobbesiana para resolver problemas práticos complexos.



O fato é que a ideia de “*necessidade*” também parece ser mais uma válvula de escape de Santi Romano para contornar a insuficiência do seu positivismo jurídico através de um *ius involuntarium* que em verdade não pode ser considerado um direito tão involuntário assim.

É que se a “*necessidade*” fosse levada às últimas consequências, sem passar por um filtro racional, não haveria propriamente direito, mas mera imposição de desejos de sujeitos (públicos ou privados) irracionais. E então outros seres (não humanos) também poderiam criar uma fonte jurídica autônoma, fruto das suas “*necessidades*” meramente fisiológicas.

Mas não parece que seja assim. Não parece possível desligar o direito da racionalidade humana, ainda que a erupção de uma “*necessidade*” seja o seu pressuposto (o seu *start*). A “*necessidade*” só pode ser considerada fonte jurídica por inteiro se vir com a marca indelével da racionalidade prática <sup>925</sup>.

É por isso que um “*direito administrativo da emergência*” pode ser rápido, pode ser flexível e pode ser inovador, mas não pode ser irracional ou meramente voluntarista.

Uma decisão prática numa situação de emergência, assim como uma decisão experimental (vide *supra*: 2.3.4.5.), é uma decisão do sujeito agente da “*primeira pessoa*” tal como qualquer outra decisão humana, não podendo ser desclassificada para uma subespécie de decisão (uma meia-decisão), ou para uma decisão inexorável que é imposta a partir de fora por um sujeito agente da “*terceira pessoa*” ou por um fato qualquer determinista (“*jaula de ferro*”).

Muito pelo contrário: é justamente uma situação de emergência que separa alguns homens de outros; aqueles que têm maior capacidade de governar daqueles que não a tem; os líderes dos liderados; os inventores dos consumidores (os bons bombeiros dos maus bombeiros <sup>926</sup>).

A história humana não se cansa de revelar esta inegável realidade.

E nenhuma teoria jamais poderá ignorá-la.

---

<sup>925</sup> Nesse sentido, dizendo que ninguém pode ser justo sem ser racional e, vice-versa, “*ninguém pode ser racional de modo prático sem ser justo*”, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.117.

<sup>926</sup> Imagine um bombeiro que, diante da emergência do incêndio, prefere ligar para o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA) e aguardar no quartel as orientações sobre mais atualizadas normas técnicas de segurança de combate a incêndios. É por isso que talvez seja possível afirmar, na esteira da filosofia clássica, que ele é não apenas um (mau) bombeiro, mas que ele sequer é um bombeiro (segundo o art.13, § 2º Código Penal, é um criminoso). Só o (bom) bombeiro pode ser considerado um bombeiro. Para compreender melhor esta concepção, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983)., p.108-114.

Uma situação de emergência, mais ainda do que uma situação de normalidade, exige uma sagacidade, uma coragem e uma compreensão de mundo que muitas vezes se sobrepõem ao cálculo exclusivamente matemático <sup>927</sup>.

Isto não significa - note bem este detalhe que quase sempre passa despercebido - que uma decisão prática tomada no âmbito do “*direito administrativo de emergência*” possa ser confundida com uma decisão meramente voluntarista, fruto do puro decisionismo schmittiano <sup>928</sup>, porquanto parece ter ficado suficientemente claro ao longo da investigação que o pensamento institucional clássico não se confunde com o pensamento do tipo decisionista.

É este detalhe que tem escapado à doutrina em tempos de COVID-19, como neste exemplo: “É esse o grande paradoxo do *estado de exceção*, que concebido para a defesa das instituições democráticas, fez-se historicamente instrumento e recurso para minar as instituições para as quais fora concebido para defender” <sup>929</sup>.

O institucionalismo clássico, diferente do decisionismo schmittiano, não mina as instituições, mas, muito pelo contrário, as preserva <sup>930</sup>. E muitas vezes as reforça e as amplia para horizontes que não são sequer conhecidos pela estreiteza do pensamento normativista.

Este parece ser o maior problema da doutrina contemporânea: só consegue enxergar o normativismo, de modo que, tudo o que não cabe nele, se torna decisionismo schmittiano puro. E então fica impossível mesmo fugir do “*grande paradoxo*” <sup>931</sup>.

A revisão epistemológica é literalmente uma emergência <sup>932</sup>. Sem ela não é possível compreender de forma adequada e racional o “*direito administrativo de emergência*”.

<sup>927</sup> “Com efeito, a bravura em situações de perigo imprevisto é mais fruto da disposição moral, posto que depende menos da preparação; é possível a resolução de enfrentar um perigo que se prevê contando com o cálculo e a razão, mas somente uma disposição moral capacita alguém a afrontar um perigo repentino”. Ética a Nicomaco, Livro III, 1117a19-24.

<sup>928</sup> Assim sintetizado: “soberano é quem que decide sobre o estado de exceção”.

<sup>929</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Estado de exceção e anormalidade constitucional no contexto da CF. Disponível em:** <https://www.conjur.com.br/2020-mar-29/embargos-culturais-estado-excecao-anormalidade-constitucional>. Acesso em 17/07/2020.

<sup>930</sup> Lembrando que até o próprio Carl Schmitt evoluiu para um “decisionismo mitigado” (fase do “institucionalismo schmittiano”), abandonando o caos para tentar “determinar os critérios de formação de conteúdo na esfera política e jurídica a partir da dinâmica social”. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.p, p.55. Vide supra: 1.1.2.2.

<sup>931</sup> Note como os debates públicos contemporâneos, ignorando a racionalidade, se resumem a meras opiniões ideológicas a favor ou contra algo, bem ao estilo amigo-inimigo schmittiano: se alguma decisão foi “assim”, favoreceu alguém e, se foi “assado”, prejudicou alguém, pouco ou nada importando o certo e o errado, nem muito menos o justo e o injusto. Uma cultura que se contenta com protestos e hashtags. A dogmática contemporânea não pode cair nesta armadilha irracional. ARISTÓTELES já advertia para a diferença entre o “autocontrolado”, aquele “aberto à persuasão”, e os “obstinados” que são “os teimosos, os estúpidos e os rudes” que são movidos pelo “sentimento agradável da vitória conquistada em não terem suas opiniões alteradas pela persuasão e por aquele desagradável de terem os decretos de suas vontades revogadas”. Cf.: *Ética à Nicomaco*, Livro VII, 1151b9-16.

Portanto, nem a “*necessidade*”, nem os “*princípios gerais ou fundamentais*” e nem os costumes podem ser considerados, por si só, *ius involuntarium*, sendo a racionalidade prática a marca que separa o humano do animal<sup>933</sup>.

### Síntese Parcial do Capítulo 3

A globalização e a tecnologia exigem uma nova postura da dogmática do direito administrativo que seja capaz de oferecer uma explicação teórica mais consentânea com a realidade prática da sociedade contemporânea.

O monismo estatal e o seu normativismo kelseniano não têm se mostrado adequados e suficientes para oferecer respostas para estas realidades, se é que já deram conta em outros momentos da história humana.

O tema do pluralismo jurídico nunca foi tão atual e tão importante para compreender o direito. Mas não o “*pluralismo sociológico*” e o seu substrato teórico calcado na teoria dos sistemas luhmanniana e no constitucionalismo societal alemão.

A resposta mais adequada parece estar no “*pluralismo institucional*” que, preservando a liberdade humana, reconhece a importância, mas também as limitações, do direito estatal.

As fontes jurídicas estatais devem aprender a conviver com as fontes jurídicas não-estatais. A dicotomia público-privada já não pode ser tomada de maneira tão rígida pela dogmática. A livre iniciativa econômica já não pode mais ser vista apenas sob a ótica do direito de liberdade meramente arbitrário e caprichoso (“*liberdade da indiferença*”), mas sim sob a ótica da liberdade racional que considera o outro e o próprio contexto da sua “*microcomunidade*” (“*liberdade de qualidade*”), especialmente nas situações em que o poder (privado) dela decorrente demanda o efetivo exercício de um verdadeiro governo (microgoverno), também conhecidas na doutrina portuguesa como “*relações privadas de poder*”.

O tema “*poder privado*” (ou “*relações privadas de poder*”) não pode ser descurado pela dogmática brasileira. Muito pelo contrário, deve ser adequadamente problematizado.

---

<sup>932</sup>Novamente: para a solução de uma “crise epistemológica” é necessária a “invenção ou a descoberta de novos conceitos, e a estruturação de um novo tipo ou novos tipos de teoria (...)”. MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.388-393.

<sup>933</sup> Cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Dependet Rational Animals: why human beings need the virtues.** Open Court Publishing: Chicago and La Lasse, Illinois-USA, 1999.

Este tema não pode ser enfrentado apenas na perspectiva do pensamento normativista ou neoconstitucionalista (também normativista) a respeito dos direitos fundamentais, mas principalmente do ponto de vista do sujeito agente da “*primeira pessoa*” que compõe e atua nas suas decisões práticas.

Uma revisão epistemológica é literalmente uma emergência.

É necessário ir além do ponto de vista da “*terceira pessoa*” do normativismo kelseniano e da “*segunda pessoa*” do “*pluralismo sociológico*” para compreender como o “*poder privado*” é exercido efetivamente na realidade prática, o que só é possível através de uma rotação para outro ponto de vista, o da “*primeira pessoa*”, a partir do qual é possível conhecer o seu nascimento e conformação no contexto da liberdade econômica e analisar a sua legitimação substancial.

Se o ato administrativo contemporâneo (mais horizontalizado, dinâmico, dialógico e consensual) continua sendo o arquétipo do exercício do poder (público), conforme se concluiu na Parte 1 da investigação, então parece adequado aproximar o seu ferramental também das “*relações privadas de poder*”, porquanto ambos passam a ter como critério em comum o conceito de governo (público ou privado).

Governar é uma arte e o direito administrativo é *expert* quando o assunto é o governo no nível concreto das decisões práticas. Se o microgoverno é exercido por uma entidade privada “*poderosa*” em favor de microgovernados no âmbito de uma “*microcomunidade*”, o direito administrativo tem muito a contribuir. As boas práticas de governo e de governança acabam se fundindo e se complementando, tornando-se aptas a legitimar substancialmente o exercício do poder tanto pela Administração Pública (poder público) como pela iniciativa privada (poder privado).

A maior contribuição desta tese para a dogmática jurídica é a aproximação das entidades privadas que exercem “*poderes privados*” de autoridade aos padrões de um bom governo, ainda que no nível da “*microcomunidade*”. Uma espécie de retorno não propriamente para o direito público, mas para o “*direito político*”. Um retorno para o bem comum. É um reconhecimento de que o caráter político (*politeía* = πολιτεία) do homem não se restringe apenas ao âmbito do Estado (macrocosmos), mas alcança também outras relações sociais (microcosmos). Um reconhecimento de que a democracia substancial (a genuína democracia) não se limita aos canais de mera participação no poder estatal, mas vai muito além deles para alcançar todas as formas de exercício do poder.

É que a sociedade contemporânea mudou muito. E a dogmática jurídica precisa se adaptar às suas novas realidades práticas.

A “*fuga para o direito privado*” não vai ajudar. Nem a estreiteza do ato jurídico do direito civil, nem a sua substituição pelo voluntarismo caprichoso da teoria do negócio jurídico é capaz explicar adequadamente a legitimidade substancial dos múltiplos, complexos e inovadores “*poderes privados*” de autoridade.

É preciso reconhecer de uma vez por todas a força vital que não está localizada nem no monismo jurídico do Estado, nem na vontade caprichosa do contratualismo (“*liberdade da indiferença*”). Uma força criativa e colaborativa que não cabe dentro de uma realidade artificial bifurcada nas esferas do binômio autoridade-liberdade.

Para tanto, a resposta mais adequada também não está no “*pluralismo sociológico*” que transforma artificialmente o sujeito agente da “*primeira pessoa*” num mero sujeito agente da “*segunda pessoa*” que só observa de um ângulo externo os “*fatos*”, permanecendo indiferente aos “*valores*”. Um sujeito agente que renuncia a sua liberdade de decidir da melhor forma possível (“*liberdade de qualidade*”) para se deixar dominar por uma “*força externa*” muito intensa que surge mais ou menos do caos<sup>934</sup>.

Nada disso parece ajudar.

Diferentemente, a hipótese desta investigação parece se confirmar quando, apoiando-se no “*pluralismo institucional*” de Santi Romano, ajuda a compreender como o “*poder privado*” é exercido efetivamente na realidade prática, o que só é possível através de uma rotação para outro ponto de vista, o da “*primeira pessoa*”, a partir do qual é possível conhecer o seu nascimento e conformação no contexto da liberdade econômica e analisar a sua legitimação substancial.

No próximo capítulo a investigação pretende esboçar um esquema bastante rudimentar através do qual pode ser construído um regime de efeitos para o ato administrativo praticado por entidades privadas no exercício do seu “*poder privado*” de autoridade no contexto da atividade econômica.

---

<sup>934</sup> “Ora, nada é movido fortuitamente, sendo necessário estar presente em todos os casos uma causa”. ARISTÓTELES. *Metafísica*, Livro XII, 1071b36-37.

## 4 O ATO ADMINISTRATIVO NA ATIVIDADE ECONÔMICA: CONSTRUINDO UM REGIME DE EFEITOS

### 4.1. O ESBOÇO: ENTRE O VELHO E O NOVO

De partida, cabe insistir na importância de se despir das concepções oitocentistas relativamente ao ato administrativo.

O ato administrativo do século XXI é mais horizontalizado, dinâmico, dialógico e consensual, restando ultrapassada uma concepção autoritária de ato administrativo. Na sociedade contemporânea não existe mais espaço para o autoritarismo, mas apenas para a autoridade.

A autoridade é uma decorrência lógica da própria organização social, retirando a sua legitimidade substancial exatamente da consensualidade<sup>935</sup>. Consenso e autoridade, portanto, são plenamente compatíveis.

Esta nova concepção ainda pode demorar algum tempo para ser compreendida e aceita, mas parece inevitável que o seja.

Além de todo o arcabouço doutrinário e legislativo da consensualidade na Administração Pública, a própria LLE, *e.g.*, também parece ter dado um passo importante neste sentido ao eleger expressamente como princípios da liberdade econômica a “boa-fé do particular perante o poder público” e a “vulnerabilidade do particular perante o poder público” (art. 2º, incisos II e IV).

Em outras palavras, a LLE parece reconhecer que deve existir uma aproximação e não uma separação absoluta entre o Estado e a sociedade<sup>936 937</sup>.

O fato é que o ato administrativo está em evolução.

E esta evolução repercute não apenas na Administração Pública, mas também nas entidades privadas. E repercute não apenas nas atividades privadas que exercem tarefas públicas, mas também nas entidades privadas que exercem tarefas privadas. E não apenas tarefas privadas que, antes públicas, se tornaram objeto de *despublicatio*, mas também tarefas privadas típicas exercidas no contexto da atividade econômica.

---

<sup>935</sup> Confira a distinção entre consensualidade e consensualismo (vide *supra*: 2.3.2.). O termo consensualismo é reservado para as hipóteses em que o consenso é puramente arbitrário e caprichoso, ou seja, desconectado de parâmetros objetivos. A consensualidade, por sua vez, está ligada às hipóteses fundadas numa racionalidade institucional.

<sup>936</sup> No mesmo sentido: LOUREIRO, Caio de Souza. **Princípios na lei de liberdade econômica**, p.92-94.

<sup>937</sup> É interessante notar o quanto a expressão “separação absoluta entre Estado e sociedade” foi utilizada na Parte I para explicar o institucionalismo clássico. A doutrina de índole mais normativista, se continuar enxergando o direito apenas no Estado, deve evitar utilizar esta expressão apenas como retórica.

A dicotomia público-privada (ou a bifurcação autoridade-liberdade) é nitidamente insuficiente para tratar do tema.

Aliás, é interessante notar como sempre pareceu inadequada a grande dicotomia utilizada no direito administrativo entre regime jurídico de direito público e regime jurídico de direito privado. E como sempre pareceu insuficientemente explicada a ideia de um regime jurídico de direito privado, “*derrogado parcialmente por normas públicas*”<sup>938</sup>.

Este tipo de classificação normalmente tem a pretensão de oferecer uma explicação totalizante, mas, na verdade, não explica muita coisa<sup>939</sup>.

Isto não significa que a doutrina não tem importância para o direito. Tem e muita. Mas o fato é que a classificação dos regimes jurídicos em grandes grupos mais ou menos omni-compreensivos por si só não parece ajudar muito na solução de questões complexas, mormente na sociedade contemporânea em que as tarefas públicas e privadas se misturam e se complementam mutuamente.

Tudo isso ainda é agravado pelo fato das categorias jurídicas, elas próprias, sofrerem uma evolução, como é o caso do ato administrativo, tradicionalmente utilizado para lidar com a função, tarefa ou poder público exercido pela Administração Pública, e que, com o passar dos anos, passou a ser utilizado também pelas entidades privadas para o exercício de funções, tarefas e poderes que antes eram públicos, mas que, com a *despublicatio*, passaram a ser privadas<sup>940</sup>.

E a evolução não parou.

Se a hipótese desta investigação estiver correta, será possível dar mais um salto dogmático para aproximar o arcabouço teórico do ato administrativo (depois de revisado) também dos “*poderes privados*” exercidos por entidades privadas em tarefas que sempre foram e continuam sendo abertas à livre iniciativa, independentemente de qualquer *despublicatio*, exatamente porque praticadas no contexto da atividade econômica.

---

<sup>938</sup> Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p.348-352.

<sup>939</sup> Não é à toa que a doutrina contemporânea questiona os manuais de direito administrativo. Vide e.g.: MENDONÇA, José Vicente Santos de. **O que restou dos manuais de Direito Administrativo?** Primeiro como tragédia; agora como farsa, *In*: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-que-restou-dos-manuais-de-direito-administrativo-14072020>, acesso em 17/07/2020.

<sup>940</sup> Cf.: GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas.** (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008.: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008.

A expressão utilizada pela doutrina tradicional (“*regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas públicas*”) perde todo o sentido aqui.

É que não se está referindo aqui de uma empresa estatal (EE) que exerce atividade econômica e que, portanto, deve se sujeitar a um “regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas públicas” (art. 173, e §§ da CF), no caso, as normas públicas prescritas pela Lei 13.303/2016 (Estatuto das Estatais). Falar em ato administrativo neste caso (*e.g.* nomeações e exonerações para cargos, publicação de editais etc.) não causaria nenhuma surpresa justamente em razão do elemento público que pode ser encontrado num regime jurídico como este.

Também não se está tratando aqui das empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos (art.175, § único da CF), cujo regime jurídico também pode ser considerado de direito privado, “*parcialmente derogado por normas de direito público*”, no caso, as normas da Lei 8.987/1995. Falar em ato administrativo neste caso (*e.g.* desapropriações, limitações administrativas etc.) também não causaria nenhuma estranheza em razão do mesmo elemento público que pode ser encontrado neste regime jurídico.

E também não se está tratando aqui das empresas privadas que exercem funções que antes eram públicas, mas que passaram a ser privadas depois que o Estado decidiu realizar a *despublicatio* desta tarefa, sujeitando-se assim ao regime jurídico de direito privado. Como neste caso existe alguma forma de acreditação ou reconhecimento estatal, não é tão difícil falar em ato administrativo (*e.g.* autorização, credenciamento etc.).

Em todos esses casos é até possível perceber um alargamento das fronteiras do direito administrativo. Esta investigação não trata eminentemente destes casos, conquanto até se possa aplicar a tese a eles quanto à parte econômico-privada (e não pública) destas empresas.

Aqui, frise-se, o foco são os “*poderes privados*” efetivamente exercidos na realidade prática por empresas privadas no contexto da livre iniciativa econômica, direito próprio sujeito ao regime jurídico de direito privado puro, sem creditações ou reconhecimentos estatais <sup>941</sup>.

Neste caso, neste caso sim, pode causar estranheza falar em ato administrativo, já que essas entidades privadas (“puras”) teriam a faculdade apenas celebrar negócios jurídicos (contratos) ou, no máximo, praticar atos jurídicos do direito civil (*stricto sensu*). Em outras palavras, as empresas privadas que exercem atividade econômica no contexto da livre

---

<sup>941</sup> Art.170, Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.



iniciativa estariam sujeitas unicamente ao regime jurídico de direito privado, podendo eventualmente se sujeitar à regulação estatal.

Só que não é bem assim.

Conforme exposto acima, não raras vezes as entidades privadas exercem, mesmo no contexto da atividade econômica, uma espécie de microgoverno, mantendo com os demais cidadãos (microgovernados) “*relações privadas de poder*”, como reconhece a doutrina portuguesa já mencionada.

A teoria dos negócios jurídicos (contratos) e dos atos jurídicos *stricto sensu* podem até dar conta das relações jurídicas “*entre iguais*” e eventualmente, por intermédio da regulação estatal, até das relações jurídicas “*entre desiguais*”, mas não parece capaz de oferecer respostas adequadas e na velocidade necessária para situações jurídicas mais complexas que envolvem o exercício da atividade econômica no âmbito desses microgovernos; que envolvem o exercício de “*poderes privados*” dentro das “*microcomunidades*”.

É preciso uma explicação teórica mais adequada para estes casos que, se a hipótese desta investigação estiver correta, o “*pluralismo institucional*” será capaz de oferecer.

Mas, note: toda essa mudança de paradigma, toda essa longa, lenta e penosa evolução, não autoriza que se proponha uma teoria pronta e acabada no lugar de velhas teorias abstratas e omnicomprensivas<sup>942</sup>.

Portanto, só é possível falar em regime de efeitos se ele for concebido como um esquema em construção (um *working progress*), produzido com peças velhas e novas, buscando através de um constante processo dialético apresentar algo que não pode ser senão um esboço de um regime de efeitos dos atos administrativos praticados por entidades privadas que exercem o “*poder privado*” no contexto da livre iniciativa econômica. Se for necessário utilizar a expressão (quase) ato administrativo para não causar maior desconforto na dogmática tradicional, não haverá prejuízo de sentido.

---

<sup>942</sup> A concepção kuhniana (Thomas Kuhn) segundo a qual há uma “*transição*” que concilia, através do reconhecimento mútuo, a velha e a nova teoria (“*incomensurabilidade*”) parece mais adequada do que a concepção popperiana (Karl Popper) que acredita no rompimento e afastamento radical entre a velha e a nova teoria (“*falseabilidade*”). Cf.: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 2ª ed.. São Paulo: Edição Loyola, 2014, p.55-63. Sobre a “*incomensuralidade*”, cf.: MONTEIRO, Flávio Melo. (Dissertação de mestrado: **A incomensurabilidade dos argumentos éticos e o conflito entre tradições de pesquisa**: uma análise em torno da obra de Alasdair MacIntyre, FADUSP, 2008).

#### 4.1.1. O “Pluralismo Institucional”: o Conceito de “Relevância Jurídica”

A tipologia do pluralismo jurídico (institucional, normativo e sociológico) já foi estudada acima (vide *supra*: 3.3.1. e 3.4.2). Ficou claro que o “*pluralismo institucional*” parece ser o mais adequado, porquanto admite uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, tanto o ordenamento jurídico estatal quanto os outros ordenamentos jurídicos não estatais (privados)<sup>943</sup>.

Ora, se no monismo estatal, fica mais fácil estabelecer as relações entre as diversas normas jurídicas através dos mecanismos da unidade, plenitude e coerência<sup>944</sup>, de maneira que tudo conduz a topo do ordenamento jurídico do sistema jurídico<sup>945</sup>, no pluralismo jurídico, por sua vez, as relações entre as normas jurídicas estatais e as normas jurídicas extraestatais se tornam um pouco mais complexas<sup>946</sup>.

Dai porque é necessário adotar para fins didáticos a distinção entre “normas jurídicas”, produzidas pelo Estado (o direito civil, inclusive) e “*normas institucionais*”, produzidas fora do Estado. Não que estas últimas também não sejam jurídicas. Tanto o são que esta é a principal marca do “*pluralismo institucional*” de Santi Romano comparado ao “*pluralismo sociológico*”<sup>947</sup>.

Mas então como compreender essas relações entre normas?

A teoria pontiana do fato jurídico, *e.g.*, com todos os seus sofisticados elementos conceituais (fato jurídico, suporte fático, relação jurídica etc.) até que conseguiu cumprir o seu papel na sociedade do século XIX e XX. Os trabalhos de Marcos Bernardes de Mello<sup>948</sup>, entre tantos outros, lograram consolidar a dogmática pontiana na doutrina civilista brasileira.

<sup>943</sup> É importante atentar para duas coisas aqui: os ordenamentos privados não são meros fatos extrajurídicos, mas sim fatos jurídicos (ordenamento jurídico concreto). E mais: não se trata daquilo que se conhece por direito civil ou regime jurídico de direito privado que, sobre ter como fonte jurídica o próprio Estado, também é um direito estatal.

<sup>944</sup> Cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização- in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>945</sup> Conquanto KELSEN não tenha se utilizado expressamente da imagem da pirâmide, ainda assim, é inevitável a comparação, tanto que ela foi utilizada por seu principal discípulo, o administrativista alemão Adolf Julius Merkel. Vide: DOMINGO, Rafael. *The New Global Law. ASIL Studies in International Legal Theory*. New York: Cambridge University Press, 2010, p.147, NR nº 88.

<sup>946</sup> A implosão da “*clássica estrutura hierárquica das fontes*” é a base da doutrina do “*emotivismo ético*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma**: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira, p.79.

<sup>947</sup> A doutrina do “*emotivismo ético*”, uma variante do “*pluralismo sociológico*”, prefere expressões como “*sensações jurídicas*”, “*experiências jurídicas*”, “*direito inoficial*” etc., no que se aproxima do conceito de “*normas institucionais*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma**: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira, p.64 e 96.

<sup>948</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

Todavia, não se pode perder de vista que a perspectiva doutrinária de Pontes de Miranda é eminentemente normativista<sup>949</sup>, diferentemente da perspectiva desta investigação, voltada para o “*pluralismo institucional*” que, sem desprezar a norma jurídica (isto é muito importante), também enxerga o direito fora dela<sup>950</sup>.

Se para o normativismo, a autonomia da vontade é uma fonte jurídica secundária (ou de competência) derivada da norma jurídica, para o “*pluralismo institucional*”, diferentemente, as “*vontades paralelas*” constituem, junto com a ideia diretriz e o procedimento, uma fonte jurídica própria e autônoma que não decorre da norma jurídica, embora esta última possa eventualmente reconhecê-la (o que é diferente do conceito hartiano de “norma de reconhecimento”).

O “*pluralismo institucional*” utiliza outro conceito: de “*relevância jurídica*”<sup>951</sup>.

Segundo Santi Romano, “*para que exista relevância jurídica, é necessário que a existência, o conteúdo ou a eficácia de um ordenamento se demonstre condicionada por um outro ordenamento*”<sup>952</sup>.

Como para o institucionalismo clássico pode existir uma variedade infinita de ordenamentos jurídicos concretos, e não apenas - exclusivamente - o ordenamento jurídico estatal, se faz necessário considerar as relações entre todos eles, ou seja, a “*relevância jurídica*” que um ordenamento jurídico atribui a si mesmo e aos outros.

Essas relações podem ser de independência (instituição originária), de dependência total (instituição derivada), de dependência parcial ou intermediária (instituição em parte originária e em parte derivada), de subordinação, de coordenação etc., todas elas sujeitas a diferentes graus<sup>953</sup>.

No que tange as entidades privadas, a partir da classificação romaniana, parece possível considerá-las como instituições de “*dependência parcial*” ou “*intermediária*”, sujeitas a diferentes graus de subordinação ao ordenamento jurídico estatal quanto à “*medida*” e aos “*efeitos*”.

---

<sup>949</sup> Para uma crítica da teoria pontiana do fato jurídico sob a perspectiva da teoria da linguagem, vide: STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. **Um direito sem faticidade:** Uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 177-202, mar. 2018.

<sup>950</sup> Mais uma vez: enquanto o normativismo é exclusivista, o institucionalismo é inclusivista.

<sup>951</sup> Observe a aproximação com os conceitos de “*dupla atribuição*” e “*mútua observação*” do constitucionalismo societal.

<sup>952</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico.** Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.167.

<sup>953</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico.** Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.163-170.

Explica Santi Romano:

Esta supremacia e a respectiva subordinação, que dela advém, não têm sempre, como de resto foi salientado, a mesma medida e não são exercitadas com os mesmos efeitos. Algumas vezes o ordenamento superior pode determinar as condições de existência e de validade daquela inferior, como faz o Estado, que domina extensamente os entes públicos e privados que dele dependem. Outras vezes a esfera de domínio pode ser restrito.<sup>954</sup>

E mais a frente o jurista italiano detalha a sua teoria, infelizmente quase esquecida pela dogmática contemporânea:

Mas, antes tudo, é sempre o Estado que determina os pontos de validade destes atos de fundação, e, além disso, depois deles terem vida, regula o poder de autonomia deles, fazendo depender da observância de tais normas a existência dos ordenamentos que dele derivam. E o mesmo pode ser afirmado acerca da autonomia dos privados, admitindo hipoteticamente que esta dê lugar à constituição de direito objetivo.

Como é possível verificar, em todos esses casos têm-se ordenamentos jurídicos que dependem inteiramente daquele do Estado, porque, substancialmente, dele fazem parte: ou [...] ou constituem ramificações, mais ou menos remotas do seu tronco, como aquelas das instituições privadas.<sup>955</sup>  
(Sem grifo no original)

E prossegue o mestre italiano desenhando como se dão as relações entre o ordenamento jurídico estatal e o ordenamento jurídico concreto:

E se trata de ordenamentos que exercem seu poder sobre as mesmas pessoas ou coisas sobre a qual é exercida a potestade maior do Estado. Isso significa que este último não somente pode retirar das instituições – tomadas na sua respectiva unidade – o poder de autonomia que atribuiu a elas; mas pode, voltando-se aos súditos delas – que são também seus súditos –, elidir e neutralizar a potestade da instituição que eventualmente fosse exercida em sentido contrário à sua. Em outras palavras, depende do Estado tanto, em geral, a existência de tal ordenamento jurídico, quanto, em particular, o exercício das manifestações individuais do mesmo.<sup>956</sup> (Sem grifo no original)

Até aqui, ressalvada a ideia de pluralidade de ordenamentos jurídicos, não causaria maior estranheza à doutrina normativista a lição de Santi Romano sobre a ideia de superioridade do Estado, já que esta primazia é inerente à sua concepção monista do direito.

<sup>954</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.168.

<sup>955</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.172.

<sup>956</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.172.

Talvez por isso seja possível concluir que Norberto Bobbio, como normativista, realmente não entendeu a teoria do seu conterrâneo ao dizer que ele era “*teoricamente pluralista*” e “*ideologicamente monista*”<sup>957</sup> (vide *supra*: 1.4.2.3.).

É que Santi Romano era realmente um pluralista na plenitude do termo, porquanto reconhecia a existência de múltiplos ordenamentos jurídicos, o que não o impedia, entretanto, de admitir a necessidade de se conferir alguma primazia ao ordenamento jurídico estatal.

A lição de Santi Romano pode causar espanto à doutrina normativista quando defende a ideia de que, apesar da superioridade do Estado, um ordenamento jurídico concreto - de uma “*microcomunidade*” – pode continuar existindo e valendo até mesmo em oposição ao ordenamento jurídico estatal enquanto encontrar “*em si mesmo energia*”, deixando, conseqüentemente, de ser subordinado a ele.

É melhor transcreve as suas palavras:

Em linha de fato, pode também acontecer que um ordenamento antes instituído como subordinado a um outro, por exemplo, ao do Estado, quando este último declare de anulá-lo, encontre em si mesmo a energia para continuar a viver ou se fazer valer em oposição à proibição que lhe foi feita; porém, necessariamente ele se transformará, assumindo o caráter de um ordenamento não só separado, mas também antiético em relação àquele que não reconhece mais como seu superior, e, portanto, cairá em uma hipótese que posteriormente examinaremos.<sup>958</sup> (Sem grifo no original)

Para a doutrina normativista a afirmação acima chega a ser chocante, quase um atentado ao Estado Democrático de Direito e aos princípios constitucionais.

Pode até ser, mas apenas numa perspectiva normativista do monismo estatal.

É fato que a doutrina civilista não desconhece *e.g.* a teoria pontiana do fato jurídico e os seus planos da existência, validade e eficácia, mas Santi Romano não parece estar se referindo à essa classificação quando utiliza a expressão “*continuar vivendo*” e “*se fazer valer*”.

Ao que parece, Santi Romano está se referindo à plenitude dos efeitos jurídicos desse ordenamento jurídico rebelde, ainda que somente diante de si mesmo, denotando com isso que ele tem existência própria (independente e originária) em relação ao ordenamento jurídico estatal. Isto não tem nada a ver com os planos existência, validade e eficácia da teoria pontiana.

<sup>957</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.130, NR nº 69bis.

<sup>958</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.172.

É aquilo que o jurista italiano denomina ordenamento jurídico “*existente por virtude própria*”<sup>959</sup>.

É importante transcrever as suas próprias palavras:

Para que a existência de um ordenamento dependa de um outro [...] é necessário que esse se encontre em um estado de subordinação. Esta subordinação deve ser afirmada por ambos os ordenamentos. Se, ao contrário, é uma simples exigência do ordenamento superior não reconhecida por aquele inferior, poderão depender do primeiro outros momentos deste último, especialmente a sua eficácia, mas não a sua existência. Como é natural, tal fenômeno não impedirá que, eventualmente exista entre eles uma luta, o resultado do qual poderá ser a cessação do menos forte. Mas, então, a existência de um dependerá do outro não em sentido jurídico, mas por circunstância de fato. [...]. Em caso diferente, o ordenamento inferior pode ser no todo ou em parte originário, e, conseqüentemente, por definição, posto, ao menos em parte, por si mesmo, não por aquele que o domina, o que significa dizer existente por virtude própria.<sup>960</sup> (sem grifo no original)

É necessário notar que Santi Romano equipara (já que o indivíduo sozinho não é instituição) a autonomia da vontade a um ordenamento jurídico concreto, dizendo que, na hipótese dela ser fonte de direito objetivo (= instituição), pode ser relevante para o seu conteúdo (do direito objetivo) o direito estatal, que então passa a constituir o seu primeiro fundamento e a condicioná-la em todos os sentidos<sup>961</sup>.

Aplicando a ideia nesta investigação, parece possível dizer que, se a entidade privada no exercício da sua liberdade econômica, estabelecer suas regras próprias e quiser por algum motivo considerar “*relevante*” o direito estatal, este passará a ser o seu primeiro fundamento e a condição necessária para a produção de todos os efeitos jurídicos.

Em outras palavras, parece possível dizer através de uma ilustração que as entidades privadas podem jogar com quem quiser conforme as suas próprias regras, mas, se quiserem jogar utilizando as garantias do Estado, devem se sujeitar a estas regras estatais.

Santi Romano utiliza o exemplo das “*obrigações naturais*” para explicar a sua teoria do “*pluralismo institucional*”.

---

<sup>959</sup> A expressão “*virtude própria*” utilizada por Santi Romano não pode ser confundida com a virtude da filosofia clássica, querendo significar apenas que algo existe por conta própria.

<sup>960</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.174-175.

<sup>961</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.181.

Segundo o jurista, as “*obrigações naturais*” são obrigações cujo título - em si e por si - permanece e é suscetível de continuar a dar vida às suas relações jurídicas, simplesmente não sendo consideradas plenamente eficazes pelo Estado <sup>962</sup>.

Isto significa que, segundo a sua teoria, a “*obrigação natural*” não é um “*fato puro*”, um dever simplesmente moral ou de consciência ao qual o Estado simplesmente atribui efeitos jurídicos, como no pensamento normativista.

É mais do que isto: é uma obrigação jurídica (e não extrajurídica) resultante do ordenamento jurídico concreto que antecede o Estado e em relação ao qual o Estado, ao lhe atribuir uma “*relevância jurídica*”, reconhece e atribui os seus efeitos por assim dizer “*civis*” <sup>963</sup> <sup>964</sup>.

A “*obrigação natural*”, portanto, existe juridicamente *per si*, independentemente do Estado.

Santi Romano reputa umas das questões mais difíceis da sua teoria a hipótese em que um ordenamento jurídico concreto é considerado “*irrelevante*” para o ordenamento jurídico estatal. Perceba que aqui a “*(ir)relevância*” é analisada sob a perspectiva do Estado e não das entidades privadas.

Duas situações são importantes destacar aqui: *a*) a situação dos ordenamentos considerados ilícitos pelo Estado (*e.g.* das organizações criminosas) e *b*) a situação dos ordenamentos considerados lícitos pelo Estado, *e.g.* dos ordenamentos jurídicos empresariais.

É o primeiro caso (*a*) que causa perplexidade: o Estado toma determinada atividade como “*irrelevante*” no sentido de não a querer se relacionar com ela, de não querê-la sequer no seu ordenamento jurídico, a ponto de querer até mesmo bani-la com o intuito de proteger os seus bens mais importantes. Então, o Estado investe contra essa instituição, reputando-a antijurídica (ilícita), surgindo assim “a antítese entre o direito do Estado e o interno de tais organizações” <sup>965</sup>.

Isto não significa que a organização, a instituição reputada ilícita pelo Estado, deixa de existir ou de valer *per si*. Ela continua existindo e valendo no seu próprio interior enquanto

---

<sup>962</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.204.

<sup>963</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.205.

<sup>964</sup> O casamento religioso com efeitos civis (CC: art.1.515) parece um bom exemplo.

<sup>965</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.207.

encontrar força vital para tanto. Mas cessará se não encontrar essa força vital, mormente diante das investidas do Estado <sup>966</sup>.

Ocorre que a falta de um elemento ético é o grande problema, o calcanhar de Aquiles, do “*pluralismo institucional*”, que pode ter contribuído para o abandono da sua teoria. Entretanto, parece possível resgatá-la e transformá-la para melhor. Tanto é possível resgatá-la que o “*pluralismo sociológico*” o fez, embora a subvertendo.

Portanto, o elemento ético parece ineludível até mesmo para o “*pluralismo institucional*”, de modo que a investigação deverá obrigatoriamente tentar resolvê-lo da melhor forma possível mais a frente.

#### 4.1.2. A Insuficiência do Contrato: a Doutrina da “Dupla Face”

Antes de tentar resolver o problema ético do “*pluralismo institucional*” é importante abordar um aspecto crucial da teoria, que de alguma maneira já foi mencionado antes quando da análise da insuficiência do contrato para explicar a complexa realidade prática.

Além da questão acima (a), num segundo caso (b), o ordenamento jurídico concreto é considerado lícito e devidamente recepcionado pelo Estado, de maneira que, se antes existia e valia *per si*, agora “*se converte em algo substancialmente diferente*” nas palavras de Santi Romano, e.g. da organização de um estabelecimento industrial, ou seja, de uma empresa.

É aqui que está o “pulo do gato”.

O jurista italiano critica a posição da doutrina civilista segundo a qual toda a organização da empresa que atribua a determinadas pessoas “*um poder de supremacia*” em relação a outras que permanecem subordinadas às primeiras se resume a “*um simples contrato entre pessoas colocadas em posição paritária*” <sup>967</sup>.

Na perspectiva dessa doutrina civilista, os direitos e deveres que se pretende “sejam tutelados ou cumpridos com o auxílio do Estado são tão-somente aqueles que advêm das leis deste

---

<sup>966</sup> Caso interessante para se analisar sob essa perspectiva é o do contrato de trabalho realizado para o desempenho de atividades ilícitas, e.g. do “jogo do bicho”, e, conseqüentemente, da resposta dada pela jurisprudência. Segundo o TST, “*É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.*” (OJ. SDI n.º 199). O NCC investiu fortemente contra o pagamento decorrente de ilícito, passando não apenas a negar o direito à restituição (como já fazia o art. 971 do CC/1916), como também, mais do que isto, a exigir a reversão do pagamento em favor de entidade beneficente (CC: art. 883, parágrafo único). A obrigação do bicheiro de pagar “algo” ao cambista continua subsistindo entre eles, tanto que, se a questão não chegar ao judiciário, a reversão em favor da entidade beneficente simplesmente não se materializará, ou seja, o direito objetivo estatal não produzirá qualquer efeito concreto sobre essa relação jurídica, apesar de realizado o “*suporte fático*” pontiano. Mas esta relação pode ser considerada jurídica? Distinguindo a genuína instituição do simulacro de instituição, vide *infra*: 4.1.3.2.

<sup>967</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.207.



último ou de negócios jurídicos que tais leis permitem”<sup>968</sup>. É a bifurcação no binômio autoridade-liberdade já mencionado.

O jurista italiano critica o fato de que o “ordenamento da fábrica” seja feito valer somente como um contrato de trabalho, de modo que “a falta do operário até a pena será apresentada como violação do contrato”, “a pena infringida será apresentada como consequência de uma cláusula penal”<sup>969</sup> e assim por diante.

Observa Santi Romano com acuidade que tudo o que ocorre no interior da empresa será considerado regulado pelo contrato.

O jurista conclui então que isto revela que “o direito civil contempla somente uma parte das relações que realmente se desenvolvem, sendo que as contempla ainda de modo inadequado e imperfeito: o que está, de resto, na consciência de todos”<sup>970</sup>.

E, utilizando o exemplo do contrato de trabalho, Santi Romano expõe a teoria da “*dupla face*” da organização da empresa.

A explicação é longa, mas não pode deixar de ser transcrita:

A disciplina do estabelecimento não entra, salvo indiretamente e por ligação manifesta, no contrato de trabalho. Certamente, sem tal contrato o trabalhador não seria a essa vinculado, mas este é somente um dos pressupostos. A disciplina nasce não do pacto contratual, mas da organização interna da empresa, em que o trabalhador entra somente após o pacto: organização que o direito estatal não leva diretamente em consideração. Isto é tanto verdade que, mesmo aqueles que adotam as perspectivas que mencionamos reconhecem que a disciplina é ‘a afirmação soberana da vontade de um só: do chefe que assume os riscos e por isso dirige e coordena os trabalhos’. Ora, a vontade de um só é evidentemente algo de diferente da vontade que se manifesta no contrato. Acrescente-se que a disciplina comporta um vínculo de coesão não só com o chefe da empresa, mas também dos operários entre eles, entre os quais, exceto em casos particulares que aqui não comporta examinar, não se pode dizer que incida algum contrato. Tudo isso confirma a nossa tese: estamos na presença de dois ordenamentos jurídicos, um próprio e interno da empresa, o outro, do Estado.<sup>971</sup> (sem grifo no original)

Eis a doutrina da “*dupla face*”. Eis a crítica mais forte de Santi Romano à utilização do viés ideológico (nas suas palavras, “*preconceito político*”) dentro do raciocínio jurídico dito moderno.

---

<sup>968</sup> *Ibidem*.

<sup>969</sup> *Ibidem*.

<sup>970</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p.207-208.

<sup>971</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.208.

Explica o jurista italiano que a doutrina moderna criou um conceito artificial de igualdade que não corresponde à realidade, o que acabou gerando efeitos contrários ao inicialmente imaginado e que, em vez de proteger o cidadão, acabou deixando-o ainda mais vulnerável do que antes<sup>972 973</sup>.

Intuitivamente ou não, o fato é que Santi Romano chegou a uma conclusão muito semelhante a que esta investigação chegou quando analisou a questão da distinção entre entidades “*poderosas*” e “*não-poderosas*” (vide *supra*: 3.7.1.1.).

Santi Romano explica a causa do equívoco desse tipo de pensamento:

*Como é notório, o direito do Estado moderno quis eliminar toda relação que implicasse na dependência de uma pessoa em relação a uma outra igualmente privada. Porém neste processo de eliminação – que foi uma reação ao ordenamento mais antigo e aos abusos que le consagrava – excedeu muito, desconhecendo que certas manifestações da vida social ainda pedem e provavelmente sempre pedirão uma desigualdade entre os indivíduos, a supremacia de uns, a subordinação dos outros.*<sup>974</sup> (Sem grifo no original)

O jurista italiano não estava defendendo uma teoria abstrata da (des)igualdade que devesse ser adotada pela dogmática jurídica em razão da “*natureza das coisas*”<sup>975 976 977</sup>.

Muito pelo contrário: estava apenas demonstrando que os “*diferenciais*” (econômicos, sociológicos etc.) existem na realidade dos fatos<sup>978 979</sup>.

<sup>972</sup> A cratologia não tem esses “preconceitos políticos”, afirmando com base na realidade que “em termos de poder, nenhuma relação é, assim, absolutamente equilibrada”, de modo que “numa relação interpessoal, o poder se origina no diferencial de capacidade, que, acionado por uma vontade, possibilita a produção de efeitos desejados pela parte dominante”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **Teoria do Poder** (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder), p.54.

<sup>973</sup> “A igualdade coloca os homens lado a lado, sem um laço comum que os preserve unidos. O despotismo erige barreiras entre eles e os separa. A primeira os predispõe a não pensar em seus semelhantes e o segundo faz com que a indiferença se torne para eles uma espécie de virtude pública”. TOCQUEVILLE, Alexis. **Da democracia na América**, p.596.

<sup>974</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.209.

<sup>975</sup> Parece um grande equívoco (talvez até má-fé) dizer que Aristóteles defendia tal abstração, pois ele era, era antes de tudo, um empirista com os olhos voltados para a realidade prática observava na polis de determinado tempo e lugar. A expressão aristotélica “natureza das coisas” parece ser mal compreendida, não significando nada mais do que “o que cada coisa é, após ter sido desenvolvida desde a sua origem” (Política, Livro I, 1252b 33-34).

<sup>976</sup> Alasdair Macintyre, defensor de uma “concepção narrativa” do homem, explica que Aristóteles não tinha a noção de história em geral tal como conhecemos hoje, de modo que ele não conseguia ver como o homem poderia progredir de um status a outro, de escravo (ou de bárbaro) até cidadão. Cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983). p.271.

<sup>977</sup> O fato é que este erro não invalida o esquema teórico aristotélico. Neste sentido, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.160. E também: SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**, p.231-255. Em sentido contrário, entendendo que o erro “*antropológico*” de Aristóteles vicia parte da sua teoria, cf.: BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**, p.14.

O que Santi Romano conseguia ver empiricamente era a realidade prática e só realmente uma teoria meramente abstrata, descolada do mundo real, pode ter a pretensão de desmenti-lo.

Acompanhe o seu raciocínio:

E a vida social, mais imperiosa e mais forte do que o direito estatal se vingou construindo, juntamente a ele e em oposição a ele, uma série de outros ordenamentos parciais, em que aquelas relações, que são necessárias, podem encontrar um mais amplo e conveniente exercício. Por certo se trata de ordenamentos que, justamente, ao não serem reconhecidos pelo Estado não estão em condições de exercer na prática uma completa eficácia, como, por outro lado, o ordenamento estatal que mostra ignorá-los e por isso desconhece a realidade, acaba em parte sendo também ele ineficaz. E o concurso de um com o outro é já, por si só, causa de muitos inconvenientes, sem que se obtenha uma verdadeira e própria complementação recíproca.<sup>980</sup>

E conclui Santi Romano dizendo que os “*preconceitos políticos*” (leia-se, ideológicos) obrigaram o direito vigente “*a reduzir a relação de igualdade a uma relação cujos termos são desiguais*”<sup>981</sup>.

A doutrina normativista não tem tanta dificuldade assim de enxergar uma situação real de hierarquia, no que se aproxima do institucionalismo clássico, não ocorrendo o mesmo, entretanto, com o “*pluralismo sociológico*”. Muito pelo contrário: a oposição entre hierarquia e heterarquia é justamente o ponto nodal que o separa do “*pluralismo institucional*”.

Enquanto o “*pluralismo sociológico*” rejeita radicalmente qualquer forma de hierarquia, o “*pluralismo institucional*” parece admitir tanto a hierarquia (autoridade) como a heterarquia (contrato), no que se mostra mais pluralista do que aquele outro. Admite a autoridade quando necessária (hierarquia) e o contrato quando suficiente (heterarquia). Note que a doutrina da “*dupla face*” de Santi Romano parece plenamente compatível este raciocínio.

<sup>978</sup> Como reconhece a cratologia. Cf.: MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **Teoria do Poder** (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder), p.56-57.

<sup>979</sup> Desigualdade esta que só o elemento ético (as virtudes humanas) é capaz de igualar: “É também, sobretudo, desse modo que até mesmo os indivíduos que não são iguais podem se tornar amigos, uma vez que o amor mútuo os iguala. A amizade consiste em igualdade e similaridade, especialmente a similaridade daqueles que se assemelham do prisma da virtude, pois, sendo constantes consigo mesmos, eles se mantêm também constantes entre si e nem solicitam nem conferem entre si préstimos que sejam degradantes” Cf.: ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*, Livro VI, 1159b2-9.

<sup>980</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.209.

<sup>981</sup> *Ibidem*.

Com efeito, nesta perspectiva, normativistas e institucionalistas clássicos se entendem um pouco mais em relação ao conceito de igualdade. Quanto aos simpatizantes do “*pluralismo sociológico*”, segue o jogo, segue o debate dialético.

Entender um pouco mais não significa, contudo, entender exatamente a mesma coisa. É que o pensamento normativista realiza uma redução da realidade ao inserir tudo dentro do contrato, até mesmo as “*relações privadas de poder*” (expressão da doutrina portuguesa) que ocorrem paralelamente ao contrato, desprezando, se não desconhecendo, a doutrina da “*dupla face*”.

Perceba a coerência lógica do pensamento institucional: até mesmo a doutrina de índole um pouco mais normativista, que defende o “*requiem pelo contrato administrativo*”<sup>982</sup>, percebeu intuitivamente a aplicabilidade da doutrina da “*dupla face*” elaborada por Santi Romano.

É importante lembrar a conclusão de Maria João Estorninho a respeito da (in)existência do contrato administrativo: “o fundamental é que se entende[a] que este poder [exorbitância] não resulta do contrato mas sim da própria posição geral da Administração, de natureza extracontratual”<sup>983</sup>.

E ainda: “o acto de modificação é um acto de poder público. A Administração não exerce uma prerrogativa contratual. Exerce um direito que lhe pertence enquanto Administração”<sup>984</sup> (vide supra: item 2.4.1.).

A jurista portuguesa, mesmo sob a ótica do pensamento normativista, consegue intuitivamente separar as coisas. Separar o ato administrativo do contrato administrativo, concluindo que este último não existe enquanto categoria jurídica, mas apenas uma categoria autônoma em relação ao contrato de direito civil, dentro da qual pode eventualmente se dar o exercício do poder público e até o ato administrativo.

Ocorre que, se a hipótese desta investigação estiver certa, será possível dar mais um salto dogmático para, agora num caminho inverso, compreender que dentro do contrato de direito privado também pode eventualmente aparecer um “*poder privado*” cujo exercício possa se guiar pelo ferramental do ato administrativo.

Isto porque o contrato de direito privado não é suficiente para explicar o exercício do “*poder privado*” na realidade prática, especialmente na complexa e veloz sociedade contemporânea.

---

<sup>982</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. 2003.

<sup>983</sup> *Ibidem*, p.145.

<sup>984</sup> *Ibidem*, p.146.

Um normativista pode ter dificuldade de enxergar essa realidade, buscando na “*hiperobjetividade*” de Leon Duguit defender a ideia segundo a qual a regra do direito, como coisa em si mesma, se torna a base de toda a existência jurídica, de maneira que as ações humanas podem gerar efeitos jurídicos somente se conformes as regras do Direito<sup>985</sup> (vide *supra*: Parte 1, item 1.1.2.3.).

Santi Romano refutou a doutrina de Leon Duguit segundo a qual os contratos coletivos seriam “*une véritable loi qui s’appliquera non seulement à ceux qui font partie de ces groupes au moment de la convention, mais encore à ceux qui en feront partie de ces plus tarde, et aussi à tiers qui ne font partie de ces groupes.*”<sup>986</sup>

O resultado é uma hiperobjetivação do direito<sup>987</sup>.

Nada de vontade, zero de elemento subjetivo.

Ocorre o contrato não explica tudo. O contrato é insuficiente para explicar todas as relações sociais, mormente na complexa sociedade contemporânea. O contratualismo levou a doutrina tradicional a um beco sem saída.

É preciso corrigir a rota.

Veja a síntese de Santi Romano sobre a sua doutrina da “*dupla face*”:

Na nossa opinião, estamos na presença de um fenômeno jurídico com dupla face, que somente pode ser explicado de modo completo admitindo que este se desenvolve, ao mesmo tempo e com abordagens diferentes – e talvez contrárias –, nas respectivas órbitas de dois diferentes ordenamentos jurídicos. Um é aquele do Estado, e por isso a figura do contrato é, ao menos em regra, a única que pode ter relevância: tudo o que não consegue se compor nela permanece não tutelado por tal ordenamento e risca também ser declarado ilegítimo. O outro é o ordenamento particular que se concretiza em uma instituição ou mais instituições constituídas por grupos de empresários e operários, e o que para o direito do Estado é um contrato, para tal ordenamento vale como um sistema em si, mais ou menos autônomo, de direito objetivo, que se faz valer através dos meios que a organização dispõe no interior desta: meios que para o Estado podem também ser extrajurídicos ou antijurídicos, mas que são legítimos para o regime especial ao qual se referem.<sup>988</sup> (Sem grifo no original)

<sup>985</sup> Vide: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.p. p.84.

<sup>986</sup> *Apud* SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.153.

<sup>987</sup> Em tradução livre: “o contrato é uma verdadeira lei que vincula não só quem fez parte dele no momento da sua celebração, mas também aqueles que vierem a fazer parte dele mais tarde e ainda terceiros que sequer fazem parte dele”.

<sup>988</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.154.

Com efeito, não é possível reduzir todo um universo jurídico dentro da figura do coitado do contrato. Tudo aquilo que extrapola a vontade das partes deve ser explicado por outro fundamento jurídico que é, segundo Santi Romano, cada ordenamento jurídico concreto particular ou, para utilizar uma linguagem mais leiga, o regulamento interno de cada empresa<sup>989</sup>.

É este ordenamento jurídico concreto (“regulamento interno”) – e não o contrato – que vincula aqueles que vierem a fazer parte dele mais tarde e ainda terceiros que sequer fazem parte dele, diferentemente do pensamento de Leon Duguit.

Em suma, o exercício da liberdade econômica não se resolve na perspectiva normativista do contrato. Nem a mera regulação estatal pode dar conta disto, conforme exposto antes.

Somente algo ou alguém que parte de dentro e que se conforma a si mesmo e ao respectivo “*poder privado*”, alguém do ponto de vista da “*primeira pessoa*”, pode alcançar uma legitimidade democrática mais substancial. Isto não significa que a conformação que vem de fora seja ilegítima (e.g. regulação estatal), posto que muitas vezes é realmente necessária.

Este algo, para além da liberdade meramente egoísta e caprichosa (“*liberdade da indiferença*”), deve buscar exercer a “*liberdade de qualidade*”, a liberdade que sabe que tem um “*poder privado*” e sabe que deve exercê-lo de acordo com o bem comum da sua “*microcomunidade*”, atendendo assim os “*ditames de justiça social*”, na expressão da Constituição Federal.

#### 4.1.3. A heterovinculação: o conceito de “*normas institucionais*”

O fato de o institucionalismo clássico admitir a existência de um direito fora do Estado e fora da norma jurídica não afasta a conclusão de que também existe um direito estatal e de que também existe a norma jurídica. Se o normativismo é exclusivista, o institucionalismo, ao contrário, é inclusivista.

Admitindo que o ordenamento jurídico concreto é o resultado de uma criação espontânea da sociedade, sendo dotado de autonomia em relação ao direito estatal, é possível admitir que suas disposições (chamadas de “*normas institucionais*”) são suficientes por si só para organizar as relações sociais. Quando se pensa, e.g., em liberdade de inovação essa construção teórica pode ter muito a oferecer.

---

<sup>989</sup> Qualquer semelhança com a figura do *compliance* não é mera coincidência.

Inobstante este fato, não se pode perder de vista que as chamadas “*normas institucionais*”, se por um lado são independentes das normas jurídicas estatais – e de fato o são -, de outro lado, estão também inseridas num contexto maior do ordenamento jurídico estatal, se interligando com este último através de relações de dependência, coordenação e subordinação, consonte exposto (vide *supra*: 1.4.2.3.).

De fato, como amplamente exposto, o “*pluralismo institucional*” de Santi Romano não ignora o ordenamento jurídico estatal, antes o toma em consideração através do conceito de “*relevância jurídica*”<sup>990</sup>.

Nesse passo, é possível dizer que, além da autovinculação levada a efeito espontaneamente através das “*normas institucionais*”, não se pode perder de vista a heterovinculação decorrente do direito estatal, denominadas de agora em diante de normas jurídicas (propriamente ditas).

Com efeito, não parece adequado esboçar um esquema de regime jurídico do ato administrativo praticado pelas entidades privadas no contexto da atividade econômica sem levar em consideração as normas jurídicas heterovinculativas.

Perceba o detalhe: não se desconhece que as normas jurídicas (estatais) podem ser classificadas em cogentes ou dispositivas.

Muito bem.

O primeiro cuidado que se deve ter é não confundir as normas jurídicas estatais dispositivas com as “*normas institucionais*” elaboradas espontaneamente pelas partes. Estas últimas (as normas institucionais) têm origem no ordenamento jurídico concreto construído fora do ordenamento jurídico estatal, criando direito novo não previsto nem mesmo em normas jurídicas dispositivas. As “*normas institucionais*” são regras de direito criadas espontaneamente pela sociedade de maneira independente e autônoma em relação às normas jurídicas estatais, sejam estas últimas cogentes ou dispositivas.

Isto pode causar estranheza para um normativista, mas o fato é que as entidades privadas podem produzir “*normas institucionais*” independentemente de qualquer norma jurídica dispositiva e, em tese, até mesmo contra uma norma jurídica cogente<sup>991</sup>.

É que nada adiantaria dizer que as “*normas institucionais*” são autônomas em relação às normas jurídicas estatais se estas últimas conseguirem impor restrições – ou mesmo

---

<sup>990</sup> Sem razão Norberto Bobbio quanto ao “*teoricamente pluralista*” e “*ideologicamente monista*”.

<sup>991</sup> A questão das normas institucionais *contra legem* é mais delicada e será analisada mais a frente.

simplesmente ignorar - à produção de parte ou da totalidade dos efeitos jurídicos desejados quando da sua criação.

O fato é que, por questões de ordem prática, se quiserem alcançar uma plenitude de efeitos dentro do ordenamento jurídico estatal, as “*normas institucionais*” devem observar as normas jurídicas estatais, especialmente as cogentes, uma vez que as dispositivas de alguma maneira já as reconhecem.

O ordenamento jurídico estatal (normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais) não pode ser simplesmente desconsiderado no momento de fundação das “*normas institucionais*” pelas entidades privadas, que devem se esforçar espontaneamente por observá-lo mesmo diante da liberdade de criar a sua própria autovinculação. Insista-se: a heterovinculação decorrente da norma jurídica não pode ser ignorada totalmente na construção da autovinculação das “*normas institucionais*”.

De qualquer forma, pode ser adequado na realidade prática que a entidade privadas busque somar às sanções<sup>992</sup> do seu ordenamento jurídico concreto às outras sanções mais eficazes oferecidas pelo Estado, de modo que, conforme ensina Santi Romano, “[...] na prática, acontece que o ordenamento interno procura se projetar no exterior e ter, mais ou menos indiretamente, um reconhecimento por parte dos poderes estatais.”<sup>993</sup>

É nesse sentido que se deve compreender a ideia romaniana de “*reconhecimento*” (≠ da norma de reconhecimento hartiana).

Portanto, a heterovinculação estatal, se não é condição necessária para o institucionalismo clássico, serve de parâmetro para as entidades privadas quando da produção das suas próprias “*normas institucionais*” para fins de autovinculação (e.g. da autorregulação).

Inobstante este parâmetro, o fato é que é exatamente neste ponto que o “*pluralismo institucional*” de Santi Romano deve ser posto à prova, uma vez que, se o conceito de “*relevância jurídica*”, por um lado, oferece uma resposta bastante lógica para a questão das relações de dependência, coordenação e subordinação (vide *supra*: 1.4.2.3.), por outro lado, não é suficiente para explicar a questão ética do direito, restando evidente que a ausência de um elemento ético compromete a teoria quase que por completo. E talvez por isso, repita-se, tenha se tornado uma teoria infelizmente quase esquecida pela dogmática contemporânea.

---

<sup>992</sup> Lembrando que sanção para SANTI ROMANO é uma “*simples garantia direta ou indireta, imediata ou mediata, preventiva ou repressiva, segura ou provável*”.

<sup>993</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.155.



É o seu calcanhar de Aquiles. E é nesta fragilidade do “*pluralismo institucional*” que a dogmática jurídica tem uma janela de oportunidade capaz de mudar o rumo da história, tanto para o bem quanto para o mal; tanto para resgatá-lo e transformá-lo para melhor, através da devida consideração do elemento ético, quanto para resgatá-lo e subvertê-lo (transformá-lo para pior), através da aniquilação do elemento ético, tal como propõe o “*pluralismo sociológico*” (vide *supra*: 3.4.2.).

#### 4.1.3.1. A questão ética: a “*prova dos nove*” do institucionalismo romaniano

O estudo da ação humana e, conseqüentemente, do direito não pode desprezar o elemento ético, razão pela qual nenhuma análise sobre a teoria institucionalista de Santi Romano pode deixar de considerá-lo.

A questão ética é ineludível.

Tanto é verdade que o institucionalismo por assim dizer neutral que desconsidera o elemento ético acaba servindo de instrumento para justificar as teorias dos mais diversos matizes, desde aquelas de índole mais sociológica<sup>994</sup>, passando por aquelas de índole mais estatista<sup>995</sup>, até aquelas doutrinas que tentam misturar teorias incompatíveis umas com as outras, tateando na busca exatamente deste elemento ético que acaba por encontrar só na doutrina de valores<sup>996</sup>.

Aliás, recapitulando, sem a consideração do elemento ético, o institucionalismo clássico de Santi Romano serve até mesmo para as instituições ilícitas (e.g. das organizações criminosas) contrárias não apenas ao Estado Democrático de Direito, mas a toda e qualquer forma de direito.

É importante observar que a questão ética, se (em tese) não levanta ou levanta poucos problemas nas decisões tomadas pela Administração Pública<sup>997</sup>, se torna dramática nas decisões tomadas pelas entidades privadas quando do exercício do governo privado (microgoverno) de que trata o “*pluralismo institucional*”.

---

<sup>994</sup> Vide e.g.: TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização:** coordenação Marcelo Neves *et al.* - São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>995</sup> Vide e.g.: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013. Saraiva, 2013.

<sup>996</sup> Vide e.g.: ROCHA, Eduardo Morais da. **Teoria institucional da praticabilidade tributária.** Editora Noeses, 2016.

<sup>997</sup> Diz-se aparentemente por que o Estado (os três poderes) é visto como o “*ente ético por excelência*”, do que resulta o não questionamento das suas decisões sob o ponto de vista ético. Mas não é bem assim.

É que o “*poder privado*” exercido pelas entidades privadas através das “*normas institucionais*” não pode simplesmente ignorar as normas jurídicas estatais, considerando-as “*irrelevantes*” para o seu ordenamento jurídico concreto.

Se o Estado, em tese, pode considerar “*irrelevante*” um determinado ordenamento jurídico concreto criado por uma dada entidade privada, esta, diferentemente, não pode fazer o mesmo em relação ao ordenamento jurídico estatal.

Note o detalhe: na teoria de Santi Romano, as entidades privadas podem ( $\neq$  devem) observar o ordenamento jurídico estatal apenas se lhe for conveniente, ou seja, apenas por uma questão de ordem prática como, *e.g.*, buscar as sanções mais eficazes oferecidas pelo Estado visando fortalecer o seu próprio ordenamento jurídico concreto.

Para Santi Romano, é importante repetir, “[...] na prática, acontece que o ordenamento interno procura se projetar no exterior e ter, mais ou menos indiretamente, um reconhecimento por parte dos poderes estatais”<sup>998</sup>.

Em outras palavras, só para “*ter um reconhecimento*” dos outros, só por uma questão de conveniência, é que as entidades privadas devem (têm a faculdade de) observar o ordenamento jurídico estatal.

Fica evidente que o positivismo jurídico de Santi Romano não é tão neutro assim ou completamente indiferente à ética, tendo, em verdade, se rendido ao elemento ético. Mas à qual tipo de ética?

Resposta: à ética utilitarista de um “*bom estado de coisas*” através da qual o sujeito “*calculador de interesses*”<sup>999</sup> busca apenas os “*bens de eficiência*”, esquecendo-se quase que completamente dos “*bens de excelência*”<sup>1000</sup>.

Ocorre, entretanto, em Santi Romano (que faz questão de se afirmar positivista) esta questão simplesmente não aparece. Segundo o jurista italiano, uma organização criminosa continua sendo uma instituição tal como qualquer outra instituição, independentemente da “*relevância jurídica*” que o ordenamento jurídico estatal lhe atribua.

O que parece ser um paradoxo do “*pluralismo institucional*” de Santi Romano é, em verdade, apenas uma inadequação teórica que não passa pela “*prova dos nove*”.

<sup>998</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.155.

<sup>999</sup> ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011, p.288-289.

<sup>1000</sup> Sobre o conceito de “*bens de excelência*”, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 43-57. Vide também *supra*: 2.3.3.4.

É que a teoria romaniana, apesar de se recusar a admitir, também considera o elemento ético do direito. Pode não ser ainda melhor ética, mas é uma ética: a ética utilitária de um “*bom estado de coisas*” do sujeito “*calculador de interesses*” mencionado.

É exatamente por isto que a teoria romaniana, que é muito importante para superar o monismo estatal no contexto de uma sociedade complexa, globalizada e tecnológica, precisa ser resgatada e transformada para melhor; transformada para a melhor ética possível, para uma ética que busque acima de tudo os “*bens de excelência*” e não somente os “*bens de eficiência*” da ética utilitarista.

Conforme se pode perceber pela “*prova dos nove*”, a ética é ineludível até mesmo para o institucionalismo romaniano. Aliás, esta é mais uma razão para a dogmática contemporânea não cair no mesmo erro nem do desconstrutivismo ético do “*pluralismo sociológico*” e nem da aparente neutralidade ética do “*pluralismo normativo*” da doutrina estatista.

#### 4.1.3.2. A genuína instituição: fonte jurídica das normas institucionais

Mas então como resgatar e transformar para melhor o institucionalismo de Santi Romano, apesar do seu calcanhar de Aquiles?

Como equacionar a teoria que diz que “todo ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda instituição é um ordenamento jurídico”<sup>1001</sup> e, ao mesmo tempo, que uma instituição ilícita (e.g. de uma organização criminosa) também é uma instituição?

Como vencer a perplexidade provocada por uma teoria segundo a qual uma instituição ilícita é, “*uma equação necessária e absoluta*”<sup>1002</sup>, ao mesmo tempo, um ordenamento jurídico concreto e vice-versa?

A resposta é simples: em termos lógicos esta aporia não pode ser vencida, porquanto, segundo o princípio da não contradição, uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo.

Entretanto, se a hipótese desta investigação estiver correta, será possível aproveitar a teoria institucional romaniana desde que se consiga afastar esta contradição lógica através de outra explicação racional.

---

<sup>1001</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.78.

<sup>1002</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.78.

A questão não pode ser resolvida senão recorrendo à filosofia política. Não há outra saída.

Segundo a filosofia política, não é possível desligar o direito da racionalidade humana, de modo que a equação “*todo ordenamento jurídico é uma instituição e vice-versa*” só será verdadeira se tiver a marca indelével da racionalidade prática. Em outras palavras, a instituição só será um ordenamento jurídico (= direito) se estiver fundada numa racionalidade prática<sup>1003</sup>.

Ora, não teria sentido nenhum dizer que toda instituição é direito (ordenamento jurídico) e, ao mesmo tempo, que uma organização criminosa, sobre ser uma instituição como qualquer outra, também é direito (ordenamento jurídico).

Uma afirmação como esta não consegue parar em pé<sup>1004</sup>.

Uma organização que não organiza, mas destrói; cujo *telos* não é o melhor, mas o pior; que não busca a alteridade, mas apenas a reciprocidade de alguns; que não exerce a “*liberdade de qualidade*”, mas só a “*liberdade da indiferença*”, não pode ser considerada uma genuína instituição, mas apenas um simulacro de instituição<sup>1005 1006 1007</sup>.

<sup>1003</sup> Nesse sentido, dizendo que ninguém pode ser justo sem ser racional e, vice-versa, “*ninguém pode ser racional de modo prático sem ser justo*”. Cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 117.

<sup>1004</sup> A filosofia política já percebeu isso: “De qualquer forma, não conheço nenhum corpo político que tenha sido fundado na igualdade diante da morte e em sua realização por meio da violência; os esquadrões suicidas da história, que eram de fato organizados sob esse princípio e, portanto, chamavam-se a si mesmos de ‘irmãdadas’, dificilmente podem ser contados entre organizações políticas”. ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**, p.88.

<sup>1005</sup> É interessante notar como até mesmo as lições mais abstratas da filosofia do direito se tornam mais concretas aqui quando revelam que o direito “não é produto da lógica sem sentido próprio”, mas sim um “produto da razão prática”. É essencialmente uma ordem que deve ser “uma regra que ordene e que seja racional”, de modo que uma “regra que desordene a vida social, por ser injusta, imoral ou inadequada à realidade, não é [direito]”, mas apenas uma “aparência” de direito, um “produto de uma vontade arbitrária”. E “o sistema jurídico é o sistema racional – fundamentado na liberdade – das relações humanas, por isso um fator irracional não pode gerar dever jurídico. Sem racionalidade, não há norma”. HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**, p.249-252.

<sup>1006</sup> A distinção entre “genuíno” e “simulacro” é emprestada da filosofia clássica, como no exemplo a seguir: “Existe uma faculdade que denominamos engenhosidade (“*deinóteta*”) que é a capacidade de execução das coisas conduzindo-as à meta que estabelecemos, e atingindo-a. Se a meta for nobre, a engenhosidade revelar-se-á uma faculdade louvável; se for vil, revelar-se-á mera astúcia, razão pela qual classificamos pessoas prudentes e biltres igualmente como engenhosos [leia-se: engenhosidade = instituição]. [...] com efeito, os silogismos sobre ações realizáveis sempre apresentam um princípio sob a forma visto que o fim, ou o mais excelente é este ou aquele; contudo, esse bem somente se revela como tal para o indivíduo bom; com efeito, o vício nos perverte e nos faz falsear acerca dos princípios da ação. A evidente conclusão disso é não ser possível sermos prudentes sem sermos bons”. Cf.: ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**, Livro VI, 1144a25-38. Sobre a diferença entre a “genuína” amizade (entre pessoas boas) e o “simulacro” de amizade (entre pessoas más), cf.: *Ética à Nicômaco*, Livro VI, 1157b1-7.

<sup>1007</sup> O sentido de simulacro adotado aqui (o que imita o justo, nobre e bom), portanto, não pode ser confundido com o simulacro baudrillardiano (o que substitui o real) utilizado para explicar a “*virtualidade*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.47.

Com efeito, nem toda instituição é um ordenamento jurídico concreto, porquanto uma instituição injusta, antiética e irracional não pode ser considerada na essência uma regra jurídica, uma genuína “*norma institucional*”.

Na verdade, uma instituição injusta, antiética e irracional (*e.g.* de uma organização criminosa) sequer é uma instituição, mas apenas um simulacro de instituição, insuficiente para fundar um genuíno ordenamento jurídico concreto e insuficiente para criar genuínas “*normas institucionais*”<sup>1008</sup>.

É por isso que o esquema de Santi Romano deve ser retificado nesses termos: “todo [genuíno] ordenamento jurídico é uma instituição e, vice-versa, toda [genuína] instituição é um ordenamento jurídico”.

A teoria romaniana só pode ser considerada adequada e apta para explicar a sociedade contemporânea se o predicado (genuíno) for inseparável do substantivo (instituição). É exatamente este elemento ético que faltava ao “*pluralismo institucional*” de Santi Romano.

Perceba um detalhe importante: o “*pluralismo institucional*” de Santi Romano, em vez de combater o autoritarismo de matriz weberiana do institucionalismo de Maurice Hauriou, acabou mantendo-o e, ao mantê-lo, ainda criou uma ética utilitarista para múltiplos agrupamentos humanos preocupados apenas em manter as suas reciprocidades em detrimento da sociedade como um todo<sup>1009</sup>.

Trata-se de uma ética que tem a pretensão de se apropriar do conceito de instituição (e do seu caráter jurídico) em benefício de grupos preocupados mais com as suas ideias diretrizes monológicas do que com o debate dialógico em busca do bem comum, criando assim um simulacro de instituição.

Por isso, é preciso resgatar o elemento ético que represente uma alternativa à ética da “*autoridade burocrática*” de Maurice Hauriou, bem como à ética utilitarista do Santi Romano, não sendo adequado deixar vazio de conteúdo ético a teoria institucionalista do direito, imprescindível para compreender a sociedade contemporânea.

<sup>1008</sup> Um exemplo muito concreto de que o *telos* faz toda a diferença pode ser encontrado na distinção feita pela doutrina entre “*coordenações não estruturais*” (lícitas) e carteis (ilícitos). Vide novamente: FRAZÃO, Ana. **Coordenações entre agentes econômicos em época de Covid-19: Repercussões concorrenciais de coordenações no plano das condutas e das estruturas à luz da recente Lei 14.010/2020.**

<sup>1009</sup> Parece possível relacionar esta visão às teorias de índole liberal-atomista-procedimental, criticadas pelas teorias comunitaristas: “A ação é coletiva, mas sua meta permanece individual. O bem comum é constituído a partir de bens individuais, sem deixar restos. Esse modo de ver a sociedade incorpora o componente atomista do bem-estarismo de [Amartya] Sen”. TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos.** Trad. Adail Ubirajara Sobral. 2ª ed.. São Paulo: Edição Loyola, 2014, p.204-205.

E a ética do sujeito agente e compositor da “*primeira pessoa*” continua sendo a mais adequada para o “*pluralismo institucional*”, porquanto consegue exercer uma racionalidade na realidade prática da “*microcomunidade*”, corrigindo e calibrando as relações entre as “*normas institucionais*” e as normas jurídicas estatais, sempre na busca dialógica do bem comum.

Esta mudança de perspectiva é muito importante<sup>1010 1011</sup>. Tanto que o “*pluralismo institucional*” de Santi Romano, desprezando o elemento ético, acabou perdendo espaço também para a doutrina dos valores que, a despeito do voluntarismo do sujeito da “*terceira pessoa*”, ao menos reconhece a sua importância para o direito.

Portanto, é necessário dar um passo atrás em direção ao “*pluralismo institucional*” de Santi Romano para, a partir da ética, construir dialogicamente genuínas instituições que sejam capazes de gerar genuínos ordenamentos jurídicos concretos. Só assim uma entidade privada pode fundar “*normas institucionais*” dotadas de valor jurídico e, conseqüentemente, praticar atos administrativos no exercício do seu “*poder privado*”.

#### 4.1.3.3. As normas jurídicas constitucionais: a “*justiça social*”

No momento da fundação da genuína instituição, das suas “*normas institucionais*” e da prática do ato administrativo, as entidades privadas não podem deixar de respeitar as normas jurídicas constitucionais. Nem olhá-las com a indiferença da ética utilitária da mera conveniência, como em Santi Romano, ao dizer que “[...] na prática, acontece que o ordenamento interno procura se projetar no exterior e ter, mais ou menos indiretamente, um reconhecimento por parte dos poderes estatais”<sup>1012</sup>. E nem defender que o direito administrativo, embora possa servir à “*justiça social*”, também não as pressuponha, como defendeu Carlos Ari Sunfeld<sup>1013</sup>.

<sup>1010</sup> Este é o divisor de águas entre esta investigação e a doutrina do “*emotivismo ético*”, que parece adotar a ética humaniana do “*senso moral*”, mera “*paixão particular*” desprovida de “*razão para agir*”. Cf.: ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011, p.294-295.

<sup>1011</sup> O que a doutrina do “*emotivismo ético*” talvez não tenha percebido é que o “*senso moral*” humaniano (o “*moralismo estético*”), foi um dos principais alvos da crítica nietzschiana que procurou demolir toda e qualquer ética. Em outras palavras, Nietzsche não combina com Hume, do que se pode concluir que o “*emotivismo ético*” não valoriza a ética, mas a ausência total dela. E é por isso que esta doutrina não pode adotar em seu favor o exemplo da “*experiência jurídica*” indígena brasileira, cujo *ethos* (objetivo) é um contraexemplo tanto de Nietzsche como de Hume. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.96-107.

<sup>1012</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.155.

<sup>1013</sup> “Apesar dos pesares, sou obrigado a reconhecer que, se o direito administrativo pode servir à justiça social, não a pressupõe – donde a conclusão, que sustento no texto, no sentido da sobrevivência do direito administrativo na era do direito global.” SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. p.291, NR nº 13.

As genuínas “*normas institucionais*”, o genuíno ato administrativo praticado por entidades privadas pressupõe as normas jurídicas constitucionais, bem como a “*justiça social*”.

A ordem econômica constitucional sempre foi objeto de profundo estudo doutrinário no Brasil, não sendo o propósito aqui realizar uma revisão doutrinária ou jurisprudencial sobre o tema.

Entretanto, todo cuidado é pouco quando se fala em normas constitucionais, exatamente como alertou José Joaquim Gomes Canotilho quanto à tentativa de parcela da doutrina de fazer delas uma “*récita omnicompreensiva*”<sup>1014</sup>.

*Neste sentido, é importante resgatar a concepção romaniana de Constituição: “é a complexa e real organização na qual o Estado efetivamente se concretiza”*<sup>1015</sup>.

Diferentemente do pensamento kelseniano, o jurista italiano defende que uma Constituição não se faz valer “*por um poder supraordenado*” (a norma hipotética fundamental), mas sim pelos seus próprios elementos e instituições.

Veja as palavras de Santi Romano:

Se a constituição é a ordenação suprema do Estado não pode haver uma norma superior que a proteja; logo, ela deve encontrar nos seus próprios elementos e instituições a sua garantia: os freios dos poderes mais altos não podem ser imanentes e semelhantes a eles, e devem atuar indiretamente através de coerções morais e muitas vezes preventivas.<sup>1016</sup> (Sem grifo no original)

O princípio da força normativa da Constituição, só por isso, já mereceria ser objeto de reflexão a partir desta concepção romaniana.

Entretanto, o que importa considerar nesse momento é que, para a construção de genuínas “*normas institucionais*”, as entidades privadas não podem ignorar as normas jurídicas constitucionais (inclusive a “*justiça social*”) por três motivos: *a*) porque as suas disposições impõe uma heterovinculação (motivo normativo puro), *b*) porque o reconhecimento pelo Estado é importante (motivo utilitarista) e *c*) porque a sua observância é uma exigência de justiça e racionalidade (motivo ético).

Note o detalhe: em geral, a dogmática jurídica só consegue enxergar o motivo normativo puro (uma espécie de “*moral da lei*”) ou, quando muito, o motivo utilitarista (do

<sup>1014</sup> J.J. Gomes Canotilho. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In: “**Brancosos**” e **interconstitucionalidade**. Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional, p. 154-156.

<sup>1015</sup> **Princípios de direito constitucional** geral, p.74.

<sup>1016</sup> **Princípios de direito constitucional** geral, p.75.

“*bom estado de coisas*”). Isto também parece ser o resultado da bifurcação artificial da realidade em duas esferas: uma pública e outra privada, uma da autoridade e outra da liberdade, uma onde predomina o “*espírito absoluto*” do Estado e outra onde prevalece a vontade radical do sujeito “*calculador de interesses*”<sup>1017</sup>.

Muito raramente a dogmática consegue enxergar o motivo ético. Muito raramente se consegue enxergar as duas esferas, a do público e a do privado, como uma única esfera em que se combinam autoridade e liberdade em prol do bem comum. É neste sentido que se deve realmente levantar a questão da fluidez da dicotomia público-privada.

E este elemento ético é exatamente o fio condutor capaz de legitimar substancialmente o exercício do “*poder privado*” pelas entidades privadas no contexto da atividade econômica, mormente em casos de microgoverno.

Nesse passo, quando as entidades privadas exercem o “*poder privado*”, não devem fazê-lo com base na “*liberdade da indiferença*” ou por mera conveniência para alcançar a plenitude dos efeitos das suas “*normas institucionais*” perante a Constituição.

Mais do que isto, as entidades privadas devem exercer o seu microgoverno com base principalmente na “*liberdade de qualidade*”, ou seja, pelo motivo ético.

Perceba a diferença de perspectiva.

As entidades privadas devem exercer a sua liberdade econômica buscando exercer do melhor modo possível o seu microgoverno, inclusive “*conforme os ditames da justiça social*”<sup>1018</sup>, preceito constitucional este, observe, que se dirige não apenas ao Estado, mas também à própria iniciativa privada, na exata parcela da sua responsabilidade social (e não como substituta do Estado).

A liberdade econômica se realiza por completo na Constituição Federal quando é exercida pelo motivo ético da “*liberdade de qualidade*” e não pelo motivo normativo da moral da lei, nem pelo motivo utilitarista da “*liberdade da indiferença*”.

Por isso, o direito de liberdade previsto na Constituição Federal<sup>1019</sup> deve ser lido com muito cuidado, especialmente quando se está diante de uma liberdade econômica, ou melhor, de um “*poder privado*”, que repercute na esfera jurídica de terceiros, não sendo suficiente para explicá-lo o brocardo segundo o qual “*é permitido o que não é proibido*”.

---

<sup>1017</sup> Novamente, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983). p.69-70. Ainda, vide *supra*: 3.4.

<sup>1018</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

<sup>1019</sup> Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;



Não é bem assim.

Este brocardo é muito pertinente quando se está diante de uma intervenção estatal sobre a liberdade econômica exercida pela iniciativa privada. Ele faz todo o sentido quando compreendido mais como uma garantia da sociedade em face do Estado.

Mas nem tanto quando se está diante de “*relações privadas de poder*” (relações privadas entre desiguais) e nem tanto quando se está diante do exercício de um micro e verdadeiro “*governo privado*”.

Neste caso, não é adequado dizer que “*é permitido o que não é proibido*”, ou seja, que as entidades privadas podem fazer o que bem entender, desde que não cometa abuso de direito<sup>1020</sup>. E também não se pode defender que a liberdade econômica pode ser exercida livremente, desde que respeite o “*piso social*” e o “*teto econômico*” dos marcos regulatórios<sup>1021</sup>. Num e noutro caso haveria mera “*liberdade da indiferença*”.

Ocorre que não é isto o que diz a norma constitucional. Exercer a liberdade econômica “*conforme os ditames da justiça social*” significa muito mais do que isso, muito mais do que a “*liberdade da indiferença*”<sup>1022</sup>.

Mais do que isto, exercer a liberdade econômica “*conforme os ditames da justiça social*” significa que a liberdade econômica deve ser exercida da melhor forma possível através da “*liberdade de qualidade*”.

É óbvio que o lucro é o objetivo primordial das entidades privadas que exercem atividade econômica. E isto é muito bom e justo para uma economia de mercado, mesmo porque o capitalismo é o modelo econômico adotado pela Constituição Federal brasileira<sup>1023</sup>.

Se a hipótese desta investigação estiver correta, é possível dizer que a Constituição Federal brasileira clama por um capitalismo “*de qualidade*” e não por um capitalismo “*da indiferença*”. Um capitalismo em que importe não só os “*bens de eficiência*”, mas principalmente os “*bens de excelência*”.

As entidades privadas que exercerem uma “*liberdade de qualidade*”, “*conforme os ditames da justiça social*”, poderão se considerar habilitadas a criar genuínas “*normas*

<sup>1020</sup> CC: art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>1021</sup> Como defende a doutrina de índole mais sociológica. Vide: FÁRIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**, p.138.

<sup>1022</sup> Por isso parece inadequada a posição “intermediária” (ambivalente) que defende “*prohibiciones generales*” (a priori) para “*sectores particularmente relevantes por la connotación ‘social’*”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.35-36 e 58-60.

<sup>1023</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p.312.

*institucionais*”, bem como a exercer os seus “*poderes privados*” (microgoverno) de modo substancialmente legítimo, não mais com fundamento no mero contrato, mas principalmente com base no seu ordenamento jurídico concreto (doutrina da “*dupla face*”).

Portanto, um regime jurídico criado pelas entidades privadas que exercem o microgoverno no contexto da atividade econômica deve procurar observar a Constituição principalmente em razão do motivo ético, buscando realizar os “*ditames da justiça social*” no exercício do seu “*poder privado*”<sup>1024</sup>.

Só assim as entidades privadas produzirão genuínas “*normas institucionais*” e só assim praticarão genuínos atos administrativos em favor dos seus microgovernados.

#### 4.1.3.4. As normas jurídicas infraconstitucionais: o “*conflito de direitos*”

Além da heterovinculação advinda das normas jurídicas constitucionais, parece possível identificar uma heterovinculação advinda das normas jurídicas infraconstitucionais que, da mesma forma, também servem de parâmetro para a conformação do regime jurídico dos atos administrativos praticados pelas entidades privadas no contexto da livre iniciativa.

Conquanto autônomas em relação às normas jurídicas infraconstitucionais, as normas institucionais construídas pelas entidades privadas devem procurar observá-las não apenas para tentar obter a plenitude de seus efeitos através do seu reconhecimento pelo Estado (motivo utilitário), mas principalmente por razões de justiça e racionalidade (motivo ético), porquanto não podem perder de vista a alteridade e o bem comum, mesmo parcial, da vida em sociedade.

Antes de tudo, as normas jurídicas devem ser obedecidas porque são fruto da capacidade humana de estabelecer relações em sociedade com vistas ao bem comum. As leis são o resultado e a comprovação da sociabilidade humana. E é por isto que devem ser obedecidas por todo homem racional.

Ocorre que não bem assim que funciona o “*pluralismo institucional*” romanião, segundo o qual as normas jurídicas devem ser observadas apenas na medida em que for útil às “*normas institucionais*” alcançar a plenitude de efeitos jurídicos através do reconhecimento pelo Estado.

---

<sup>1024</sup> Esta sim, ao menos segundo a Constituição brasileira, parece ser a posição “intermediária” mais adequada entre o estatismo hobbesiano da Declaração Francesa de 1789 e o liberalismo radical lockeano da Declaração Americana de 1776. Neste sentido, defendendo que o “*estatuto do poder individual precede, axiologicamente, o poder estatal*”, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **Teoria do Poder** (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder), p.21.

Nessa esteira, havendo um choque entre as “*normas institucionais*” e as normas jurídicas infraconstitucionais, o conflito não necessariamente se resolve em favor destas últimas, já que, para Santi Romano, as primeiras valem *per si*, ou seja, por “*virtude própria*”.

Como lidar então com o que se pode chamar de “conflito de direitos”<sup>1025</sup>? Ou, utilizando a terminologia própria, como lidar com a colisão entre a norma jurídica e a “*norma institucional*”?

Na perspectiva do normativismo a solução é conhecida: aplicam-se os mecanismos da unidade, plenitude e coerência conduzentes ao topo do ordenamento jurídico, a Constituição Federal.

Mas e na perspectiva do “*pluralismo institucional*” romaniano?

Neste caso, a resposta parece ser diferente<sup>1026</sup>.

Santi Romano alude a dois princípios que deve nortear o direito: o princípio da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e o princípio da sua possível não exclusividade.

O primeiro já foi revelado antes.

Já o segundo princípio, para Santi Romano merece uma explicação:

[...] o princípio da exclusividade, deve ser entendido no sentido de que a ordenação pode e não deve negar o caráter jurídico de outra. Tal necessidade seria incompatível com o próprio caráter das ordenações que sendo soberanas não encontrem senão limitações que são impostas ou admitidas por elas mesmas.<sup>1027</sup>

E concluiu Santi Romano:

Tendo por base os dois princípios, o da pluralidade das ordenações jurídicas e o da sua possível não exclusividade, o Estado deve ser considerado não como a única ordenação jurídica existente, mas como um das ordenações que constituem o mundo jurídico e que entre si vivem ora em relação de coexistência social, ora em luta, ora ignorando-se uma às outras.<sup>1028</sup>

Isso significa que o ordenamento jurídico infraconstitucional, não sendo necessariamente exclusivo, não pode simplesmente negar o caráter jurídico dos ordenamentos jurídicos das entidades privadas. Os ordenamentos jurídicos devem coexistir, lutar ou ignorar um ao outro, já que se relacionam na perspectiva do conceito de “*relevância jurídica*”.

<sup>1025</sup> O pluralismo sociológico utiliza a expressão “*direito de colisão*”.

<sup>1026</sup> A doutrina do “*emotivismo ético*”, uma variante do “*pluralismo sociológico*”, faz questão de distinguir o sistema romaniano do sistema kelseniano. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma**: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira, p.58, nr. nº 40 e p.74.

<sup>1027</sup> **Princípios de direito constitucional** geral, p.77.

<sup>1028</sup> **Princípios de direito constitucional** geral, p.77.

Se a solução pode parecer estranha para a doutrina normativista, não o é para a doutrina do “*pluralismo sociológico*” que compreende muito bem a ideia, conquanto sob outra ótica e outra terminologia (“*dupla atribuição*”, “*mútua observação*” etc.)<sup>1029</sup>.

Como se percebe, a possibilidade de “conflito de direitos” é muito real, por mais que a doutrina normativista se recuse a reconhecer.

Ocorre que, se o normativismo da “moral da lei” não é suficiente para resolver esses conflitos<sup>1030</sup>, a proposta do “*pluralismo institucional*” também se mostra problemática, uma vez que se apoia quase que exclusivamente na ética utilitarista do sujeito “*calculador de interesses*” que não oferece um critério substancial capaz de solucionar adequada e racionalmente estes conflitos.

E mais uma vez se abre uma janela de oportunidade para o “*pluralismo institucional*”, que se vê diante de dois caminhos: *a*) buscar a solução no caos do “*pluralismo sociológico*”, segundo o qual é o determinismo que resolve o conflito através de uma luta entre energias, uma espécie de não-direito, representadas por “*meios de comunicação*” que desembocam em novos conceitos jurídicos como “*heterarquia, códigos e sistemas*”<sup>1031</sup>; ou então *b*) buscar a solução na racionalidade que só o homem sociável é capaz de exercer através da sua “*liberdade de qualidade*”.

O primeiro caminho (*a*), conforme já apurado nesta investigação (vide *supra*: 3.4.2.), conduz à subversão do “*pluralismo institucional*”, levando as vontades radicais dos sujeitos utilitários às últimas consequências<sup>1032</sup>, de modo que o segundo caminho (*b*) acaba se tornando o único possível ou ao menos o mais adequado para lidar da melhor forma possível com os grandes desafios da sociedade contemporânea.

É preciso, com efeito, tentar resolver os conflitos de direitos de maneira racional, como não poderia ser diferente quando o assunto é o direito (não o caos ou o não-direito), o que não significa que se deva retornar ao normativismo da “moral da lei”.

<sup>1029</sup> A doutrina do “*emotivismo ético*” também compreende essa ideia, no que coincide em grande parte com a presente investigação. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.134-137.

<sup>1030</sup> Sobre a insuficiência da unidade, plenitude e coerência do ordenamento jurídico, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização-** in *memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>1031</sup> NEVES, Marcelo *et alli*. Introdução. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, p.19.

<sup>1032</sup> Como no exemplo dos “*experimentos*” humanos nazistas, supostamente mero resultado da “*tendência expansionista*” da medicina. Cf.: TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, p.254. E também como exemplo da “*analética da libertação*” do “*emotivismo ético*” que sugere pensar a pessoa humana através da “*alienação - reflexão pela negação do outro humano, do não ético*” ou ainda através da “*vazão aos instintos*” da ética freudiana “*para além do simples livre arbítrio racional*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.121.

E é nesse caminho da racionalidade e da “*liberdade de qualidade*” que a dogmática deve seguir, procurando transformar o “*pluralismo institucional*” para melhor e não para pior.

O que significa que a norma jurídica estatal, conforme analisado antes (vide *supra*: 2.3.3.), deve buscar alcançar uma legitimidade substancial perante a sociedade que seja capaz de fazer valer a sua primazia perante a “*norma institucional*”, inclusive fazer valer a sua duração no tempo para continuar irradiando os seus efeitos jurídicos.

E a “*norma institucional*” precisa buscar uma legitimidade substancial tanto quanto a norma jurídica estatal, conquanto esta última até possa ter uma primazia sobre a primeira, porquanto ambas estão inseridas na mesma realidade prática; ambas estão inseridas dentro de uma única e insidível esfera do mundo fenomênico e não em esferas artificialmente bifurcadas de um mundo abstrato.

O fato é que as normas jurídicas infraconstitucionais, sobre terem primazia, servem de parâmetro para a construção das “*normas institucionais*” e, conseqüentemente, para o regime jurídico dos atos administrativos praticados pelas entidades privadas no contexto da atividade econômica.

As “*normas institucionais*” devem ser construídas em obediência às normas jurídicas estatais não porque são leis (“moral da lei” normativista), mas principalmente porque, conforme dito acima, são fruto da capacidade humana de estabelecer relações em sociedade com vistas ao bem comum.

Por isso as entidades privadas devem criar “*normas institucionais*” de modo complementar ou suplementar às normas jurídicas estatais e apenas quanto ao que for específico de dada “*microcomunidade*”, buscando exercer o seu “*poder privado*” da melhor forma possível através de um papel integrador e não divisivo do conflito.

Entretanto, na medida em que as normas jurídicas estatais se tornam injustas, antiéticas e irracionais, a responsabilidade ética das entidades privadas aumenta exponencialmente, tornando mais complexa a composição das suas “*normas institucionais*”, bem como a prática dos seus atos administrativos.

Se o normativismo tem como saída o voluntarismo da sociedade civil no exercício do direito de resistência; se o “*pluralismo sociológico*” se aguarra à heterarquia das vontades radicais; o “*pluralismo institucional*”, diferentemente, deve exercer uma grande e complexa operação em termos de racionalidade prática que não cabe em nenhuma teoria jurídica pronta

e acabada <sup>1033</sup>. Uma saída que considere verdadeiramente o elemento ético pode ser o questionamento judicial, pode ser a mobilização social, pode ser a resistência civil e pode ser, em casos extremamente dramáticos, a mera perseverança <sup>1034</sup>.

Portanto, se a hipótese desta investigação estiver correta, é nesses termos que deve ser enxergada a heterovinculação das normas jurídicas infraconstitucionais em relação à conformação do regime jurídico dos atos administrativos praticados pelas entidades privadas no contexto da atividade econômica.

#### 4.2. OS ATRIBUTOS DO PODER PRIVADO: A MESMA LÓGICA DO ATO ADMINISTRATIVO?

Na Parte I do trabalho foi abordada a questão dos atributos do ato administrativo (vide *supra*: 2.5.).

Naquela oportunidade, se concluiu que os atributos dos atos administrativos não poderiam ser abandonados ou desprezados pela doutrina, mas considerados sempre no caso concreto como poderes legítimos “em potência” (não mera prerrogativas) e mesmo assim não propriamente do sujeito que os pratica (também dele), mas especialmente em razão da função (finalidade) que eles devem desempenhar.

Como dito antes, os atributos existem potencialmente, mas se realizam apenas no caso concreto, conforme a qualidade do processo decisório (no sentido amplíssimo). Quanto melhor a qualidade do processo decisório, maiores e mais densos os atributos do ato administrativo e vice-versa.

Ficou destacada a ideia segundo a qual “autoridade supõe uma renúncia ao poder” <sup>1035</sup>, já que “o reconhecimento social é condição de legitimidade do seu exercício devendo se perpetuar durante todo o exercício do poder” <sup>1036</sup>, razão pela qual a Administração Pública, embora possa fazer uso dos atributos dos atos administrativos, deve sempre que possível renunciá-los, até mesmo para legitimar a sua autoridade, não mais apenas formal, mas também substancial.

---

<sup>1033</sup> E por isso que se deve tomar muito cuidado com as avaliações feitas de fora, a partir do ponto de vista da “terceira pessoa”.

<sup>1034</sup> O “*pluralismo institucional*” genuinamente ético não precisa ser o super-homem, reconhecendo a fragilidade humana decorrente da fortuna (o que não se pode mudar). Sobre a ação humana: “*Nem objetos inertes, nem deuses perfeitos, nem simplesmente impulsionados pelo exterior, nem espontaneamente automotores, nós nos entendemos, sendo incompletos, para alcançar as coisas do mundo*”, cf.: NUSSBAUM, Martha. **A fragilidade da bondade**: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega, p.252.

<sup>1035</sup> DOMINGO, Rafael. *Auctoritas*. Barcelona: Ariel, 1999, p.85.

<sup>1036</sup> DOMINGO, *op.cit.* p.66.

Com isso se torna inevitável a pergunta: toda essa lógica também se aplica quando se está diante do poder exercido por entidades privadas no contexto da atividade econômica?

Os atributos do ato administrativo também se aplicam ao “*poder privado*”?

A questão parece inusitada?

Pode parecer, mas é muito real.

A pandemia de coronavírus (COVID-19) realmente parece ter saído dos livros de ficção científica para fornecer um exemplo muito concreto. Não que antes já não existissem exemplos concretos, pois sempre existiram, mas a pandemia parece ter deixado isso mais evidente e ainda mais longe da ideia normativista de norma de reconhecimento.

Durante o período da pandemia se multiplicaram as iniciativas privadas voltadas para prevenir o contágio do vírus, desde medidas destinadas apenas ao próprio estabelecimento empresarial até medidas voltadas para comunidades inteiras <sup>1037</sup>.

É inevitável perguntar a partir desses exemplos: onde está a autorização legislativa para as restrições do direito de ir e vir? Onde está o ato de delegação para a prática de atos tipicamente autoexecutáveis? Qual a previsão contratual para medidas preventivas pré-contratuais?

Os exemplos e as perguntas poderiam se multiplicar, não cabendo uma resposta única para todas elas. Mas o fato é que as entidades privadas que exercem atividade econômica têm um “*poder privado*” de eventualmente lançar mão até mesmo de mecanismos especiais para fazer valer suas decisões sempre que, para tanto, houver uma razão plausível (finalística) decorrente da sua organização institucional.

Note que não há se falar em autorização legislativa, nem em delegação de poder público e nem em previsão contratual para o exercício desses verdadeiros “*poderes privados*” que, partindo da “*necessidade*”, fonte autônoma do direito administrativo de emergência, acabam por produzir um direito voluntário concreto através de “*normas institucionais*” as vezes coincidentes e as vezes não com as normas jurídicas estatais.

É importante lembrar que falar em atributos do ato administrativo (aqui “*poder privado*”) não significa dizer que eles devem ser transformados numa espécie de paladino da

---

<sup>1037</sup> Confira as iniciativas noticiadas na imprensa: Fechamento de acesso à praia por moradores (<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,no-litoral-paulista-moradores-impedem-acesso-de-banhistas-as-praias-da-regiao,70003267856>). Criação da figura do presidente de rua para monitorar situação tanto de saúde como econômica dos moradores da comunidade (<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/04/11/favela-de-sao-paulo-vira-exemplo-em-aco-es-contra-o-coronavirus.ghtml>); Utilização de termômetro infravermelho para a medição de temperatura dos clientes (<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,coronavirus-supermercados-medem-temperatura-e-usam-alcool-em-gel-para-higienizar-clientes,70003254123>), acesso em 13/04/2020.

perfeição, como se representassem a última palavra do conhecimento e da sabedoria, mas apenas que eles podem gerar por “*virtude própria*” uma oportunidade de dar a primeira palavra.

Tanto quanto os atos administrativos, o “*poder privado*” exercido pelas entidades privadas pode ser capaz de dar a primeira palavra sobre o que deve ser feito ou observado pelos demais no contexto da atividade econômica. Observe: a primeira palavra, mas não a última palavra, conforme se demonstrará.

Perceba como o tema se inter-relaciona com outras questões já analisadas sobre o ato administrativo (*e.g.* da sua definitividade e da sua primazia frente ao controle judicial).

Seja como for, todavia, é imprescindível lembrar que os atributos do “*poder privado*” têm o alcance limitado ao âmbito do seu próprio ordenamento jurídico concreto.

Isso significa duas coisas.

Em primeiro lugar, significa que esses atributos não se sobrepõem ao ordenamento jurídico estatal, mas apenas que podem ou não se relacionar com ele dentro da perspectiva - hierárquica - do conceito institucional de “*relevância jurídica*”, no que se distingue da perspectiva - heterárquica - do conceito de “*âmbito social parcial*” do pluralismo sociológico.

A autoexecutoriedade do poder privado exercido na atividade econômica pode ou não ter “*relevância jurídica*” para o Estado.

A norma jurídica segundo a qual, *e.g.*, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei demonstra que existe essa “*relevância jurídica*”, o que não significa dizer que ela é capaz de aniquilar por completo a “*norma institucional*” que lance mão desse atributo. Muito pelo contrário, esta norma institucional, por “*virtude própria*”, pode ser capaz de continuar viva a despeito daquela norma jurídica (note: constitucional), mormente em casos de extrema necessidade emergencial.

Se a tese parecia inadequada antes, com a pandemia do coronavírus ela é capaz de provocar ao menos uma maior reflexão por parte da doutrina.

Gilmar Ferreira Mendes, *e.g.*, analisando especificamente o momento de pandemia do coronavírus, destacou a importância de se lançar mão da chamada “*jurisprudência de crise*” e do “*pensamento do possível*”.

Observe a sua constatação sobre os fatos que hoje são uma realidade mundial:

A atuação do Supremo Tribunal Federal nesse contexto inequivocamente demanda uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada. Invoco mais uma vez a célebre expressão em alemão cunhada por Konrad Hesse: ‘*Not kennt kein Gebot*’: necessidade não conhece princípio. Daí a sua



defesa enfática para que o texto constitucional contemple uma disciplina adequada do Estado de necessidade ou do estado de emergência.

[...]

Em meio a esse complexo quadro, parece evidente que as normas jurídicas soam, em um ponto de vista estritamente pragmático, um mero detalhe no debate sobre a aprovação de medidas essenciais ao combate a uma epidemia que se alastra em progressão geométrica e vem vitimando milhares de pessoas pelo mundo. Entretanto, mesmo nesses momentos, as normas jurídicas — em especial a Constituição — não podem ser encaradas como um obstáculo, mas como um caminho necessário e seguro para a solução da crise. É fundamental prezar pela compatibilização de aparentes contradições e abertura à busca por alternativas a uma leitura fria e seca da lei, distante de uma realidade que, muitas vezes, não poderia sequer ser imaginada pelo legislador ou pelo constituinte.<sup>1038</sup>. (Sem grifo no original)

Trata-se de mais um reconhecimento da insuficiência do pensamento normativista e da chamada força normativa da Constituição.

E a “*necessidade*” como fonte autônoma do direito entra em cena.

O pensamento normativista consegue dar um grande passo rumo ao reconhecimento da importância do papel da realidade para o mundo do direito, mas ainda assim um passo insuficiente.

Na doutrina retromencionada, *e.g.*, a realidade continua aprisionada na caixinha do Estado-juiz, sujeito da “*terceira pessoa*”, como se o direito somente pudesse ser criado de fora pela hermenêutica da jurisdição constitucional, nada existindo antes ou internamente à realidade do sujeito agente da “*primeira pessoa*”.

Ocorre que, conforme amplamente demonstrado, o pensamento institucional resgata o direito para esse momento por assim dizer pré-jurisdicional, do sujeito agente da “*primeira pessoa*”, o que não deixa de ser compatível com o chamado “*pensamento do possível*”<sup>1039</sup>.

De fato, assim como o juiz decide a partir do ponto de vista da “*terceira pessoa*”, aplicando as normas jurídicas da melhor forma possível (“*direito dúctil*”), o sujeito agente da “*primeira pessoa*” compõe e atua nas suas decisões da melhor forma possível, de acordo com a sua razão prática.

Nesse sentido, é emblemática a postura de Gustavo Binenbojm que, se no início da pandemia do coronavírus insistindo na suficiência do normativismo, destacando o tempo recorde em que foi aprovada a Lei nº 13.979/2020 (“temos uma lei eficiente, equilibrada e

<sup>1038</sup> MENDES, Gilmar. **Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais.** . Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em 13/04/2020.

<sup>1039</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.17.

oportuna”<sup>1040</sup>), reconheceu um mês depois que “a pandemia do COVID-19 restabeleceu a força da vida real”<sup>1041</sup>.

Mas não é só. O “*pensamento do possível*” não é monopólio nem da jurisdição, nem da Administração Pública, ou seja, nem do Estado-juiz, nem do Estado-administração.

As entidades privadas também estão imersas no contexto do chamado “*pensamento do possível*” quando da construção do seu ordenamento jurídico concreto, vale dizer, das suas normas institucionais. E estão tanto em tempos de normalidade como em tempos de anormalidade, devendo exercer, em vez da sua vontade radical à schmittiana (soberano é aquele que decide do estado de exceção), uma “*liberdade de qualidade*”<sup>1042</sup>.

Em segundo lugar, quanto ao alcance limitado do “*poder privado*”, significa dizer que as normas institucionais não podem ter a pretensão de generalidade que a norma jurídica normalmente tem, devendo procurar se limitar à sua “*microcomunidade*”, ao seu “*âmbito social parcial*” (do “*pluralismo sociológico*”).

A norma institucional produzida pelas entidades privadas não pode ter a pretensão de ser genérica e abstrata a ponto de buscar se expandir de modo impositivo para além da sua “*microcomunidade*”. Os atributos do poder privado constituem meros instrumentos para se alcançar o objetivo institucional, vale dizer, para o exercício do microgoverno naquele âmbito específico (e.g.: do estabelecimento comercial e do *e-commerce* etc.) e em favor dos microgovernados.

Lembre-se, contudo, que essa limitação é, na verdade, uma autolimitação e não uma limitação externa, de modo que a rigor o ordenamento jurídico concreto criado pelas entidades privadas até poderá - em tese - se expandir a ponto de medir forças com o ordenamento jurídico estatal.

Só uma razão muito forte envolvendo questões de injustiça, imoralidade ou irracionalidade poderá justificar essa expansão (vide *supra*: 4.1.3.4.). Não havendo esta razão, as entidades privadas devem se abster de realizar esta extensão.

---

<sup>1040</sup> **O coronavírus e o estado de exceção:** Estado democrático de direito proveu instrumentos para a Administração Pública agir a tempo e a hora; que o faça, *In*: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-coronavirus-e-o-estado-de-excecao-13032020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-coronavirus-e-o-estado-de-excecao-13032020), acesso em 13/03/2020.

<sup>1041</sup> Sistemas de saúde inteligentes: Registros online, telemedicina, algoritmos e compras consorciadas: soluções mais eficientes e legítimas do que a judicialização, *In*: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/sistemas-de-saude-inteligentes-14042020>, acesso em 14/04/2020.

<sup>1042</sup> A doutrina chama a atenção sobre o cuidado que o direito econômico deve ter também em tempos de pandemia, criticando assim o PLS 1.179/2020, transformado na Lei 14.010/2020 que “*dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19)*”. Vide: FRAZÃO, Ana. **Impactos da Covid-19 sobre o Direito Antitruste**. Breves reflexões sobre as soluções propostas pelo Projeto de Lei 1.179/2020.

Não o fazendo, caberá então ao Estado lutar contra essa instituição para fazê-la cessar ou fazer cessar os seus atributos <sup>1043</sup>, isto se não preferir reconhecer alguns deles (e.g. art. 219 do CC <sup>1044</sup>).

Portanto, os “*poderes privados*” exercidos pelas entidades privadas no contexto da sua atividade econômica também podem ser dotados de atributos semelhantes àqueles dos atos administrativos sempre que houver “*necessidade*” e/ou quando houver motivo justo, ético e racional para tanto.

#### 4.3. O PODER DE POLÍCIA “PRIVADO”: DELIMITAÇÃO DO TEMA

O poder de polícia é um tema clássico do direito administrativo. Mas não é dele que a investigação pretende tratar agora. Ao menos não enquanto poder (público) exercido pela Administração Pública.

O que se pretende investigar aqui é se existe ou não um poder de polícia enquanto poder (privado), exercido pelas entidades privadas com a finalidade de organizar a própria atividade econômica.

É importante notar a diferença.

E se a hipótese desta investigação estiver correta, a resposta será positiva: existe sim um poder de polícia “privado” diferente do poder de polícia (público) tradicional.

Por isso é importante insistir para o cuidado de não confundir uma coisa com outra, evitando assim um prejulgamento que dificulte ainda mais a compreensão do tema.

É que resta mais ou menos consolidado na doutrina <sup>1045</sup> e na jurisprudência <sup>1046</sup> que o núcleo duro do poder de polícia, enquanto função pública, não pode ser delegado para entidades privadas.

---

<sup>1043</sup> Para SANTI ROMANO as organizações criminosas são instituições tal como qualquer outra. E também seriam, na sua concepção, as milícias que hoje atuam em grandes comunidades brasileiras. Já foi exposto que estas organizações são apenas simulacros de instituição e não genuínas instituições (vide *supra*: 4.1.3.2.). Não deixa de ser intrigante, entretanto, como o Estado deve lidar com elas. Se a máfia italiana ajudou o Estado americano na conquista da Sicília durante a Segunda Guerra Mundial, como se sugere (“O Chefão dos Chefões”, Companhia das Letras), poderia a milícia, o jogo do bicho ou o tráfico de drogas “ajudar” o Estado brasileiro no combate à pandemia de coronavírus nas favelas brasileiras? O Estado brasileiro poderia realizar acordos administrativos para conceder e.g. salvo-condutos para que não fossem cumpridos mandados de prisão durante o período excepcional em troca de maior alcance e efetividade de suas políticas públicas de saúde nas comunidades? A reflexão não cabe nesta investigação.

<sup>1044</sup> CC. art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

Acontece que, se o poder de polícia enquanto função pública já está devidamente problematizado na doutrina e na jurisprudência (sendo inclusive tema de repercussão geral), o mesmo não ocorre com o poder de polícia enquanto função privada (“*poder privado*”), que é praticamente desconhecido da doutrina e da jurisprudência exatamente porque, conquanto se trate de uma realidade prática, sequer é problematizado.

Indício de que o poder de polícia “privado” existe na realidade prática pode ser encontrado na doutrina da “*dupla face*” de Santi Romano, que deixa muito claro que não é possível reduzir todo um universo jurídico à figura do contrato, de maneira que tudo aquilo que extrapola a vontade das partes deve ser explicado de outra forma, deve ser explicado pela concepção segundo a qual existe, paralelamente ao contrato, um ordenamento jurídico concreto (= instituição) dentro do qual uma autoridade exerce “*poderes privados*” (vide *supra*: 4.1.2.).

Ora, se existe uma autoridade dentro do contrato (alguns tipos de contrato) que inevitavelmente organiza a instituição, então parece possível dizer que esta autoridade exerce uma espécie de poder de polícia “*privado*”, zelando exatamente pela manutenção desta instituição.

É este poder de polícia “privado” que merece ser problematizado.

Aliás, sempre mereceu ser problematizado e a pandemia de coronavírus (COVID-19) parece ter deixado isto ainda mais evidente.

De fato, por ocasião da pandemia de coronavírus (COVID-19), uma autoridade muito semelhante ao poder de polícia tradicional foi reiteradamente exercida na realidade prática por milhares de entidades privadas, especialmente por aquelas que desempenhavam atividades econômicas consideradas essenciais (*e.g.* de supermercados e farmácias). Esta realidade prática parece ter ficado escondida, latente, durante muitos anos, talvez por séculos.

O exercício deste verdadeiro poder de polícia “privado” por parte dessas entidades privadas nem sempre foi – e continua não sendo - precedido de autorização legislativa e nem sempre foi ou é precedido de ato um de delegação por parte da Administração Pública. E também nunca foi suficientemente explicada sob a perspectiva do contrato, sendo a vontade do cidadão um mero pressuposto para o seu exercício.

---

<sup>1045</sup> Cf.: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Poder de polícia**: compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação de seu exercício a entes privados. Ribeirão Preto, SP: IELD, 2014.

<sup>1046</sup> O STF deverá revisitar o tema novamente quando do julgamento do RE nº 633.782, rel. Min. Luiz Fux em regime de recurso repetitivo (Tema 532 - Aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista).

É possível que a “*necessidade*”, do “*direito administrativo de emergência*” (vide *supra*: 3.7.4.3.), tenha servido de estopim (*start*) para a criação espontânea de milhares de ordenamentos jurídicos concretos pelas entidades privadas, com dezenas de “*normas institucionais*” próprias, desenvolvidas para a organização e o exercício do poder de polícia “privado” em cada uma das suas “*microcomunidades*”, e.g. do estabelecimento comercial e do *e-commerce* (vide *supra*: fig.26).

Vale lembrar que o institucionalismo não se preocupa com o mero formalismo e nem que as normas institucionais sejam escritas e sofisticadas (lembre-se de uma fila indiana). Mas nada impede que as normas institucionais sejam materializadas em códigos de conduta, regulamentos internos ou equivalentes.

Aliás, a depender da extensão e da restrição do poder de polícia “privado”, parece intuitivo que essa providência seja tomada pelas entidades privadas no contexto das suas atividades econômicas até para que o seu exercício alcance maior legitimidade substancial perante o cidadão (microgovernado), conquistando a adesão espontânea das “*vontades paralelas*” do institucionalismo.

Como se nota, não se pode confundir a hipótese tradicional do exercício do poder de polícia enquanto função pública por uma entidade privada como atividade-fim (e.g. fiscalização de trânsito, presídio privado e outras hipóteses envolvendo o tema 532/STF) com a hipótese ora abordada do exercício do poder de polícia enquanto função privada exercida por uma entidade privada como atividade-meio da sua atividade-fim, a atividade econômica<sup>1047</sup>. É esta última hipótese, frise-se, que precisa ser problematizada pela doutrina para além da explicação meramente contratual, para o que a doutrina da “*dupla face*” pode contribuir.

Note que, nesse aspecto, se trata de um tema novo na dogmática jurídica brasileira que, se for possível fazer um paralelo, se aproxima muito do clássico e polêmico tema das “*relações especiais de poder*” do direito administrativo (vide *supra*: 2.4.1., nota de rodapé).

A diferença é que aqui essas “*relações especiais de poder*” não envolvem a Administração Pública, mas sim as entidades privadas, o que é conhecido na doutrina portuguesa por “*relações privadas de poder*”, conforme já abordado antes. E não é de mais resgatar o magistério de José Carlos Vieira de Andrade para quem “há relações de poder

---

<sup>1047</sup> A ideia de “*compartilhamento de responsabilidades*” se aproxima muito desta hipótese, embora ainda pareça estar um pouco presa à fonte estatal. Cf.: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Administração contemporânea: três linhas de transformação do poder de polícia**, p.68-69.

privado semelhantes ‘às relações especiais de poder’ típicas do direito administrativo”<sup>1048</sup>, de maneira que, “mesmo quando a situação é criada com base num acordo, os problemas não se resolvem com o mero recurso ao princípio da liberdade contratual”<sup>1049</sup>.

Portanto, é importante insistir na delimitação do tema: trata-se de um “*poder privado*” que não raras vezes envolve o exercício de verdadeiro poder de polícia “privado” (microgoverno) no âmbito específico de determinada atividade econômica (“*microcomunidade*”) em favor dos próprios microgovernados.

#### 4.3.1. O *Hausrecht* do direito alemão: uma explicação teórica adequada?

A ideia de um poder de polícia “privado” se torna mais familiar quando se percebe que o próprio Código Civil assegura de uma maneira genérica ao proprietário “*a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa*” (CC: art.1.228), a qual se presume “*plena e exclusiva*” (CC: art. 1.231), garantindo, ainda, ao possuidor o direito de manter-se ou restituir-se “*por própria força*”, se o fizer logo (CC: art. 1.210, *caput* e §1º).

Em outras palavras, o direito civil brasileiro de uma maneira ou de outra reconhece o poder de polícia “privado” em favor do proprietário relativamente à coisa de sua propriedade.

Ocorre que a doutrina portuguesa se reporta a um instituto mais específico do direito alemão que é conhecido como *Hausrecht*, que numa leitura intuitiva parece significar algo relacionado a um “direito sobre o espaço da casa” e que pode auxiliar no estudo do tema poder de polícia “privado” mais até do que poderia auxiliar o tratamento genérico dado pelo Código Civil brasileiro ao direito de posse e de propriedade. E pode oferecer ainda uma explicação teórica mais completa (um fazer) do que aquela oferecida pela Constituição Federal, que tem como foco um direito à inviolabilidade de domicílio (um não fazer).

Pedro Costa Gonçalves ensina que o termo *Hausrecht* é utilizado pela doutrina alemã para se referir ao “conjunto de faculdades de que uma pessoa dispõe num espaço definido sobre o qual mantém uma posição soberana e de domínio”<sup>1050</sup>.

O jurista português explica que da definição abstrata deste instituto “decorrem poderes e competências concretas para o respectivo titular”, dentre os quais a “proibição de entrada” e a “ordem de expulsão”<sup>1051</sup>.

<sup>1048</sup> José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais**, p.246.

<sup>1049</sup> *Ibidem*, NR nº 42.

<sup>1050</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.373. NR nº 835.

<sup>1051</sup> *Ibidem*.

Frise-se desde já que, segundo o jurista, “o *Hausrecht* não confere ao titular o poder de execução coactiva, apesar de não estar afastada a possibilidade do emprego da força, no contexto da acção directa ou da legítima defesa”<sup>1052</sup>. Este último caso será tratado mais a frente sob a rubrica “direito de todos”.

A ideia transmitida pelo *Hausrecht* logo de início chama a atenção em razão da sua promessa de oferecer uma explicação teórica melhor do que aquela oferecida pelo direito das coisas, já que se refere explicitamente mais a um poder, a uma autoridade, do que um mero direito sobre uma coisa.

E, se a hipótese desta investigação estiver correta, o *Hausrecht* também poderá auxiliar na compreensão do tema relativo ao poder de polícia “privado” exercido por entidades privadas no contexto da atividade econômica.

Aliás, o *Hausrecht* pode auxiliar ainda na compreensão daquelas atividades econômicas que são exercidas não apenas no espaço físico, mas também no espaço virtual.

Nessa linha, a “*proibição de entrada*” e a “*ordem de expulsão*” parecem muito úteis para explicar não apenas o domínio físico sobre as coisas, mas também o domínio virtual no âmbito da “*microcomunidade*” (ou “*âmbito social parcial*”). A sociedade contemporânea não cabe mais dentro de uma visão redutora do direito das coisas (CC: Parte Especial, Livro III). As chamadas plataformas digitais parecem ser um bom exemplo dessa realidade (vide fig.27):

*Uber, whatsapp, facebook, entre tantos outros, têm lançado mão da “ordem de expulsão” das suas plataformas digitais relativamente aos usuários que desrespeitam as suas normas, chamadas “termos e condições de uso”, “termos de adesão”, “política de privacidade” ou equivalentes. (fig.27)*

Note como não é difícil perceber a presença e três elementos nesses casos: o microgoverno, os microgovernados e a “*microcomunidade*”.

O mesmo ocorre em relação aos espaços físicos, podendo o *Hausrecht* ser útil também para explicar situações envolvendo, *e.g.*, os prédios privados abertos ao público (*shopping centers*, cinemas, museus privados etc.).

É que a doutrina alemã discute se existiria ou não um *Hausrecht* como específica categoria de direito público, ou seja, um *Hausrecht* da Administração Pública.

<sup>1052</sup> *Ibidem.*

Pedro Costa Gonçalves destaca a natureza de direito privado, ou seja, um poder privado, do *Hausrecht*:

Em geral, esse direito é inerente ao senhorio ou domínio de uma pessoa num espaço delimitado. Assim sucede quando esse poder se apresenta como um poder de direito privado: as faculdades que o integram e os actos no exercício delas praticados possuem natureza privada. Todavia, quando está em causa o acesso a edifícios públicos, a doutrina refere-se a um *Hausrecht* específico de direito público.<sup>1053</sup> (Sem grifo no original)

Então, o jurista português começa a separar e definir que seria o *Hausrecht* da Administração Pública:

De facto, no direito público e, concretamente, quanto aos edifícios [públicos] abertos ao público, o '*Hausrecht*' começa logo por não se configurar como um poder livre e arbitrário do seu titular.<sup>1054</sup> (Sem grifo no original)

E prossegue:

Trata-se, por outro lado e numa dimensão que mais nos importa, de um poder, que, ao contrário do seu similar privado, está desligado da pura dimensão de defesa e proteção do direito de propriedade. Como se vem observando, no caso da Administração, o '*Hausrecht*' não decorre de um direito sobre um espaço ou local, mas do imperativo de assegurar as condições necessárias ao exercício da função pública que a Administração desempenha nesse espaço. O fundamento desse poder não reside, por conseguinte, no direito sobre um local, mas sim no poder que assiste à Administração de velar pela preservação da sua capacidade funcional para desempenhar as tarefas públicas de que está incumbida.<sup>1055</sup> (Sem grifo no original)

O mais interessante da defesa da tese de um o *Hausrecht* da Administração Pública - e que interessa diretamente aqui - é o fundamento jurídico que a doutrina alemã adota para justificá-lo.

Para responder à crítica de que não existe fundamento legal expresso (vale dizer, norma jurídica) para o *Hausrecht* da Administração Pública, a doutrina alemã recorre a três explicações: *a)* desnecessidade de lei para a hipótese de uma atividade administrativa prestacional (não agressiva), *b)* costume e *c)* poder anexo ou implícito decorrente da função pública<sup>1056</sup>.

Perceba como o normativismo kelseniano não raras vezes prega peças e então acaba recorrendo a subterfúgios para oferecer uma explicação mais adequada da realidade,

<sup>1053</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.379.

<sup>1054</sup> *Ibidem*.

<sup>1055</sup> *Idem*, p.380.

<sup>1056</sup> *Idem*, p.381.



chegando a recorrer até mesmo ao costume como fundamento jurídico das suas categorias dogmáticas.

Dentre as três explicações normativistas acima a que parece mais adequada é a terceira, a explicação do “*poder anexo ou implícito*” (item ‘c’), muito próxima da ideia de poderes implícitos (vide *supra*: item 3.7.4.1.).

Este também parece ser o entendimento de Pedro Costa Gonçalves, que assim justifica:

No nosso juízo, o poder de manutenção da ordem e da disciplina num espaço adstrito ao exercício da função administrativa é inerente, está implícito, faz parte das competências confiadas à autoridade e que ela tem o poder-dever de exercer naquele espaço. O ‘Hausrecht’ destina-se a preservar a capacidade funcional da Administração e a assegurar as condições necessárias ao exercício regular das suas competências. Há, por conseguinte, uma conexão óbvia entre esse poder e as competências públicas confiadas a uma autoridade.<sup>1057</sup> (Sem grifo no original)

Note o detalhe: a ideia de “*poder inerente*”, “*implícito*” ou “*anexo*”, com um pouco de empatia, ajuda a entender também as chamadas “*relações especiais de poder*”, que não podem ser simplesmente abandonadas ou reputadas ilegítimas como defende a doutrina normativista<sup>1058</sup>.

E mais: a ideia de um “*poder inerente*”, “*implícito*” ou “*anexo*” que decorre do *Hausrecht* da Administração Pública também ajuda a explicar a liberdade econômica como poder “jurídico” (vide *supra*: 3.4.1.), bem como a entender melhor a doutrina da “*dupla face*” e da sua conclusão sobre a insuficiência do contrato como explicação teórica (vide *supra*: 4.1.2.).

Depois de investigar o fundamento jurídico do *Hausrecht* da Administração Pública, a doutrina portuguesa chama a atenção para outra questão relativa à natureza jurídica das decisões dele decorrentes: são decisões de natureza pública ou privada?

Pedro Costa Gonçalves destaca que a resposta da doutrina alemã não é unânime, havendo três posições sobre a natureza jurídica dessas decisões: a) atos administrativos quando o acesso ao prédio público tiver como finalidade o interesse público e, diversamente,

---

<sup>1057</sup> *Ibidem*.

<sup>1058</sup> Para relembrar do contorcionismo da doutrina alemã através do *Anstaltsbenutzung* (que condensa a ideia de “mera relação de utilização de estabelecimento público”), vide: ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.162-167.

ato jurídico de direito privado quando o assunto for meramente privado, *b*) mera declaração de vontade jurídico-administrativa e *c*) ato administrativo quaisquer que sejam as razões <sup>1059</sup>.

O jurista português adota a terceira posição ('*c*'), o que parece adequado.

Para Pedro Costa Gonçalves o âmbito de discussão sobre a natureza jurídica da decisão tomada a partir do *Hausrecht* da Administração Pública é a ótica do alcance da “*privatização funcional*” (operação rotineira de mero controle de acesso).

Para o jurista de Coimbra as decisões com “*relevo externo*” - que não sejam de mero controle de acesso - são decisões de direito público, vale dizer, verdadeiros atos administrativos, devendo, portanto, ser praticadas por uma “*instância dotada de legitimidade pública*” (*e.g.* do chefe do departamento público) não podendo conseqüentemente ser praticados por entidades privadas (*e.g.* das empresas de segurança privada) a não ser mediante “*privatização orgânica*” precedida de lei autorizativa.

Em outras palavras, a “*privatização funcional*” através do mero contrato (*contracting out*) não bastaria para o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas <sup>1060</sup>.

No direito português, ensina o jurista, a norma jurídica (LSegPriv) contempla apenas a segurança privada, de maneira que não existe habilitação legal para o exercício de poderes públicos de autoridade pelas entidades privadas de segurança, o que significa que o agente de segurança privada, sempre que tiver que tomar uma decisão em “*situações atípicas*” sobre “*proibição de entrada*” e a “*ordem de expulsão*”, deverá solicitar a presença de um responsável pelo serviço (*e.g.* do chefe do departamento público) <sup>1061</sup>.

Defende o jurista português que nem mesmo a definição rigorosa e taxativa de critérios para a decisão altera essa realidade, não podendo a decisão concreta ser tomada por um agente de segurança privada <sup>1062</sup>.

Conquanto não seja esta a ótica desta investigação (“*privatização funcional*” ou “*orgânica*”), uma aproximação ao *Hausrecht* da Administração Pública parece adequada para chamar a atenção da questão sobre o correto enquadramento da liberdade econômica exercida pelas entidades privadas.

---

<sup>1059</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.382-383.

<sup>1060</sup> *Idem*, p.383-384.

<sup>1061</sup> *Idem*, p.384- 385.

<sup>1062</sup> *Idem*, p.383.

A questão é: os poderes exercidos pelas entidades privadas no contexto da sua própria atividade econômica seguem o *Hausrecht* de direito privado ou o *Hausrecht* da Administração Pública?

Esta problematização é importante para saber se as entidades privadas que desempenham atividade econômica devem se aproximar mais de um ou de outro: mais do *Hausrecht* privado ou mais do *Hausrecht* público?

Dito de outro modo, utilizando as palavras do jusrita de Coimbra, as entidades privadas que desempenham atividade econômica exercem um “*poder livre e arbitrário*”, ligado à “*pura dimensão de defesa e proteção do direito de propriedade*”? Ou, mais do que um “*direito sobre um espaço ou local*”, elas exercem um poder como “*imperativo de assegurar as condições necessárias ao exercício da [sua] função*”?

A “*proibição de entrada*” ou a “*ordem de expulsão*” do gerente de um estabelecimento empresarial aberto ao público (*shopping centers*, cinemas, museus privados etc.) se assemelha mais à decisão: *a)* de um mero proprietário relativamente a quem pode entrar ou deve sair da sua residência ou *b)* de um chefe de departamento relativamente ao estabelecimento público do qual é responsável?

O gerente de uma sociedade empresarial mantém simplesmente “*uma posição soberana e de domínio*” sobre um “*espaço definido*” com base apenas em um “*poder livre e arbitrário do seu titular*”?

Parece que não.

A posição soberana e de domínio do titular do estabelecimento empresarial não pode ter a mesma extensão do poder privado de um mero proprietário, a quem se deve reconhecer uma maior “*liberdade emocional*”, quase arbitrária, relativamente a quem entra ou sai da sua residência.

O gerente comercial não tem, quanto ao estabelecimento empresarial, a mesma “*liberdade emocional*”, o mesmo arbítrio, que o proprietário tem relativamente à sua residência. É evidente que este último tem uma margem muito maior de arbitrariedade que o primeiro não tem.

O gerente do estabelecimento empresarial deve exercer os seus “*poderes privados*” de forma semelhante a um chefe de departamento público, vale dizer, com uma margem reduzida de “*liberdade emocional*”.

Se for possível desvendar o poder “jurídico” que existe por trás do *Hausrecht* público, fica mais fácil entender a natureza jurídica de decisões que importem em “*proibição de entrada*” e “*ordem de expulsão*” no contexto dos estabelecimentos empresariais, inclusive no espaço virtual, ambos geralmente abertos ao público.

Nestes casos, a proximidade da decisão privada ao ato administrativo é muito grande. E mesmo no ato administrativo propriamente dito, se houver uma definição rigorosa e taxativa de critérios, parece adequado admitir, ao contrário da posição de Pedro Costa Gonçalves, que o agente de segurança privada pode sim executar (frise-se, executar), em nome agente dotado de legitimidade substancial, a decisão sobre a “*proibição de entrada*” e a “*ordem de expulsão*” de um prédio público <sup>1063</sup>.

Esta também deve ser a solução *mutatis mutandis* quando se estiver diante de um estabelecimento empresarial aberto ao público.

A decisão sobre a “*proibição de entrada*” e a “*ordem de expulsão*” de um estabelecimento empresarial aberto ao público, inclusive virtual, deve ser reservada ao proprietário, ao gerente ou ainda à pessoa (ou até mesmo um comitê) com a função específica de exercer essa autoridade privada (*e.g.* do *compliance officer*, do *data officer* etc.).

Mas a mera execução desta decisão pode ser realizada por agente de segurança privada desde que haja uma definição rigorosa e taxativa de critérios.

É claro que, mesmo diante de *standards*, a execução de uma decisão dessa envergadura exige um grau mínimo de segurança e responsabilidade, devendo a entidade privada procurar se certificar sobre a compatibilidade entre esta decisão e a respectiva execução através *e.g.* de um mecanismo de revisão ou de explicação <sup>1064</sup>.

Aliás, o mesmo cuidado parece ser necessário quando se estiver diante de um controle de acesso automatizado, hipótese para a qual uma teoria do “*ato administrativo automatizado*” deve oferecer respostas, como de fato o faz quando prevê *e.g.* o direito de intervenção humana ou o direito de explicação <sup>1065</sup>.

Por mais que o ordenamento jurídico concreto da empresa seja uma realidade autônoma em relação ao ordenamento jurídico estatal, parece muito adequado que as suas

---

<sup>1063</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.383.

<sup>1064</sup> O direito não pode andar longe das atitudes mais espontâneas da sociedade: o conhecido “quero falar com o gerente” pode perfeitamente ser transformado em norma institucional do regulamento interno da empresa.

<sup>1065</sup> No direito positivado, vide *e.g.*: §35 e §35a do CPA alemão (*VwVfG*), art. 71 da GDPR e art. 20, § 1º da LGDP.

“*normas institucionais*” busquem na medida do possível uma aproximação da teoria do ato administrativo.

Isto porque, conforme exposto no capítulo anterior, governar é uma arte e o direito administrativo é *expert* quando o assunto é o governo no nível concreto das decisões práticas. Se o microgoverno é exercido por uma entidade privada “*poderosa*” em favor de microgovernados no âmbito de uma “*microcomunidade*”, o direito administrativo tem muito a contribuir. As boas práticas de governo e de governança acabam se fundindo e se complementando, tornando-se aptas a legitimar substancialmente o exercício do poder tanto pela Administração Pública (poder público) como pela iniciativa privada (poder privado).

Uma hipótese alternativa a esta investigação é abandonar tanto os momentos normais quanto os momentos críticos (“*situações atípicas*”) à própria sorte, ao caos e à vontade radical das entidades privadas que exercem múltiplos tipos de microgovernos, gerando assim não apenas um déficit democrático em termos de legitimidade substancial (motivo ético) em prejuízo dos direitos fundamentais cuja proteção, por mais certa que possa ser, ocorrerá somente num segundo momento, talvez tardiamente, a partir do ponto de vista da “*terceira pessoa*” (do Poder Judiciário); mas também gerando riscos de todo o tipo (reputacional, financeiro etc.) em desfavor das próprias entidades privadas (motivo utilitarista)<sup>1066</sup>.

Portanto, os estabelecimentos empresariais abertos ao público, físicos ou virtuais, devem se guiar pela ideia do *Hausrecht* público, cujo arcabouço teórico pode servir para explicar o exercício de verdadeiro poder de polícia “privado” por entidades privadas no contexto da atividade econômica.

É claro que a ideia não é burocratizar a atividade econômica, transformando-a numa função administrativa<sup>1067</sup>. A hipótese desta investigação apenas demonstra que existe um poder de polícia “privado” que, por produzir efeitos jurídicos na esfera de terceiros (microgovernados), deve ser tomado como um microgoverno a ser exercido através, não da “*liberdade da indiferença*”, mas da “*liberdade de qualidade*”, do que pode resultar inclusive uma maior proteção dos direitos fundamentais, seja pelo motivo ético, seja pelo motivo utilitarista.

---

<sup>1066</sup> Eis mais um exemplo muito concreto de que existem outras portas através das quais é possível realizar uma autoconceção da liberdade econômica, não apenas a porta dos direitos fundamentais (vide *supra*: 2.4.1. e 3.6.6.), dando margem à descoberta de uma “porta dupla”. Nesta nova porta, prevalece o ponto de vista da “*primeira pessoa*” e com ela a prevenção, a espontaneidade, a criatividade, a autoresponsabilidade, o pluralismo (*taylor-made*), enfim, algumas das vantagens que normalmente são creditadas, e.g. ao *compliance*. E isto não é mera coincidência.

<sup>1067</sup> Isto não tem sentido nenhum para o institucionalismo, como não tem para a teoria do *compliance*.

#### 4.3.2. O poder de polícia “privado”: uma delegação estatal?

Problematizar o poder de polícia “privado” não é fácil, porquanto, se a doutrina tradicional já tem dificuldade de aceitar a existência de um poder “jurídico” fora do Estado (vide *supra*: 3.7.1.), o que se dirá de um poder de polícia “privado” fora do Estado?

A explicação tradicional caminha no sentido de que é a norma jurídica que sempre delega o exercício do poder de polícia (que é sempre público) para as entidades privadas (*e.g.* das clássicas figuras do comandante de aeronave<sup>1068</sup> e do capitão de navio<sup>1069</sup>).

Na doutrina portuguesa, Pedro Costa Gonçalves ensina:

No microcosmo que é a sociedade de bordo estabelecem-se relações e ocorrem factos juridicamente relevantes, como, por ex., a morte de uma pessoa ou a prática de crimes. Além desses factos, cuja ocorrência implica a adopção de determinadas providências de natureza pública, a vida a bordo exige ordem e segurança. Por isso, a sociedade de bordo pressupõe uma autoridade de bordo, isto é, uma instância hierarquicamente superior, com poderes para, nessa qualidade, tomar medidas que um funcionário público na mesma situação teria competência para adoptar. Essa autoridade é o comandante ou capitão de navio. Nos termos da lei, trata-se de pessoas encarregadas do governo e expedição do navio, contratada pelo proprietário ou pelo armador mediante um contrato de direito privado.

Uma vez celebrado o contrato que origina a posição de comandante ou capitão de navio, este adquire um estatuto jurídico público, pois que, por força de uma delegação legal, passa a dispor de uma capacidade de exercício de poderes públicos do âmbito do designado poder de bordo.”[...]

Além do poder geral de polícia, entendido como poder e manutenção da ordem pública, o comandante fica ainda habilitado a exercer um poder público disciplinar. Neste domínio, tem competência para punir o incumprimento de deveres disciplinares a que se encontram adstritas todas as pessoas a bordo. As penas aplicáveis por faltas disciplinares são a admoestação, a repreensão, e a multa.<sup>1070</sup> (Sem grifo no original)

Note que o jurista de Coimbra destaca que, no direito francês, alemão e espanhol, a punição pode chegar até mesmo à (pena de) prisão do infrator, diferentemente do direito português, onde a norma que previa esta possibilidade foi revogada<sup>1071</sup>.

<sup>1068</sup> Lei 13.475/2017 - Art. 12. O comandante exerce a autoridade inerente à função desde o momento em que se apresenta para o voo até o momento em que, concluída a viagem, entrega a aeronave.

<sup>1069</sup> Código Comercial - Art. 497 - O capitão é o comandante da embarcação; toda a tripulação lhe está sujeita, e é obrigada a obedecer e cumprir as suas ordens em tudo quanto for relativo ao serviço do navio.

<sup>1070</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.789-790.

<sup>1071</sup> *Idem*, NR nº 20.

É esta a visão tradicional sobre o poder de polícia exercido por entidades privadas no contexto da atividade econômica: uma mera delegação do poder público (o poder jurídico é sempre público).

É plenamente compreensível o esforço dessa explicação teórica, mas ela parece insuficiente, tanto que o próprio jurista português destaca que, além da tese do “*estatuto jurídico público*”, existe doutrina que enquadra a função do capitão de navio dentro de uma “*dupla condição, pública e privada*”<sup>1072</sup>.

O binômio público-privado, fruto da bifurcação artificial da realidade, dificulta muito o pensamento jurídico. Na impossibilidade de enquadrar a figura dentro de um ou de outro, o pensamento normativista acaba se rendendo à realidade do híbrido, o que seria bom se não continuasse preso à visão de poder jurídico como algo exclusivo do Estado e, portanto, passível de mera delegação em favor das entidades privadas.

Ocorre que não é bem assim.

Quantas sociedades, além da “*sociedade de bordo*”, não formam o seu próprio “*microcosmo*”? Numa sociedade complexa como a contemporânea quantas outras “*sociedades de bordo*” (e.g. das plataformas digitais) não formam o seu próprio “*microcosmo*”?

E onde está o Estado? Onde está a lei formal que delega em favor dessas múltiplas “*sociedades de bordo*” o poder de polícia para disciplinar os seus associados ou, para utilizar uma linguagem mais contemporânea, os seus usuários? Quem é a “*pessoa encarregada do governo e expedição*” dessas novas “*sociedades de bordo*”?

A LGPD, fazendo um paralelo com as expressões utilizadas pelo jurista português, talvez não por coincidência, adota o termo “*encarregado*” para se referir à pessoa responsável por assim dizer pelo “*governo e expedição*” de uma nova “*sociedades de bordo*” que se poderia denominar “*sociedade de dados*”, que neste contexto também não deixa de ser um “*microcosmo*” (uma “*microcomunidade*”).

O encarregado (*data officer*) não exerce um verdadeiro poder de polícia “privado”? Neste caso o poder de polícia “privado” não está sendo exercido por uma entidade privada em favor da qual em tese não poderia haver a delegação de um poder público? Esta entidade privada não exerce atividade econômica típica?

---

<sup>1072</sup> *Idem*, NR nº 11.

Todas essas perguntas colocam em xeque as explicações oferecidas pela dogmática tradicional, especialmente sobre a suposta indelegabilidade do poder de polícia em favor de particulares.

É certo que a norma jurídica (LGPD) oferece o seu regramento sobre os poderes do encarregado <sup>1073</sup>, o que poderia ser invocado pela doutrina tradicional para justificar a existência de delegação de poder público por parte do Estado.

Mas não é bem assim.

Os poderes jurídicos do encarregado, dentro dos quais se inserem o poder de polícia, são antes de tudo “*poderes privados*” que devem ser organizados pelas “*normas institucionais*” criadas no “*microcosmo*” da aqui chamada “sociedade de dados”, um ordenamento jurídico concreto que existe por “*virtude própria*” e que não necessariamente se apoia nas normas jurídicas colocadas pelo ordenamento jurídico estatal (“*relevância jurídica*”).

Isso significa que, para muito além das normas jurídicas impostas pela LGPD, as “*normas institucionais*” criadas no âmbito deste “*microcosmo*” também podem ser capazes de organizar novas atribuições ao encarregado relativamente ao seu poder de polícia “privado”. Lembre-se: não se trata nem de decisionismo, nem de voluntarismo, mas de institucionalismo com toda a sua explicação teórica.

Note que, se o poder de polícia “privado” do encarregado está chegando ao ordenamento jurídico brasileiro em forma de norma jurídica (a LGPD), o mesmo não aconteceu com o *compliance*.

Muito antes de qualquer norma jurídica, a figura do *compliance officer* já fazia parte dos programas de *compliance* desenvolvidos por entidades privadas multinacionais e até nacionais.

É possível dizer que a figura do *compliance officer* – ou “instância responsável” – já era identificada de maneira rudimentar pela doutrina <sup>1074</sup> muito antes de ser considerado um

---

<sup>1073</sup> Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais. § 2º As atividades do encarregado consistem em: I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares. § 3º A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

<sup>1074</sup> Para uma visão sintética sobre a “*teoria da firma*” e sobre a “*teoria da ação coletiva*”, vide: ZENKNER, Marcelo. O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.89-119.



dos pilares dos programas de integridade do setor empresarial, ou seja, muito tempo antes da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013).

Aliás, é interessante notar que a ideia subjacente à “*teoria da ação coletiva*” não faz cerimônia para defender um “processo colaborativo e sustentável de cooperação” que seja capaz de criar uma amálgama entre os indivíduos, complementando ou até “substituindo normas jurídicas locais fracas” para fortalecer o combate à corrupção <sup>1075</sup>.

Por mais que se possa recusar a admitir, esse processo nada mais é do que uma instituição, da qual decorre necessariamente uma autoridade que, no caso, é o *compliance officer*. Trata-se em última análise de uma hipótese típica de autorregulação (vide *supra*: 3.4.5.).

Nos dois exemplos acima (*data officer* e *compliance officer*) talvez não fique tão evidenciado o poder de polícia “privado” como mecanismo de organização dos seus respectivos “*microcosmos*”, já que o papel da autoridade nestes casos, embora possa também ser repressivo, é essencialmente preventivo.

O fato é que há poder de polícia “privado”, preventivo e repressivo, que não se confunde com o tradicional poder de polícia exercido pela Administração Pública a título de poder público. E este poder de polícia “privado” é exercido independentemente de qualquer delegação estatal.

Mas ainda remanescem algumas perguntas. A prevenção, mesmo não importando em força, pode gerar controvérsias no contexto do poder de polícia “privado”? E a repressão pode chegar às raias do emprego da força?

É o que se pretende analisar nos próximos dois itens.

#### 4.3.3. A prevenção no poder de polícia privado: o problema da revista pessoal

Se a hipótese desta investigação estiver correta, será possível constatar que o poder de polícia “privado”, mesmo de caráter preventivo, pode gerar controvérsias em razão da sua

---

<sup>1075</sup> Tradução livre de: “Collective action is a collaborative and sustained process of cooperation between stakeholders. It increases the impact and credibility of individual action, brings vulnerable individual players into an alliance of like-minded organizations and levels the playing field between competitors. Collective action can complement or temporarily substitute for and strengthen weak local laws and anti-corruption practices”. Word Bank Institute. Fighting corruption through collective action - A Guide for Business. Disponível em: [https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighting\\_corruption\\_through\\_collective\\_action.pdf](https://www.globalcompact.de/wAssets/docs/Korruptionspraevention/Publikationen/fighting_corruption_through_collective_action.pdf). Acesso em 16/04/2020.

repercussão na esfera jurídica de terceiros, não raras vezes, de maneira até mais drástica do que uma medida repressiva.

No exemplo da fig.19 acima, ficou ressaltado que os mecanismos privados de proteção de crédito, a depender dos critérios (*e.g.* do “*score*”), podem não apenas causar graves danos aos direitos fundamentais como também impedir a sua plena realização, mormente se se considerar que a sua utilização independe de qualquer consentimento do cidadão. Constituem inclusive uma das hipóteses que autorizam o tratamento de dados pessoais (LGPD: art. 7º, inciso X da Lei 13.709/18).

Negar acesso ao crédito pessoal na atual quadra da sociedade contemporânea para muitas pessoas pode ser mais grave do que uma decisão que importe na “*proibição de entrada*” e a “*ordem de expulsão*” de um prédio público ou de um prédio privado aberto ao público, mais um motivo pelo qual o poder de polícia “privado” merece ser ao menos problematizado.

A liberdade econômica (leia-se: “*poder privado*”) das entidades privadas deve ser exercida com a maior responsabilidade possível (“*liberdade de qualidade*”), sendo adequado supor que o seu enquadramento dentro de uma nova categoria jurídica - poder de polícia “privado” – pode se traduzir em benefícios para a própria atividade econômica (motivo utilitarista) e para a proteção dos próprios direitos fundamentais (motivo ético).

Observe que, apesar da importância em termos de direitos fundamentais, seria completamente inadequado falar num suposto monopólio do poder de análise de crédito pessoal em favor do Estado, retirando das entidades privadas esta tarefa tipicamente econômica.

No entanto, sendo também um poder de polícia “privado”, a decisão sobre a análise de crédito pessoal não deve ficar adstrita apenas ao aspecto contratual ou à “*liberdade da indiferença*”, mormente em situações que envolvam linhas de financiamento com finalidades por assim dizer mais importantes para a realização dos direitos fundamentais (habitação, educação etc.).

Nestes casos, os critérios para a tomada de decisão pelas entidades privadas não podem ser arbitrários, fruto da sua vontade radical, assim como não pode ser arbitrária a decisão sobre quem entra e quem sai de um estabelecimento empresarial aberto ao público, físico ou virtual.

Se não existe muita dúvida acerca do poder “jurídico” das entidades privadas de decidir sobre o acesso ao crédito pessoal oferecido por elas a terceiros, o mesmo não ocorre

quando a questão envolve a revista pessoal para acesso a estabelecimento empresarial aberto ao público.

A revista pessoal por entidades privadas é um tema muito sensível que pode encontrar forte resistência na doutrina tradicional, talvez por não se perceber que se trata de um poder de polícia “privado” e não do tradicional poder de polícia público.

É claro que, mesmo não sendo um poder de polícia tradicional, as entidades privadas não podem realizar revistas pessoais a esmo como medida de segurança pública em espaços públicos, competência, esta sim, reservada ao Estado.

No entanto, a dúvida pode surgir quanto à revista pessoal como condição de acesso a edifício privado aberto ao público.

Pedro Costa Gonçalves, referindo-se aos espaços (privados) de acesso condicionado ao público (recinto desportivo e zona de *check-in* de aeroportos), explica que a revista pessoal pode ser realizada por agente de segurança privada porque a lei portuguesa (LSegPriv, Decreto-lei 35/2004) os investiu de poderes (públicos) de autoridade, habilitando-os para o exercício de atividade de segurança pública <sup>1076</sup>.

O jurista explica que a faculdade de efetuar a revista pessoal nestes espaços privados de acesso condicionado ao público “não integra(r) o catálogo dos poderes privados (v.g. do Hausrecht) dos donos ou responsáveis por tais locais” <sup>1077</sup>.

O que se percebe é que em Portugal a legislação delegou o exercício do poder de polícia tradicional (segurança pública) para esses agentes de segurança privada, inclusive o poder de revista pessoal. A legislação portuguesa optou pela solução de investir entidades privadas também de poderes públicos, para além dos seus poderes privados <sup>1078</sup>.

Mas é importante frisar: segurança privada é essencialmente um poder privado e não um poder público.

---

<sup>1076</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.385.

<sup>1077</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.793.

<sup>1078</sup> Art. 6º [...]: 5 - Os assistentes de recinto desportivo, no controlo de acesso aos recintos desportivos, podem efectuar revistas pessoais de prevenção e segurança com o estrito objectivo de impedir a entrada de objectos e substâncias proibidas ou susceptíveis de gerar ou possibilitar actos de violência. 6 - A faculdade prevista no número anterior estende-se ao pessoal de vigilância no controlo de acesso a instalações aeroportuárias, bem como a outros locais de acesso vedado ou condicionado ao público, sendo que, neste caso, sempre a título excepcional, mediante autorização expressa do Ministro da Administração Interna e por um período delimitado no tempo.

O detalhe é realmente muito importante e não escapou da lente de Pedro Costa Gonçalves, para quem:

Neste caso particular, o pessoal de segurança privada é utilizado no desempenho de missões de segurança pública. Importa, contudo, considerar que, em geral, a atividade de segurança privada constitui uma atividade de natureza privada, subsidiária e complementar da função de segurança pública.<sup>1079</sup> (Sem grifo no original)

No Brasil, contudo, a Lei 7.102/1983, alterada pela Lei 8.863/1994, dispõe que a segurança privada é destinada à proteção patrimonial e pessoal<sup>1080</sup>, não realizando qualquer investidura de poderes públicos (de segurança pública) em favor dos seus agentes, escolha legislativa que aparentemente procurou se espelhar no texto constitucional<sup>1081</sup>.

É aqui que pode residir a incompreensão sobre o tema.

O que deve ficar claro é que, como bem pontuou o jurista português, a segurança privada constitui uma atividade de natureza privada, ou seja, é um poder privado exercido por entidades igualmente privadas.

Com efeito, segurança pública não é a mesma coisa que poder de polícia “privado”, porquanto, paralelamente à segurança pública, cujo exercício é dever do Estado brasileiro (CF: art.144, *caput*), sempre esteve ao alcance das entidades privadas, independentemente de norma jurídica, a possibilidade de exercício do poder de polícia “privado”, cuja autoridade (privada) é inerente à própria atividade econômica.

Por isso, diferentemente de Pedro Costa Gonçalves<sup>1082</sup>, parece adequado entender possível a revista pessoal no contexto do exercício do poder de polícia “privado”, conquanto apenas em espaços (privados) de acesso condicionado ao público ( $\neq$  acesso incondicionado ao público).

Neste caso, o pressuposto da revista pessoal será sempre o consentimento de cada cidadão: *a*) seja em razão da natureza jurídica contratual da relação (*e.g.* um espetáculo, uma

<sup>1079</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.793, NR nº 32.

<sup>1080</sup> Lei 7.102/1983: art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; [...] § 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do *caput* deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.

<sup>1081</sup> CF: Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

<sup>1082</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.793.

exposição artística ou um evento esportivo), *b*) seja em razão da aceitação de um convite formulado pela entidade privada que, de qualquer forma, poderá sempre optar por não ingressar no espaço privado cujo acesso é condicionado pelo anfitrião.

Parece adequado aplicar o mesmo raciocínio em relação às barreiras físicas (*e.g.* das portas giratórias) utilizadas por entidades privadas que estão mais expostas a riscos concretos.

Embora exista norma jurídica específica para as instituições financeiras<sup>1083</sup>, parece adequada a sua adoção por entidades privadas que tiverem a necessidade de cercar de maior proteção o seu patrimônio e as pessoas ligadas a elas.

A situação se torna um pouco mais complexa na hipótese em que o cidadão já ingressou no espaço privado de acesso condicionado ao público e o proprietário (ou o agente de segurança privada em seu nome) pretende realizar uma nova revista pessoal.

Perceba o problema: simplesmente não existe norma jurídica que solucione a questão. Então, em tese, poderia haver ao menos duas orientações doutrinárias ou jurisprudenciais quanto à nova revista pessoal: *a*) o entendimento de que ela não é possível porque se trata do exercício de poder de polícia próprio de segurança pública, reservada ao Estado ou *b*) o entendimento de que o proprietário continua tendo a faculdade de realizá-la no âmbito do espaço privado.

A ideia não é analisar a questão do ponto de vista da licitude da prova obtida através da revista pessoal para fins de apuração de crime<sup>1084</sup>, mas apenas verificar se existe fundamento jurídico para a realização de revistas pessoal pela entidade privada.

Neste aspecto, o direito do trabalho oferece uma pista para a solução da questão ao reconhecer que o empregador tem a faculdade de realizar revistas visuais nos pertences dos seus empregados com fundamento no seu “*poder de direção e fiscalização*”<sup>1085</sup>.

---

<sup>1083</sup> Lei nº 7.102/1983: Art. 2º - O sistema de segurança referido no artigo anterior inclui pessoas adequadamente preparadas, assim chamadas vigilantes; alarme capaz de permitir, com segurança, comunicação entre o estabelecimento financeiro e outro da mesma instituição, empresa de vigilância ou órgão policial mais próximo; e, pelo menos, mais um dos seguintes dispositivos: I - equipamentos elétricos, eletrônicos e de filmagens que possibilitem a identificação dos assaltantes; II - artefatos que retardem a ação dos criminosos, permitindo sua perseguição, identificação ou captura; e III - cabina blindada com permanência ininterrupta de vigilante durante o expediente para o público e enquanto houver movimentação de numerário no interior do estabelecimento.

<sup>1084</sup> O STJ entende que “*é ilícita a revista pessoal realizada por agente de segurança privada e todas as provas decorrentes desta*” (HC 470.937/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019).

<sup>1085</sup> TST: RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. REVISTA ÍNTIMA. A jurisprudência atual desta Corte é a de que a mera revista visual realizada nos pertences dos empregados (bolsas, armários e outros), de forma razoável e sem caráter discriminatório, não configura, por si só, ato ilícito a ensejar a indenização por dano moral, constituindo exercício regular do poder de direção e fiscalização do empregador. Precedentes. Recurso de

Parece que raciocínio semelhante ao do direito do trabalho pode ser utilizado na hipótese de espaço privado com acesso condicionado ao público, ou seja, parece possível que a entidade privada realize uma nova revista pessoal com fundamento no seu poder privado de fiscalização (“b”). Trata-se, aparentemente, de um exercício regular de um direito que a entidade privada deve gozar para poder organizar a utilização do seu espaço privado.

É claro que essa faculdade não pode ser exercida pela vontade radical arbitrária da “*liberdade da indiferença*”. O mais adequado e racional (e por isso jurídico) é que as entidades privadas estabeleçam normas institucionais regulando o modo e a forma através da qual essa nova revista pessoal poderá ocorrer, dando a conhecer a todos os critérios objetivos para a sua realização. Na ausência deste regulamento interno da empresa, parece razoável ter em mente a orientação jurisprudencial do TST segundo a qual a revista pessoal pode ser realizada “*de forma razoável e sem caráter discriminatório*”.

Observe novamente a importância de enxergar a liberdade econômica como “*poder privado*” (vide *supra*: 3.4.1.).

É que enxergar a questão meramente sob a ótica da liberdade pode conduzir à ideia de que, na ausência de critérios fixados em norma jurídica, a entidade privada: ou simplesmente não pode realizar uma nova revista pessoal (“a”) ou, o oposto, pode porque detém uma faculdade para tanto, faculdade tão vaga e imprecisa que poderia chegar às raias do arbítrio da “*liberdade da indiferença*”, cuja caracterização passaria a caber ao Poder Judiciário em controle externo e *a posteriori*.

Entretanto, enxergado como “*poder privado*”, e sabendo que o poder deve ser exercido com responsabilidade (“*liberdade de qualidade*”), as entidades privadas podem lançar mão de “*normas institucionais*” (regulamentos internos) com a finalidade de fixar critérios objetivos com os contornos específicos da sua atividade econômica, os quais poderão não apenas ser conhecidos previamente como também rejeitados pelo cidadão, que acabará por ter a opção de dar ou não o seu consentimento.

Neste contexto, aliás, a existência de “*normas institucionais*” pode alterar drasticamente o quadro quando se estiver diante agora de espaços privados de acesso incondicionado ao público, que passariam a ter então um tratamento (melhor) que em princípio seria destinado apenas à hipótese de acesso condicionado ao público. Perceba que, existindo o regulamento interno, o cidadão passa a ter a opção de ingressar ou não no espaço privado, restando preservado assim o seu consentimento.

Portanto, se a hipótese desta investigação estiver correta, a orientação (“*b*”) induz um salto de qualidade para a atividade econômica e para a própria proteção, inclusive preventiva, dos direitos fundamentais, o que não poderia ser alcançado através do mero contratualismo ou da orientação (“*a*”).

Entretanto, se a revista pessoal parece legítima nesses casos (de consentimento pressuposto), a ausência de consentimento do cidadão passa a exigir outra solução para a questão: o emprego da força, que, em princípio, é vedado aos agentes de segurança privada.

Esta questão é mais complexa e exige um estudo a parte.

#### 4.3.4. O emprego da força por entidades privadas: “*direito de todos*”?

O emprego da força no âmbito por entidades privadas é considerado pela doutrina tradicional um atentado ao Estado democrático de direito.

Pedro Costa Gonçalves sintetiza muito bem essa doutrina:

A admissibilidade de direitos privados de coacção física pela ordem jurídica estadual parece em contradição com alguns dos fundamentos filosóficos e políticos mais sólidos do Estado, entidade cuja razão de ser constitui inicialmente a garantia da segurança, da paz e da ordem (Bodin, Hobbes e Locke). É, aliás, esse o lastro ideológico que fundamenta e explica o ‘monopólio estadual do emprego da força’ (‘Gewaltmonopol’), princípio com origem na filosofia política, mas acolhido na ordem jurídico-constitucional, segundo alguns, como dimensão essencial dos princípios do ‘Estado de direito democrático’ e da ‘soberania popular’, ou, para outros, como um ‘princípio constitutivo do Estado’ ou ainda como um ‘princípio não escrito’, mas com afloramentos em preceitos constitucionais, como os que consagram o direito de resistência (apenas) ‘quando não seja possível recorrer à autoridade pública’.<sup>1086</sup>

O texto é muito claro e coerente com o pensamento jurídico consolidado nos últimos séculos. Não há nenhuma dúvida sobre isso.

Entretanto, tentar olhar a questão mais a fundo, além de ser um grande desafio, pode ser necessário e importante para o desenvolvimento e fortalecimento da dogmática em benefício da própria sociedade, como não poderia ser diferente.

E faz parte da metodologia do presente trabalho lançar um olhar crítico-constutivo sobre os conceitos mais consagrados da doutrina tradicional. A própria “doutrina do Estado”

---

<sup>1086</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.779.

de matriz hobbesiana ora é colocada em questão, do que resulta que os “*fundamentos filosóficos e políticos mais sólidos do Estado*” também mererem ser testados na realidade concreta da sociedade contemporânea.

O direito pós-pandemia exige não apenas um “*direito administrativo de emergência*”, mas também, muito além, um direito realista que permite averiguar até mesmo os fundamentos teóricos mais sólidos da doutrina. Até o óbvio deve ser testado.

As clássicas figuras abordadas acima do comandante de aeronave e do capitão de navio constituem apenas um aperitivo para o cerne da questão.

Nestes exemplos, em razão da ausência do Estado no céu e no mar, respectivamente, a atividade econômica, tarefa privada, e a função pública, tarefa pública, aparecem muito imbricadas. É mais fácil compreender e aceitar uma autoridade nestes casos, ficando para um segundo plano saber se esta autoridade é pública ou privada.

Entretanto, como explicar o emprego da força contra alguém, *e.g.*, que cause uma séria perturbação dentro do estabelecimento empresarial? É necessária uma norma jurídica para tratar da questão? É necessária uma delegação estatal de um poder capaz de resolvê-la?

Para explicar teoricamente o emprego da força por entidades privadas nesses casos, a doutrina tradicional lança mão da ideia de “*direito de todos*”.

Pedro Costa Gonçalves sintetiza a doutrina dizendo que “os ‘direitos de todos’ de emprego da força em situações de necessidade não revestem natureza pública; constituem direitos privados que o ordenamento jurídico reconhece a qualquer pessoa.”<sup>1087</sup>, *e.g.* da legítima defesa própria ou de terceiro, do estado de necessidade e da prisão em flagrante.

Para o jurista português pouco importa saber se o “*direito de todos*” é um *a)* “*poder conferido pelo Estado*”, *b)* uma espécie de “*tolerância do Estado*” ou *c)* um “*direito pré-existente*” do cidadão, uma vez que todas estas explicações teóricas concordam num ponto essencial, que é, segundo ele, a conclusão fundamental da sua tese: são “*direitos privados de emprego da força e não poderes ou competências públicas, transferidas ou delegadas por lei*”<sup>1088</sup>.

A conclusão do jurista está correta: nem sempre o emprego da força é um poder público, delegado por lei.

<sup>1087</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.784.

<sup>1088</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.780-781.



Por isso é adequado enxergar que o emprego da força também pode ser um predicado do “*poder privado*”, do poder de polícia “privado”, que não pode ser confundido com o poder de polícia (público) tradicional, nem com a questão da sua delegabilidade em favor de particulares.

Todavia, apesar de correta a conclusão do jurista português, é importante conhecer melhor a natureza jurídica desse poder de polícia “privado” do qual pode decorrer o emprego da força. Muito importante.

A explicação teórica ‘a’ parte do pressuposto de que o direito só existe na norma jurídica que sempre concede o poder “jurídico” à entidade privada, se mostrando incompatível, portanto, com o pluralismo institucional, que admite o poder “jurídico” também fora do Estado.

Já a explicação ‘b’, conquanto revele a insuficiência da norma jurídica, ao menos encontra respaldo no conceito de “*irrelevância*” do “*pluralismo institucional*”.

Entretanto, não é possível saber se na explicação ‘c’ o jurista se refere a um direito natural pré-existente ao Estado ou a um direito privado previamente concedido pelo Estado. Ao que parece, pela linha de pensamento, o jurista adota a segunda hipótese, que, contudo, não deixa de ser incompleta por não contemplar as “*normas institucionais*” produzidas fora do Estado.

Com efeito, é importante colocar a questão sob o microscópio do “*pluralismo institucional*” para conhecer qual a sua explicação teórica para o emprego da força pelas entidades privadas.

Desde já é possível antecipar parte da resposta: não é a norma jurídica.

É que para o “*pluralismo institucional*” não existe monopólio do emprego da força em favor do Estado.

Num primeiro momento, a afirmação acima pode causar surpresa, mas o fato é que a própria doutrina tradicional reconhece que o monopólio do emprego da força não é absoluto, “*mas apenas um ‘princípio da proibição’*”, sendo legítimo o seu exercício por particulares “*em condições excepcionais*”<sup>1089</sup>.

É certo que por trás desse reconhecimento está a ideia de que é somente a norma jurídica (o Estado) que concede essa autorização.

---

<sup>1089</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.779-780.

Mas será que este raciocínio está mesmo correto?

Citando a doutrina alemã, Pedro Costa Gonçalves destaca que:

[...] até Hobbes, um dos fundadores da teoria do monopólio estadual da força, reconheceu que o dever de não recorrer à coacção nas relações entre privados desaparece quando o Estado não exerce ou não está em condições de exercer os seus deveres de proteção.<sup>1090</sup> (Sem grifo no original)

A transcrição merece reflexão.

Partindo desta premissa, seria possível estabelecer *a priori* uma regra segundo a qual o Estado tem o monopólio do emprego da força?

Um pequeno país europeu como a Alemanha “*exerce ou está em condições de exercer os deveres de proteção*” da mesma forma que um país continental como Brasil? E mesmo um país como o Brasil “*exerce ou está em condições de exercer os deveres de proteção*” com a mesma intensidade tanto na região metropolitana de São Paulo como na região da floresta amazônica?

O apontamento acima nem seria necessário se fosse comum a reflexão sobre a ideia de que o Estado não é onipresente nem onisciente como pressupõe o normativismo jurídico.

O fato é que as soluções jurídicas criadas por entidades privadas fora do Estado, mesmo no que concerne ao delicado tema do emprego da força, não podem ser simplesmente descartadas *a priori*.

Talvez por isso a doutrina minoritária alemã mencionada Pedro Costa Gonçalves entenda que “o monopólio do emprego da força deve ser relativizado, pois o que verdadeiramente existe é apenas um monopólio estadual (legal) de definição das condições do emprego da força”<sup>1091</sup>.

Note bem: monopólio da “*definição das condições*” e não do próprio “*emprego da força*”, que parece realmente estar além da capacidade do Estado, que não é onipresente nem onisciente na realidade prática.

Neste contexto, não se pode simplesmente descartar *a priori* a possibilidade do emprego da força por entidades privadas fora das hipóteses por assim dizer taxativas do chamado “*direito de todos*” (legítima defesa própria ou de terceiro, do estado de necessidade, da prisão em flagrante etc.).

<sup>1090</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.780, NR 1112.

<sup>1091</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.779, NR 1109.

O que se pretende dizer é que a doutrina não pode sepultar em definitivo a possibilidade do emprego da força em hipóteses que não foram contempladas pela norma jurídica estatal dentro do “*direito de todos*”.

A presunção de que a norma jurídica (na Alemanha, no Brasil ou em qualquer parte do mundo) é capaz de prever absolutamente todas as hipóteses em que o emprego da força pelas entidades privadas é admitido parece um grande equívoco <sup>1092</sup>.

Não é à toa que a doutrina e a jurisprudência do direito penal se debruçam com tanta dedicação sobre o tema das “*causas supralegais*” (de exclusão de ilicitude, de culpabilidade etc.). O problema é que o direito penal dissecar “corpos mortos”, ou seja, analisa a conduta criminosa já praticada.

Mas o direito administrativo não precisa fazer o mesmo. Em vez de se debruçar sobre a patologia, sobre o que já passou, o direito administrativo do sujeito agente da “*primeira pessoa*” deve compor e atuar na decisão prática com os olhos no passado, no presente e no futuro.

O papel e a importância dos *standards* para o direito administrativo já foram expostos ao longo de todo o trabalho. Estudar o emprego da força pela autoridade privada no contexto de cada específica atividade econômica sob o enfoque dos *standards* pode representar um grande salto de qualidade para o direito administrativo.

Parece muito inadequado, quase uma imprudência, abandonar o tema do emprego da força pelo poder de polícia “*privado*” dentro do genérico “*direito de todos*”, ao menos se este for entendido como um direito privado previamente concedido pelo Estado através de norma jurídica. E não importa que esta norma jurídica seja expressa ou implícita (e.g. o direito de resistência está previsto expressamente nas Constituições de Portugal <sup>1093</sup> e da Alemanha <sup>1094</sup> e implicitamente na Constituição brasileira <sup>1095</sup>).

---

<sup>1092</sup> Mais uma vez é importante a lição sobre “*fato de que deve haver, no juízo e na ação avaliativos, algum tipo de atividade não-governado por regras*”. MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p. 131.

<sup>1093</sup> CRP: artigo 21.º Direito de resistência: Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

<sup>1094</sup> GG: art.20 [...] (4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.

<sup>1095</sup> Vide: GARCIA, Maria. **Desobediência civil**, direito fundamental, p.262.

No ordenamento jurídico brasileiro, a norma jurídica que assegura o exercício regular do direito <sup>1096</sup> - “*direito de todos*” - não parece ser suficiente para explicar por completo o emprego da força por entidades privadas, tanto que depende do complemento de outra norma jurídica para tentar fixar os seus limites, lançando mão da regra do abuso de direito <sup>1097</sup>. Esta norma jurídica, por sua vez, fixa estes limites de maneira genérica e aberta, vale dizer, através da técnica dos chamados conceitos jurídicos indeterminados/cláusulas gerais, oferecendo conseqüentemente menor grau de segurança jurídica e previsibilidade à sociedade, de maneira a praticamente abandonar a definição do abuso de direito nas mãos do Poder Judiciário <sup>1098</sup>.

É fato que os conceitos jurídicos indeterminados/cláusulas gerais <sup>1099</sup> adotados pela norma jurídica (“*fim econômico ou social*”, “*boa-fé*” e “*bons costumes*”) oferecem um padrão mínimo a ser seguido, não há dúvida, mas não se pode negar que a complexidade e a multiplicidade das atividades econômicas desempenhadas pelas entidades privadas podem exigir densidade e concretude maiores do que estes conceitos abstratos e abertos, não sendo adequado (nem prudente) deixar apenas ao Poder Judiciário realizar esta definição.

Conquanto não seja necessário se prender a um exemplo nesse momento <sup>1100</sup>, parece adequado deixar em aberto a possibilidade teórica do emprego da força por entidades privadas no contexto da atividade econômica em situações localizadas na fronteira entre o exercício regular de direito e o abuso de direito.

O que fazer então nesses casos de dúvida?

As entidades privadas podem adotar duas soluções: *a)* agir com base unicamente nos conceitos jurídicos indeterminados/cláusulas gerais da norma jurídica de direito privado, deixando os cidadãos com quem se relacionam submetidos ao seu mero voluntarismo (“*liberdade da indiferença*”); ou, mais do que isto, *b)* editar “*normas institucionais*” visando conferir densidade e concretude maiores ao direito objetivo criado para âmbito da sua

---

<sup>1096</sup> CC: art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

<sup>1097</sup> CC: art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>1098</sup> A doutrina civilista enxerga no art. 187 do CC o “*ideal de justiça além da letra da lei*” que cria “*válvulas de segurança contra a aplicação rígida e cega dos esquemas abstratos da lei*”, dando a entender, contudo, que caberia apenas e tão somente “*ao magistrado o desafio de harmonizar a autonomia individual e a solidariedade social*”. CARPENA, Heloísa. **O abuso do Direito no Código de 2002: Relativização de direitos na ótica civil-constitucional**, p.401-419.

<sup>1099</sup> Não interessa aqui a distinção feita pela doutrina.

<sup>1100</sup> Em situações como: expulsão de ambulantes do transporte privado de passageiros (rodoviário, aéreo, ferroviário, aquaviário etc.), impedimento físico de entrada em estabelecimento empresarial aberto ao público etc.

“*microcomunidade*”, garantindo assim maior segurança e previsibilidade para o cidadão nele inserido (microgovernado).

A segunda solução (‘*b*’) parece melhor e mais racional.

As entidades privadas, ao criarem suas “*normas institucionais*” (leia-se: regulamentos internos) no contexto da atividade econômica da sua “*microcomunidade*”, acabam por estabelecer regras para o emprego da força que são mais densas, concretas e objetivas do que as normas jurídicas do Código Civil (art.187 e 188), oferecendo aos seus microgovernados (atuais e futuros) maior segurança jurídica e previsibilidade.

Aliás, os próprios direitos fundamentais, por mais paradoxal que possa parecer, podem ser garantidos com mais eficácia através desta providência, já que o ponto de vista da “*primeira pessoa*” é eminentemente preventivo e antecede o controle jurisdicional externo realizado sob o ponto de vista da “*terceira pessoa*” (vide *supra*: 3.7.1.1.).

É claro que é sempre melhor e substancialmente mais legítimo que a autoridade (pública ou privada) evite o emprego da força, mas o fato é que a força pode se tornar necessária em situações muito específicas também como escudo contra séria obstacularização do exercício da atividade econômica (*e.g.* de atividades essenciais) e não apenas contra eventual agressão ou perigo iminente (*e.g.* da legítima defesa e do estado de necessidade).

A fronteira com o exercício arbitrário das próprias razões<sup>1101</sup> é muito tênue, mas o fato é que, se o “*direito de todos*” permite o desforço imediato (força) em relação à posse da coisa (CC: art. 1.210, *caput* e §1º), por que haveria de negar o desforço imediato (emprego da força) também para uma específica e delicada atividade econômica essencial?

Portanto, a natureza jurídica do poder de polícia “privado”, do qual pode excepcionalmente decorrer o emprego da força, mais do que um “*direito de todos*”, é eminentemente um “*poder privado*” a ser exercido através da “*liberdade de qualidade*” e organizado através de “*normas institucionais*”.

#### 4.3.4.1 O emprego da força: o exemplo do Estatuto do Torcedor

Se a hipótese desta investigação estiver correta, será possível defender o emprego da força por entidades privadas no exemplo abaixo da fig. 28 abaixo:

---

<sup>1101</sup> CP: art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.

Os agentes de segurança privada contratados por entidades privadas para trabalhar em eventos esportivos podem adotar o emprego da força com a finalidade de impedir ou remover o torcedor que eventualmente tenha invadido a área restrita aos competidores, mesmo que não represente qualquer perigo para os jogadores ou para terceiros (fig.28).

No exemplo acima (fig.28) não se está diante de legítima defesa, de estado de necessidade, ou de prisão em flagrante, nem do desforço imediato sobre a posse da coisa. Tampouco se trata de uma questão de segurança pública (poder de polícia tradicional).

Num primeiro momento, se pode dizer que se trata de hipótese de emprego da força que tem como fundamento a norma jurídica genérica relativa ao exercício regular de um direito (CC: art.188), ou ainda a norma jurídica específica do Estatuto do Torcedor que autoriza o “*afastamento imediato do recinto*”<sup>1102</sup>.

Mas fica a pergunta: mesmo antes da aprovação do Estatuto do Torcedor (Lei 10.671/2003), as entidades privadas organizadoras das atividades esportivas não poderiam tomar idêntica providência? Antes desta lei, cabia apenas e tão somente às forças de segurança pública (leia-se, polícia militar) assegurar o regular funcionamento dessas atividades esportivas privadas?

A melhor parece ser a de que, mesmo antes da aprovação da norma jurídica conhecida como Estatuto do Torcedor, cabia sim às entidades privadas organizadoras prover o regular funcionamento das suas atividades esportivas, ainda que para tanto fosse necessário o emprego da força contra o torcedor por assim dizer invasor.

A doutrina do monopólio do emprego da força embaralhou esta questão durante muito tempo, induzindo no equívoco de imaginar que é tudo a mesma coisa, que a força empregada para garantir a segurança pública (ou o poder de polícia tradicional) é a mesma força empregada para garantir o regular funcionamento da atividade econômica (poder de polícia “privado”).

Ocorre que não é tudo a mesma coisa.

Paralalamente ao poder de polícia público exercido pelo Estado, sempre esteve ao alcance das entidades privadas, independentemente de norma jurídica, a possibilidade de

---

<sup>1102</sup> Art. 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei: [...] IX - não invadir e não incitar a invasão, de qualquer forma, da área restrita aos competidores. [...] Parágrafo único. O não cumprimento das condições estabelecidas neste artigo implicará a impossibilidade de ingresso do torcedor ao recinto esportivo, ou, se for o caso, o seu afastamento imediato do recinto, sem prejuízo de outras sanções administrativas, civis ou penais eventualmente cabíveis.

exercício do poder de polícia “privado”, cuja autoridade (privada) é inerente à própria atividade econômica, em especial quando se está diante de espaços abertos ao público como no exemplo dos estádios desportivos.

É claro que a complexidade da sociedade contemporânea, o aumento da violência em especial, passou a exigir uma maior profissionalização no exercício do poder de polícia “privado”, dando margem ao surgimento de entidades privadas com esta função específica. Mas isto não altera o fato de que a função primordial das entidades de segurança privada é assegurar, em nome da entidade privada contratante, o regular funcionamento da atividade econômica em si.

Perceba que só muito indiretamente essa função repercute na esfera da segurança pública (“*subsidiária e complementar da função de segurança pública*”<sup>1103</sup>).

E é exatamente em razão e na medida desta repercussão na esfera da segurança pública que o Estado tem competência para organizar tanto a segurança pública quanto a segurança privada, integrando uma à outra<sup>1104</sup>.

No ponto, vale destacar que o PLS 457/2016 pretende alterar o ET para dizer que as entidades privadas organizadoras “*deverão*” disponibilizar segurança privada para a realização dos eventos esportivos<sup>1105</sup>.

Deixando de lado discussão sobre a questão de o Estado estar ou não privatizando indevidamente a sua função de garantir a segurança pública (questão diversa), o fato é que estas entidades privadas, independentemente de qualquer norma jurídica, sempre tiveram ao seu alcance a possibilidade de exercer o poder de polícia “privado” inerente à sua própria atividade desportiva.

E não apenas porque tem “a responsabilidade pela segurança do torcedor”<sup>1106</sup>, mas também porque é essencial para o regular funcionamento da atividade esportiva em si, do que resulta obviamente a própria segurança dos torcedores, de terceiros, dos agentes de segurança

---

<sup>1103</sup> GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008. p.793, NR nº 32.

<sup>1104</sup> Cf. por exemplo o “Marco de Segurança no Futebol”. Guia de Recomendações para atuação das forças de segurança pública em praças desportivas. In: [https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/guia-futebol\\_web.pdf](https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/guia-futebol_web.pdf), acesso em 29/04/2020.

<sup>1105</sup> PLS 457/2016: Art. 14 [...] I – disponibilizar agentes de segurança privados, devidamente identificados e em número adequado, responsáveis pela segurança dos torcedores dentro dos estádios e demais locais de realização de eventos esportivos;

<sup>1106</sup> ET: Art. 14. Sem prejuízo do disposto nos arts. 12 a 14 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a responsabilidade pela segurança do torcedor em evento esportivo é da entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e de seus dirigentes, que deverão:

privada, dos agentes de segurança pública, das pessoas da própria entidade privada, enfim, de todos aqueles que aderem à ideia diretriz desta verdadeira instituição.

Note: trata-se de um verdadeiro microgoverno que exerce o “*poder privado*” no âmbito de uma “*microcomunidade*” em favor de todos os microgovernados.

Tudo o que foi exposto neste exemplo poderia perfeitamente ser explicado pelo “*direito de todos*”, ou seja, pelo exercício regular de direito do Código Civil. Poderia ainda ser explicado, em se tratando de atividade desportiva, pelo próprio Estatuto do Torcedor.

Entretanto, esta explicação teórica com base numa normatização genérica (“*direito de todos*”), é suficiente para lidar com o emprego da força, muito além das atividades desportivas, para as mais variadas atividades econômicas desenvolvidas numa complexa sociedade?

Parece que não.

Mesmo porque não existe um detalhamento em normas jurídicas sobre o que seja exatamente um “*exercício regular*” ou um “*afastamento imediato do recinto*”<sup>1107</sup>, de modo que a edição de “*normas institucionais*” pode ser muito útil para detalhar com mais expertise o emprego da força em cada específica “*microcomunidade*”, o que tende a ser favorável à proteção dos direitos fundamentais do próprio cidadão (solução “*b*” do item anterior)<sup>1108</sup>.

Fica fácil visualizar através deste exemplo que as entidades privadas organizadoras exercem um verdadeiro “*governo privado*” no âmbito esportivo<sup>1109</sup>, não sendo o contrato suficiente para explicar o poder de polícia “privado” exercido no âmbito das praças desportivas (“*microcomunidades*”). É nesta perspectiva que devem ser enxergadas as expressões “termos de uso”, “termos e condições de uso”, “termos de adesão”, “política de privacidade” e equivalentes que são empregadas nos instrumentos “contratuais” celebrados por essas entidades privadas.

Portanto, apesar da singeleza do exemplo do ET, a teoria utilizada para explicá-lo (“*pluralismo institucional*”) pode contribuir muito para tornar melhor o exercício do poder de polícia “privado” no contexto de outras atividades econômicas e, se for o caso, tornar melhor

---

<sup>1107</sup> O que pode ser considerado “*exercício regular*” e como deve se dar o “*afastamento do recinto*”? Um mero empurrão, um aperto no antebraço, uma “chave de braço”, uma “gravata”, um mata-leão?

<sup>1108</sup> Note a importância do tema diante da morte do americano George Floyd em razão do emprego excessivo da força pela polícia de Minneapolis, o que gerou uma onda de protestos nos EUA em maio de 2020. Talvez, a vida deste americano pudesse ter sido poupada se houvesse “*normas institucionais*” mais específicas e treinamento técnico mais adequado sobre o emprego da força. Realmente não há como saber, mas nem por isso a proposta deixa de provocar uma reflexão.

<sup>1109</sup> Só a CBF (Confederação brasileira de futebol) anunciou receita e investimento recorde em 2019. A sua receita perto de R\$ 1 bilhão é maior do que o orçamento da grande maioria dos Municípios brasileiros. *In*: <https://www.cbf.com.br/a-cbf/informes/index/cbf-registra-receita-e-investimento-recordes-em-2019>, acesso em 29/04/2020.



o próprio emprego da força em situações extremas, as quais, frise-se, podem ocorrer tanto num âmbito físico (*e.g.* do estabelecimento empresarial) quanto num âmbito virtual (*e.g.* das plataformas digitais).

#### 4.4. A SINDICABILIDADE SOBRE O PODER PRIVADO: MEDIR COM QUAL RÉGUA?

A questão do controle judicial do ato administrativo praticado pela Administração Pública já foi analisado antes (vide *supra*: Parte I, 2.6.1.). O que se pretende fazer agora é analisar se as decisões tomadas pelas entidades privadas no contexto da atividade econômica podem ser objeto de controle judicial sob uma perspectiva nova, uma perspectiva semelhante àquela utilizada para controlar o ato administrativo.

A pretensão não é despropositada se se perceber que algumas decisões tomadas no contexto de um microgoverno privado, como amplamente abordado no trabalho, geram efeitos jurídicos muito próximos àqueles gerados pelos atos administrativos praticados pela Administração Pública, o que justifica inclusive, se a hipótese desta tese estiver correta, uma aproximação entre eles.

Conforme exposto, existem relações privadas que constituem verdadeiras “*relações de poder privado*” para as quais a teoria da “*dupla face*” de Santi Romano, ao identificar a presença de uma autoridade no interior destas relações jurídicas, desiguais na realidade fática, oferece uma explicação teórica melhor do que a teoria do contrato.

Nesta perspectiva, o controle judicial passa a incidir não apenas sobre uma face da moeda (a do contrato), mas também sobre a outra face da mesma moeda (a da autoridade).

A teoria do contrato criou um expediente teórico – autonomia da vontade – com a nítida pretensão de bloquear qualquer ingerência, qualquer controle judicial, de maneira a lançar todos os fatos que ocorrem no interior da relação jurídica contratual (chamados de fatos extrajurídicos), dentro da esfera da vontade radical do puro arbítrio das partes. Mesmo quando a teoria do contrato evoluiu para passar a permitir o controle judicial, mesmo assim, não conseguiu escapar do puro arbítrio, agora do juiz. E não poderia ser diferente se o objeto do controle judicial é uma esfera oca na qual perambula uma vontade desordenada e arbitrária das partes.

Mais de uma vez foi demonstrado o problema resultante da bifurcação artificial da realidade em duas esferas, uma delas a esfera privada da autonomia radical da vontade.

Ocorre que, como amplamente exposto, nem sempre a relação jurídica contratual está permeada apenas e tão somente pelo elemento autonomia da vontade, podendo, mais do que isto, estar preenchida de um segundo elemento: a autoridade privada.

Nesse passo, a autoridade privada não pode receber o mesmo tratamento jurídico dado à autonomia da vontade, uma vez que são essencialmente diferentes. Uma relação jurídica entre iguais é logicamente diferente de uma relação jurídica entre desiguais, o que exige que sejam tratadas de maneira diferente.

Se o juiz deve exercer um controle menor numa relação jurídica entre iguais, deve exercer, diferentemente, um maior controle numa relação jurídica entre desiguais.

Mas reconhecer isto não basta, se a relação jurídica entre desiguais for por assim dizer oca, exercida através da “*vontade da indiferença*”.

De fato, se a relação jurídica entre desiguais não tiver algum substrato mais sólido e concreto para o exercício da autoridade privada, então, tudo leva a crer que o “*poder privado*” dela decorrente possa estar sendo exercido de maneira arbitrária e indiferente. E, sendo assim, tudo leva a crer que as suas decisões ficarão mais vulneráveis a um controle judicial que também poderá se revelar arbitrário.

É por isso que a autoridade privada instalada no interior das relações jurídicas entre desiguais deve ser exercida com base num substrato mais sólido e concreto que legitime substancialmente o “*poder privado*”.

Com isso, o controle judicial não incidirá mais sobre a esfera oca da autonomia da vontade (“*liberdade da indiferença*”), mas sim sobre uma esfera densa e cheia de substância na qual passa a ser possível conhecer as razões (o *telos*) da autoridade privada exercida no interior da relação jurídica entre desiguais.

Controlar as razões (o *telos*) da autoridade privada é diferente, substancialmente diferente (para melhor), do que controlar uma liberdade oca. É como se o ato de controlar uma esfera oca significasse medir o exercício do “*poder privado*” através da régua externa e estranha do juiz. E, contrariamente, como se o ato de controlar uma esfera densa e cheia de conteúdo significasse medir o exercício deste mesmo poder privado através da régua específica do caso concreto.

Neste último caso (da esfera densa), o juiz, mesmo a partir do ponto de vista da “*terceira pessoa*”, pode ter a oportunidade de mergulhar nas razões (no *telos*) da autoridade privada, colocando-se empaticamente no lugar dela para enxergar as particularidades daquela específica relação jurídica entre desiguais.

Perceba como essa concepção se aproxima do princípio da empatia aplicável à gestão pública por força da recente alteração na LINDB <sup>1110</sup>. As decisões da autoridade privada tomadas no interior das relações jurídicas entre desiguais devem ser medidas com a própria régua do gestor, inspecionada pela régua do juiz.

Se a autoridade privada não adota a régua própria para as suas particularidades, deve suportar sobre si o ônus do peso da régua exclusiva do juiz que, na impossibilidade de identificar o *telos* da sua decisão (do gestor), pode se ver impelido a se imiscuir na autonomia da vontade (as vezes em prejuízo da própria parte vulnerável) ou então substituir o arbítrio das vontades radicais das partes pela sua própria vontade radical (em prejuízo de ambas as partes), podendo cair num ativismo judicial.

Portanto, se a hipótese desta investigação estiver correta, não havendo duas régua, mas apenas a régua exclusiva do juiz, o controle judicial deverá incidir quase que apenas sobre normas constitucionais (por isso eficácia imediata), já que não haverá outra régua com que medir os direitos fundamentais das partes, não havendo se falar assim em eficácia mediata pela singela razão de que não haverá nada a mediar a não ser a “*liberdade [oca] da indiferença*” (vide *supra*: item 3.7.1.1.).

#### 4.4.1. A extensão da sindicabilidade sobre o poder privado

Parece evidente que o controle judicial dos atos administrativos praticados pela Administração Pública, em razão do seu objeto mais amplo (o bem comum geral), acaba sendo também naturalmente mais extenso do que o aquele exercido em relação às decisões tomadas pela autoridade privada, cujo objeto é menos amplo (bem comum particular). Parece intuitiva a ideia de que um bem comum geral é naturalmente mais ampla e mais extensa do que a ideia de um bem comum particular (da “*microcomunidade*”).

Em relação a esta última, a liberdade econômica que fundamenta as relações jurídicas de direito privado, mesmo as desiguais, acaba tendo um caráter de foro mais íntimo <sup>1111</sup> do que em relação à primeira, na qual estão em jogo as relações jurídicas de direito

---

<sup>1110</sup> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

<sup>1111</sup> A doutrina também utiliza as expressões “*liberdade negativa*” ou “*esfera para a autorrealização e para a não interferência do Estado*”. Cf.: BOEIRA. Marcus Paulo Ryncembel. **A natureza da democracia**

público, do resulta que a sindicabilidade judicial sobre a atividade econômica deve ser por assim dizer mais contida do que a sindicabilidade sobre a atividade administrativa, exatamente em razão da necessidade de se respeitar a autonomia da vontade das partes.

É nesse sentido que caminha a doutrina portuguesa:

Menos intensa do que a vinculação por parte das entidades privadas poderosas, esta situação de liberdade em face do direito não significa necessariamente um mal, nem sequer uma irresponsabilidade, pois há outros complexos normativos que regulam as relações entre as pessoas. Pretender o contrário, seria ter da ordem jurídica uma visão totalitária, querendo tudo regulamentar e ordenar, sem deixar nenhum espaço para a liberdade individual e a autonomia da vida social.<sup>1112</sup>

Sob esse prisma, em princípio, a sindicabilidade sobre o ato administrativo praticado pela Administração Pública - que é plena - não tem a mesma extensão da sindicabilidade sobre a autoridade (privada) exercida no interior das “*relações privadas de poder*” que deve ser menos intensa.

Observe como o tema dos direitos fundamentais retorna ao debate, novamente.

Conforme exposto (vide *supra*: item 3.7.1.1.), a doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais tanto para as relações verticais quanto para as relações horizontais é muito simplista e não oferece critérios adequados para separar as situações que são claramente distintas, deixando, em vez disto, nas mãos do juiz dizer em primeira mão (imediatamente), a partir apenas do ponto de vista externo da “*terceira pessoa*”, qual a variação no caso concreto<sup>1113</sup>.

Ocorre que não é bem assim.

Dizer que é tudo igual, ou seja, que as relações públicas de poder são a mesma coisa que “*relações privadas de poder*” ou ainda que estas relações privadas “entre desiguais” são a mesma coisa que as relações privadas “entre iguais”, parece ser um grande erro.

Nesse passo, a primeira divisão que se deve ter em mente, mesmo sob a perspectiva da Constituição brasileira, é aquela que considera no mínimo estes três níveis de

**constitucional**, p.114. Em sentido parecido, fazendo a distinção entre conceitos de “*direitos orientados à liberdade*” (negativos) e “*direitos orientados à justiça*” (positivos), cf.: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.82-83.

<sup>1112</sup> Utilizando a expressão “*foro espiritual e mundivindicial*” de Canotilho, vide: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da.. **A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias**, p.272-273.

<sup>1113</sup> Novamente: a doutrina brasileira reconhece que prevalece na doutrina alemã a distinção entre as relações (manifestamente desiguais e iguais) e, conseqüentemente, entre os seus efeitos (eficácia imediata e eficácia mediata, respectivamente), defendendo, contudo, que no ordenamento jurídico brasileiro a eficácia é sempre imediata, podendo, não obstante, variar conforme o caso concreto. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p.404-407.

sindicabilidade judicial relativamente aos direitos fundamentais - *a*) relações públicas de poder, *b*) relações privadas “entre desiguais” e *c*) relações privadas “entre iguais”.

E mesmo assim, não se pode perder de vista que estes níveis representam apenas uma divisão formal, ou seja, uma divisão didáctica desprovida de conteúdo. Entretanto, este conteúdo não pode simplesmente ficar nas mãos do voluntarismo do juiz para cada caso concreto (como pressupõe a doutrina), devendo as partes, diferentemente, procurar se calçar de um substrato mais sólido e concreto que legitime substancialmente o exercício de todo o poder, público ou privado.

Neste contexto, a sindicabilidade deixa de incidir num caso concreto oco (da “*liberdade da indiferença*”) e passa a incidir num caso concreto repleto de razões (de tólos) confeccionadas pelo sujeito agente da “*primeira pessoa*” que, de alguma maneira, compõe e atua no exercício do poder (repita-se, público ou privado).

Isto não é pouca coisa em termos dogmáticos.

Note que a sindicabilidade judicial não se restringe apenas às relações de poder (“*a*” e “*b*”), devendo alcançar também as relações privadas “entre iguais” (“*c*”), cuja máxima expressão é o contrato.

É que mesmo o consentimento, mesmo a liberdade contratual entre iguais, encontra limites externos que não podem ser ignorados, por mais isto provoque a ira dos liberais mais radicais <sup>1114</sup>.

Refutar os limites externos básicos da vontade radical do consensualismo significaria romper com qualquer racionalidade ou possibilidade de convivência humana mínima e, conseqüentemente, destruir o próprio direito. Significaria retroceder rumo a mais pura barbárie, não encontrada nem na vingança privada, nem nas ordálias, o que nenhuma genuína instituição teria a frieza e ousadia de fazer.

Muito pelo contrário, uma sociedade minimamente consciente de sua humanidade deve combater fortemente, através de normas jurídicas estatais e de genuínas “*normas institucionais*”, todo e qualquer agrupamento humano em torno de uma situação hipotética irracional, *e.g.* de “clube do canibalismo”, que não seria nada mais do que um simulacro de instituição, um simulacro de direito, aliás, de muito mau gosto.

---

<sup>1114</sup> O exemplo do “*canibal de Rothenburg*” oferecido pela filosofia política parece ficção, mas é a mais tenebrosa realidade do pensamento humano que combina liberdade, fauna ambiental e (in)dignidade da pessoa humana. Só para lembrar: o canibal que devorou a vítima voluntária acabou se tornando vegetariano em razão da sua objeção de consciência quanto à desumanidade que enxergava na criação de animais de corte. SANDEL, Michael. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa, p.94.

Com efeito, não se pode deixar de admitir que, mergulhando mais fundo na questão, a sindicabilidade judicial sobre relações privadas “entre desiguais” (“*relações privadas de poder*”), ou mesmo sobre relações privadas “entre iguais”, também deve ser plena, como na situação hipotética acima, tanto quanto deve ser plena aquela realizada sobre o ato administrativo praticado pela Administração Pública. Trata-se em verdade de uma sindicabilidade que recai sobre o conteúdo (substância) e não apenas sobre o tipo da relação jurídica “a”, “b” ou “c” (forma).

#### 4.4.2. A questão da deferência judicial: os *standards* na atividade econômica

Quanto à questão da deferência judicial, parece adequado dizer que, se o juiz deve reconhecer uma primazia ao ato administrativo praticado pela Administração Pública, deve igualmente fazê-lo em relação ao microgoverno exercido no contexto da atividade econômica.

Essa deferência judicial não deve ser dirigida à liberdade da entidade privada em si mesma (“*liberdade da indirefença*”), mas sim à racionalidade das “*normas institucionais*” e da decisão prática tomada no âmbito da sua “*microcomunidade*”.

Na linha do que foi exposto acima, a deferência judicial não pode ser subserviente a uma autonomia da vontade radical e oca, devendo, muito ao contrário, parar para refletir sobre um conteúdo sólido e concreto produzido a partir da “*liberdade de qualidade*” da entidade privada.

As razões levantadas pelas entidades privadas através de um processo decisório, no sentido amplíssimo, sempre em busca de um *telos*, podem contribuir muito para garantir aquilo que foi denominado deferência “de primeiro grau” para o ato administrativo.

Recapitulando (vide *supra*: 2.6.1.): só é viável uma deferência judicial (“de primeiro grau”), se a decisão da entidade privada (ou da Administração Pública) tiver sido tomada a partir de parâmetros que sirva de base necessária e suficiente para fundamentá-la (deferência “de segundo grau”). Os *standards* parecem representar exatamente este papel, podendo funcionar como um grande aliado não apenas para a Administração Pública, mas também para as entidades privadas, bem como para o próprio juiz no controle judicial.

O direito penal, *e.g.*, já percebeu a importância dos *standards* para avaliar a imperícia humana nos chamados crimes culposos<sup>1115</sup>. O conceito de imperícia só pode ser obtido

---

<sup>1115</sup> CP: art.18 [...] II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

através de padrões objetivos que são externos ao agente e que tem exatamente a função de balizar de oferecer parâmetros para a sua conduta, algo muito próximo dos *standards*.

Como já mencionado antes (vide *supra*: Parte I, 1.1.2.3.), o *standard* não diz o que deve ser feito, nem enuncia regras de conduta na lógica binária do tipo permitido-proibido; antes, oferece uma medida justa da conduta que deve ser adotada em cada caso concreto, sendo assim uma regra de julgamento, harmonizando e integrando os interesses existentes na sociedade <sup>1116</sup>.

Duas observações são importantes. A primeira é que o *standard*, sobre ser uma medida justa, serve apenas de parâmetro, não devendo ser encarado como um limite máximo (“*teto econômico*”), já que a capacidade humana não pode ser amputada por um conceito de “homem médio” ou “vontade média”. É absolutamente natural que o homem queira e, de fato, consiga ir muito além do *standard* para fazer melhor do que a sua média propõe. Só deve evitar fazer pior.

A segunda observação consiste no fato de que é no contexto da particularidade do caso concreto (e do *telos*) que a razão de decidir deve ser confrontada com o *standard*, sendo inadequado bater o pé num “*piso social*” estático e definitivo, como a doutrina de cunho sociológico sugere. Em outras palavras, mesmo que pior do que a média proposta pelo *standard*, é o caso concreto, a partir da régua do sujeito agente da “*primeira pessoa*”, que vai permitir que o juiz avalie melhor a adequação da decisão tomada pelas entidades privadas no exercício do seu microgoverno.

Enfim, o *standard* não se presta a substituir a decisão humana, mas apenas a oferecer parâmetros mais ou menos objetivos que sejam capazes de orientá-la, num primeiro momento, e orientar o próprio controlador judicial, num segundo momento.

Diante de um *standard*, o juiz tem melhores condições de reconhecer a deferência em prol da decisão tomada pelas entidades privadas e pela própria Administração Pública. Sem um *standard*, resta ao juiz aprofundar ainda mais na particularidade da régua do sujeito agente da “*primeira pessoa*” no caso concreto (e do seu *telos*) para poder exercer a sua sindicância da melhor forma possível.

#### 4.4.3. O Conflito com o Ato Administrativo: Novamente o “Conflito de Direitos”

---

<sup>1116</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.93.

Se a hipótese desta investigação estiver correta, as decisões proferidas por entidades privadas que exercem microgoverno deverão ser equiparadas aos atos administrativos praticados pela Administração Pública, de modo que passa a ter importância a questão sobre eventual conflito entre a decisão privada e a decisão pública.

A questão não é diferente daquela formulada sobre a relação entre a norma jurídica e a norma institucional, ou seja, da questão do “conflito de direitos” (vide *supra*: 4.1.3.4. e 4.2.3.).

O ato administrativo praticado pela Administração Pública, por si só, não aniquila a decisão tomada pela autoridade privada; antes, ambas coexistem na perspectiva do conceito de “*relevância jurídica*” do “*pluralismo institucional*”.

O ato administrativo tanto quanto a decisão do microgoverno privado deve buscar uma legitimidade o mais substancial possível, de maneira que, ainda que detenha uma espécie de primazia no governo da sociedade como um todo perante o “*poder privado*”, deve procurar construir e manter dialogicamente esta legitimidade substancial na realidade prática, inclusive no âmbito da “*microcomunidade*”.

O fato é que o ato administrativo praticado pela Administração Pública, sobre ter esta primazia, serve de parâmetro para o microgoverno da autoridade privada na construção do seu próprio regime jurídico quando do exercício do “*poder privado*” no contexto da livre iniciativa. E serve de parâmetro, como já exposto, por razões de justiça e racionalidade (motivo ético), porquanto o microgoverno não pode perder de vista a alteridade e o bem comum da “*microcomunidade*”, que não deixa de ser o mesmo bem comum da sociedade como um todo (vide o exemplo do modesto porteiro da fig.24).

Mas note o detalhe: o choque, o conflito, é real e inevitável, não sendo adequado arrogar ao ato administrativo uma presunção de onisciência e de onipotência que ele definitivamente não tem. A presunção do ato administrativo, como já exposto, é na verdade apenas a primazia para dar a primeira palavra, mas não da última (vide *supra*: 2.5.).

Isto significa que as entidades privadas que exercem o micropoder devem buscar a legitimidade substancial das suas decisões, se esforçando o máximo possível para tornar estes conflitos menos “*divisivos*” e mais “*integrados e integradores*”<sup>1117</sup>. Na impossibilidade de fazê-lo, devem buscar uma saída que considere verdadeiramente o elemento ético (*e.g.* questionamento judicial, mobilização social, resistência civil e, em casos extremamente dramáticos, mera perseverança).

---

<sup>1117</sup> MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.23.



Perceba a importância que a teoria da instituição tem para a atividade econômica.

Note bem: as entidades privadas dotadas de “*poder privado*”, em vez de esperar passivamente por um ato administrativo estatal, podem se antecipar e exercer o seu próprio microgoverno, buscando legitimar substancialmente a autoridade decorrente das suas decisões através do exercício da “*liberdade de qualidade*”, socialmente reconhecida pelos microgovernados, no que acaba tendo em comum com o a Administração Pública (e com o ato administrativo) exatamente o exercício do governo, conquanto no âmbito da dada “*microcomunidade*”.

A importância da autorregulação privada já foi analisada antes, e o ato administrativo praticado pela Administração Pública não pode simplesmente ignorá-la (vide *supra*: 3.4.4.4.).

Portanto, o “*conflito de direitos*”, o conflito entre o ato administrativo e a decisão privada tomada pelo microgoverno, equiparada ao ato administrativo, não se resolve necessariamente em favor da Administração Pública.

#### 4.4.4. O Conceito de Autoridade para fins de Mandado de Segurança

Nesta quadra da investigação não se pode deixar de questionar sobre o cabimento ou não do mandado de segurança contra ato praticado pelas entidades privadas que exercem o “*poder privado*” em situação de verdadeiro microgoverno. Em outras palavras, a autoridade privada se equipara à autoridade pública?

Embora o processo civil brasileiro esteja repleto de mecanismos bastante eficientes para a tutela de direitos, *e.g.* das tutelas de urgência (CPC: art. 300) e de evidência (CPC: art. 311), o mandado de segurança ainda mantém certo simbolismo por trás da ideia de “*remédio constitucional*” assecuratório de direitos fundamentais.

É que o mandado de segurança tem como objeto essencialmente os temas poder e autoridade, razão pela qual interessa à investigação.

A Constituição Federal parece deixar claro que o mandado de segurança só tem cabimento contra ato de autoridade pública ou, no máximo, contra ato de autoridade privada no exercício do poder público delegado <sup>1118</sup>, redação que parece ser resultado da interpretação

---

<sup>1118</sup> CF: art.5º [...]: LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. (sem grifo no original)

à própria Lei 1.553/1951<sup>1119</sup>, hoje revogada, assentada na Súmula 510 do STF aprovada em 1969<sup>1120</sup>.

Até então a tônica estava no aspecto poder público (excluído o poder privado), que poderia ser exercido diretamente pelo Estado ou indiretamente por delegação em favor de particulares.

A Lei 12.016/2009 não parece ter tido a intenção de alterar essa visão, mantendo a concepção segundo a qual o mandado de segurança só tem cabimento em relação à autoridade que exerce poder público, mas não em relação à autoridade que exerce poder privado (LMS: art. 1º, §1º). Reforça esse entendimento a proibição expressa feita quanto aos “*atos de gestão comercial*” (LMS: art. 1º, §2º)<sup>1121</sup>.

Conquanto possa não ter sido esta a intenção do legislador, o fato é que a nova LMS, ao não adjetivar o substantivo autoridade, abriu uma pequena fenda na visão normativista sobre o conceito de poder “jurídico” - e na própria Constituição Federal – permitindo assim uma interpretação no sentido de que também pode existir um poder equiparado ao poder público (que não é público) que é exercido na realidade prática por entidades privadas independentemente de delegação estatal.

Em outras palavras, este poder só pode ser um “*poder privado*”.

É certo que um pensamento jurídico que não vislumbra a existência senão de um poder público, que no máximo pode ser passível de delegação, não consegue compreender o porquê do cabimento do mandado de segurança contra um ato praticado por autoridade privada quando não existe nenhuma delegação.

Contudo, se a hipótese da investigação estiver correta, o “*poder privado*”, sobre produzir efeitos concretos na esfera de direitos de terceiros, deve ser considerado um poder “jurídico” tanto quanto o poder público, de modo que eventual abuso de autoridade praticado

---

<sup>1119</sup> Lei 1.553/1951. Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. § 1º Consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções.

<sup>1120</sup> Súmula 510: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

<sup>1121</sup> Lei 12.016/2009: Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. § 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições. § 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

por entidade privada no exercício do microgoverno também deve dar margem à impetração do mandado de segurança.

Numa realidade em que entidades privadas exercem verdadeiro microgoverno, conduzindo e influenciando diretamente a vida das pessoas de maneira mais intensa até mesmo do que muitas autoridades públicas, não há por que não equipar estas decisões privadas, também de autoridade, aos atos administrativos praticados pelas autoridades públicas em geral, especialmente naquilo que alcança a esfera jurídica de terceiros (os microgovernados de dada “*microcomunidade*”).

É muito importante que se faça a distinção entre “*atos de gestão comercial*” (LMS: art. 1º, §2º) e atos de autoridade privada (a hipótese desta investigação). O primeiro conceito (“*atos de gestão comercial*”) deve ser interpretado da maneira o mais restritiva possível, alcançando apenas aquelas decisões de cunho estritamente empresarial relativas à esfera de maior liberdade da entidade privada (missão, meta, organização etc.), deixando ao segundo conceito (atos de autoridade privada) situações concretas que envolvem o exercício de verdadeiros atos de império no contexto do microgoverno.

É necessário reconhecer que a distinção não é fácil, mas já foi realizada nos primórdios do direito administrativo francês quando se separou os “*atos de gestão*” dos “*atos de império*”, o que aparentemente também levou à distinção entre atos da Administração e atos administrativos que hoje é questionada <sup>1122</sup>.

O fato é que o conceito de “*atos de gestão*” sobreviveu até os dias de hoje, tendo sido contemplado na própria LMS com o adjetivo “*comercial*”.

Ora, se a distinção é feita em relação à atividade administrativa, parece adequado fazê-la também em relação à atividade privada, mormente se se perceber que as entidades privadas, além de “*atos de gestão comercial*”, também podem praticar, independentemente de delegação, verdadeiros atos de autoridade privada que devem ser equiparados aos atos de uma autoridade pública, conquanto num âmbito mais restrito de dada “*microcomunidade*”.

Note: esta parece ser mais uma conclusão passível de ser extraída a partir da mudança de perspectiva sobre o conceito de liberdade econômica. A perspectiva da liberdade econômica como poder “jurídico” (vide *supra*: 3.4.1.).

E é também por isso que o reconhecimento da liberdade econômica como poder “jurídico” é tão importante: porque exorta as entidades privadas a exercer a sua liberdade

---

<sup>1122</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Ato administrativo e ato da administração**: existe ainda algum sentido nesta distinção? In *Direito Administrativo Brasileiro*. Odete Medauar e Vitor Rhein Schirato (org.), p.71-87.

econômica com mais responsabilidade (“*liberdade de qualidade*”), do que resulta maior proteção aos direitos fundamentais através de uma “porta dupla”.

A perspectiva da doutrina normativista de que só existe um único poder “jurídico” - o público - arremessa os direitos fundamentais do cidadão para um limbo que é dominado pelo mero arbítrio da “*liberdade da indiferença*” da entidade privada, que é passível apenas de controle externo de uma única régua, a do juiz, com todos os riscos do seu voluntarismo-decisionista.

De modo diverso, admitir que, além do poder público, também existe um “*poder privado*” que deve ser exercido segundo “*normas institucionais*” pré-estabelecidas, e não conforme o mero arbítrio da vontade radical do microgoverno, significa que é possível reclamar o respeito destas normas institucionais, primeiro, para a própria autoridade privada e, segundo, em caso de inércia, para o Poder Judiciário, inclusive através da impetração de mandado de segurança.

As regras do jogo criadas pelas “*normas institucionais*” passam a fazer as vezes do direito concreto (que pode ser líquido e certo) de todos aqueles que estão sujeitos ao seu alcance (os microgovernados), bem como da própria autoridade privada que está inserida em dada “*microcomunidade*”.

Num primeir momento, pode até parecer inadequado dizer que o descumprimento de um contrato empresarial possa dar margem à impetração de um mandado de segurança.

Mas não é bem assim.

Se a hipótese desta investigação estiver correta, o mandado de segurança não se voltará contra prerrogativas eminentemente contratuais, mas sim contra os poderes de uma autoridade privada instalada no seio de uma relação jurídica mais complexa que não se esgota apenas no contrato, conforme revela a doutrina da “*dupla face*”.

Frise-se: não se pode negar - ou chamar de poder extrajurídico - a existência de uma autoridade privada no interior destas relações. A doutrina da “*dupla face*” oferece outra explicação teórica para a autoridade privada instalada em algumas relações contratuais mais complexas (vide *supra*: 4.1.2.).

Talvez por isso seja mais fácil visualizar a hipótese de cabimento do mandado de segurança contra ato praticado por autoridade privada no contexto de uma relação jurídica “entre desiguais” (“*relações privadas de poder*”).

Aliás, invertendo novamente a análise para o viés da Administração Pública, fica mais fácil perceber que a autoridade privada também pode estar instalada dentro das empresas estatais, podendo igualmente se sujeitar ao mandado de segurança quando praticar “*atos de*

*império*”. Isto significa que nem sempre os diretores das empresas estatais estarão diante de uma situação de exercício de “*prerrogativas contratuais*” ou de “*atos de gestão comercial*”. Se estiverem nestas situações, o mandado de segurança não deve realmente ser admitido.

A propósito do tema, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, e.g., que a Administração Pública indireta, “ao fixar multa em contrato administrativo pratica ato de gestão não passível de impugnação via mandado de segurança, mercê de não se caracterizar ato de autoridade”<sup>1123</sup>.

Retomando a intuição de Maria João Estorninho, se deve ter em mente que “o acto de modificação [do contrato administrativo] é um acto de poder público. A Administração não exerce uma prerrogativa contratual [...]”<sup>1124</sup>, conforme já exposto (vide supra: Parte I, 2.4.1. e Parte II, 4.1.2).

É contra o “*acto de poder público*” e não contra a “*prerrogativa contratual*” que se deve admitir a impetração do mandado de segurança, ou seja, contra o ato de autoridade, seja ela pública ou privada.

No precedente jurisprudencial do STJ citado acima, que não pode ser analisado senão abstratamente (por não revolver matéria de fato), a aplicação de multa prevista expressamente em contrato parece se enquadrar no conceito de “*atos de gestão comercial*”, mormente se se considerar que se trata de um contrato da Administração celebrado nos mesmos moldes de um contrato privado.

Inobstante esta análise, não se pode perder de vista que nem todo contrato celebrado pela Administração Pública com particulares gera apenas “*atos de gestão comercial*”, podendo gerar também “*atos de império*”, porquanto, é necessário recordar, é possível que esteja ínsito ao contrato (administrativo ou privado) uma autoridade, um poder jurídico, tudo a depender da sua complexidade (do contrato).

Este é o ponto.

A depender do contrato (administrativo ou privado), se poderá estar diante de uma relação jurídica muito mais complexa do que uma mera relação jurídica contratual “entre iguais”.

Como parece ocorrer no exemplo abaixo.

---

<sup>1123</sup> STJ: REsp 1078342/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 15/03/2010.

<sup>1124</sup> ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p.146.

Sem se atentar para este detalhe, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu *e.g.* que a exclusão pela Administração Pública indireta de dependente (ex-cônjuge) de plano de assistência médica com base no seu regulamento interno “é ato de gestão, de natureza estritamente privada, motivo por que é descabida a utilização da via mandamental”<sup>1125</sup>.

Este precedente jurisprudencial é emblemático.

É emblemático por dois motivos básicos.

Primeiro, em razão do desserviço que a dogmática processual muitas vezes rende ao direito substancial. No caso concreto, depois de reconhecido em primeira e segunda instância o direito substancial do cidadão, a Terceira Turma do STJ extinguiu o processo sem resolução de mérito. O voto-vencido proferido pelo Min. Humberto Gomes de Barros traduz muito bem esta perspectiva<sup>1126</sup>.

Em segundo lugar, em razão exatamente de não perceber o detalhe trazido pela hipótese desta investigação. Se ela estiver correta, será possível reconhecer que no interior de uma relação jurídica mais complexa (*e.g.* organizada por um regulamento interno) pode de fato existir uma autoridade. E o importante é perceber que esta autoridade exerce um poder jurídico (público ou privado, não importa) que não se confunde simplesmente com uma “*prerrogativa contratual*”.

Talvez tenham faltado estas palavras (esta base teórica) ao voto-vencido do Min. Humberto Gomes de Barros, mas o fato é que, em contrapartida, ele parece ter intuído que se estava diante de uma autoridade cuja decisão representava o exercício concreto de um verdadeiro poder, micro (“*plebeu*”), mas ainda assim um poder<sup>1127</sup>.

O próprio Hely Lopes Meirelles também parece ter intuído isso quando afirmava que os “*atos de gestão*” ocorrem nos atos puramente de administração de bens e serviços, bem como “*nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados*”<sup>1128</sup>.

<sup>1125</sup> STJ: REsp 577.396/PE, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 20/02/2006.

<sup>1126</sup> Voto-vencido: “Presidente, entendo que a impetrante pleiteia o reconhecimento do direito de continuar como beneficiária no plano, o que lhe foi concedido. O procedimento, portanto, atingiu seu fim. Ela tem direito a isso, tanto que o Tribunal assim afirmou, mas o desconstituímos [...]”.

<sup>1127</sup> Voto-vencido: “[...] A única discussão existente é se caberia o mandado de segurança ou não. Acredito que, neste caso, é cabível. O Juiz é competente. A Caixa Econômica Federal é uma entidade pública, tanto que o fórum natural dela é a Justiça Federal. Por que não admitirmos o mandado de segurança? Hoje, estamos precisando justamente de meios rápidos, de meios ágeis para que se possa distribuir o direito. O mandado de segurança é um meio ágil. É necessário desmistificá-lo. Diz-se que o mandado de segurança é um remédio nobre. Penso que ele deve se tornar plebeu, porque, na sua origem e nas suas circunstâncias, ele é plebeu. Não há nenhum elogio ao mandado de segurança chamá-lo de remédio nobre”. (sem grifo no original)

<sup>1128</sup> **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 166.

Ora, aplicar uma multa por atraso contratual <sup>1129</sup> parece muito diferente de expulsar alguém de uma relação jurídica estatutária <sup>1130</sup>, sendo possível perceber o nítido caráter coercitivo deste último caso. Não que a coerção seja nota essencial da autoridade, posto que não o é, conforme já analisado (vide *supra*: 1.4.2.1.), mas o fato é que entender melhor o conceito de autoridade (pública ou privada) pode ajudar na construção de uma explicação teórica mais adequada para esses casos concretos, facilitando a sua compreensão.

Portanto, esta inversão, realizada através da análise dos precedentes acima, serve para demonstrar que também existe uma autoridade e, conseqüentemente, o exercício de um poder “jurídico” nas relações jurídicas entre desiguais (“*relações privadas de poder*”), o que, sob o ponto de vista processual, pode dar ensejo à impetração de mandado de segurança contra atos praticados por entidades privadas no exercício do micropoder no contexto das atividades econômicas, e não apenas no exercício de poderes públicos delegados.

#### 4.4.4.1. O poder não delegado: o exemplo das entidades privadas de educação

Vale a pena analisar mais um exemplo relativamente ao tema, cuja explicação teórica parece insuficiente: o do mandado de segurança contra atos praticados por entidade privada de educação <sup>1131</sup>.

Apesar da expressa disposição da Constituição Federal no sentido de que o mandado de segurança tem cabimento apenas e tão somente contra “*autoridade pública*” ou contra “*agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*” (CF: art.5º, LXIX), a praxe judiciária já vinha admitindo o seu cabimento também em relação aos atos praticados por entidades privadas de educação <sup>1132</sup>.

A assertiva não chamaria a atenção não fosse o fato de que as entidades privadas de educação não exercem poder público por delegação, mas sim atividade econômica livre à

<sup>1129</sup> STJ: **REsp 1078342/PR**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 15/03/2010.

<sup>1130</sup> STJ: **REsp 577.396/PE**, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 20/02/2006.

<sup>1131</sup> A perspectiva também pode ser aplicada em maior ou menor grau em outros contextos de atividade econômica, e.g. dos hospitais privados (CF: art.199, *caput*).

<sup>1132</sup> Vide e.g.: STJ: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA EM INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DELEGADA DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. [...] 3. Versando a causa sobre o indeferimento de matrícula em estabelecimento particular de ensino superior, este estará no exercício de função delegada da União, devendo a ação ser ajuizada perante a Justiça Federal (CC 40.512/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2004, DJ 05/04/2004).

iniciativa privada <sup>1133</sup>, estando, portanto, sujeitas à mera autorização e fiscalização pela Administração Pública.

É que as entidades privadas de educação, precipuamente, não exercem o poder público, nem mesmo por delegação da Administração Pública. Por exemplo: a decisão que rejeita a matrícula em razão da ausência de pagamento de mensalidades do ano anterior não pode ser enquadrada dentro do conceito de poder público delegado, já que não diz respeito a nenhum tipo de ato administrativo <sup>1134</sup>. Diferentemente, a decisão que rejeita a expedição de diploma ao aluno inadimplente que cumpre todos os requisitos legais pode configurar um típico ato administrativo de reconhecimento de uma situação de fato.

Ocorre que essa sutil distinção não é feita pela praxe judiciária que entende cabível o mandado de segurança nos dois casos, sob o argumento de que ambos tratam de função pública delegada.

Sim e não.

De fato, o mandado de segurança realmente deve ser admitido no primeiro exemplo (da decisão que rejeita a matrícula), mas não porque trata de um poder público delegado e sim porque trata de um “*poder privado*” que emerge de uma relação jurídica mais complexa cuja realidade se materializa apenas em parte no contrato particular bilateral. Esta relação jurídica mais complexa forma por assim dizer o estatuto ou o regulamento escolar daquela específica “*microcomunidade*”, do qual decorre naturalmente uma autoridade privada.

Com efeito, só o preconceito dogmático (como diz Santi Romano) poderia se recusar a reconhecer que existe uma autoridade privada neste caso, bem como que ela exerce “*poderes privados*” no âmbito específico de um determinado ordenamento jurídico concreto. Ganha a instituição e ganham todos os que espontaneamente aderiram à “*ideia diretriz*” através das suas “*vontades paralelas*”, inclusive o próprio aluno inadimplente que tem reconhecido ao menos o direito de lançar mão do mandado de segurança para deduzir a sua pretensão quanto ao descumprimento das regras do jogo.

Aliás, a pandemia de coronavírus de 2020 (COVID-19) teve uma forte repercussão sobre os contratos em geral, notadamente sobre aqueles envolvendo entidades educacionais privadas e a correlata questão da diminuição ou não das mensalidades escolares <sup>1135</sup>.

---

<sup>1133</sup> CF: Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

<sup>1134</sup> Note que o que está sendo colocado em causa é o inadimplemento contratual e não o desatendimento de requisitos legais.

<sup>1135</sup> Reportagem jornalística apurou 352 propostas em trâmite no Congresso Nacional sobre quebra de contrato. Vide: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,crise-faz-disparar-no-pais-projetos-que-preveem-quebra-de-contratos,70003305296>, acesso em 17/05/2020.



Não que esta seja uma questão típica de mandado de segurança – o que também não pode ser descartado -, mas o fato é que os contratos de prestação de serviços educacionais privados não podem ser enxergados simplesmente sob a ótica contratual, ou seja, sob a ótica de um mero contrato bilateral escola-aluno.

Parece estar enganado quem acredita que a questão envolve unicamente o aspecto econômico relativo à diminuição dos chamados custos de transação, deixando as partes livres para construírem as suas próprias soluções <sup>1136</sup>.

A questão é muito mais complexa do que isto.

Se a hipótese desta investigação estiver correta, a solução mais adequada passa pela compreensão de que os contratos educacionais não se reduzem à soma de meras manifestações bilaterais de vontades individuais das partes, se inserindo, diferentemente, dentro de uma relação jurídica maior e mais complexa que envolve uma verdadeira instituição.

A autoridade (privada) instaurada no seio desta complexa relação jurídica tem a responsabilidade de atender não apenas a vontade radical de um único indivíduo, nem a vontade radical da soma numérica de todos eles (um mero cálculo econômico), mas de tentar compatibilizar todos os interesses, num verdadeiro microgoverno, com o olhar voltado para o bem comum (da ideia diretriz) da sua “*microcomunidade*”, que é também o bem comum de toda a sociedade.

Parece possível tirar duas conclusões desta constatação.

A primeira é a de que as normas jurídicas resultantes de dezenas de projetos de lei não serão capazes por si só de resolver as múltiplas realidades envolvendo cada uma das entidades privadas de educação, nem mesmo se houvesse uma norma jurídica para cada contrato privado celebrado no país <sup>1137</sup>.

E a segunda é a de que a mediação pode sim se revelar um instrumento muito importante para se chegar a bom termo nestes casos, especialmente se se perceber que o mediador, com a sua expertise e *rapport*, pode mergulhar no interior de cada “*microcomunidade*” para ajudar todas as “*vontades paralelas*” na calibração das suas “*normas institucionais*”, do que depende a própria sobrevivência da “*ideia diretriz*” que levou a

---

<sup>1136</sup> Criticando a visão meramente econômica na área de educação, inclusive com pesquisas empíricas, cf.: NUSSBAUM, Martha. **Sem fins lucrativos:** por que a democracia precisa das humanidades. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

<sup>1137</sup> Vide e.g.: Lei 14.010/2020 que “dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19)”.

fundação desta que é uma genuína instituição e para cuja preservação pouco tem a contribuir as vontades radicais de um retributivismo inflexível <sup>1138</sup>.

Seja como for, depois de calibradas as “*normas institucionais*”, eventual abuso ou descumprimento das regras do jogo pela autoridade privada pode, em tese, dar ensejo à impetração de mandado de segurança.

#### 4.4.4.2. A autoridade privada no “*ciberespaço*”: as plataformas digitais?

Se a hipótese desta investigação estiver correta, o *Hausrecht* como explicação teórica do “*poder privado*” (vide *supra*: 4.4.1.), poderá auxiliar na compreensão do tema relativo ao cabimento ou não do mandado de segurança contra a autoridade privada exercida no contexto da atividade econômica tanto no espaço físico quanto no espaço virtual (“*ciberespaço*”).

De fato, considerando que os estabelecimentos empresariais abertos ao público devem se guiar pela ideia do *Hausrecht* público, cujo arcabouço teórico pode servir para explicar o exercício de verdadeiro poder de polícia “privado” por entidades privadas no contexto da atividade econômica, segue-se que eventual abuso no exercício deste “*poder privado*” pode ser remediado através do mandado de segurança.

Conforme exposto acima, o *Hausrecht* é útil para explicar o exercício do “*poder privado*” não apenas nos espaços físicos abertos ao público (*shopping centers*, cinemas, museus privados etc.), mas também nos espaços virtuais abertos ao público como no caso das chamadas plataformas digitais (*facebook*, *youtube*, *whatsapp* etc.).

Aliás, numa realidade social cada vez mais virtual, o exercício do “*poder privado*” nas plataformas digitais tende a passar despercebido, colocando em risco os direitos fundamentais de um número cada vez maior de cidadãos, não exatamente quanto à “*proibição de entrada*”, mas sim, especialmente, quanto à “*ordem de expulsão*”.

Conforme amplamente exposto, a mera autonomia contratual não oferece boas respostas para essas situações, sendo imprescindível reconhecer o “*poder privado*” exercido por verdadeiros “microgovernos” no interior das complexas relações jurídicas dessas “*microcomunidades*”.

E não só nos pontos extremos da “*entrada*” e da “*expulsão*” do espaço virtual, mas também – o que é muito importante – nos diversos pontos que marcam o intervalo entre um e

---

<sup>1138</sup> Mesmo nos contratos bilaterais individuais não se poderia levar o retributivismo do sinalagma às últimas consequências como naqueles casos em que alguém, cumprindo o isolamento social, mesmo sem alteração da renda familiar, deixa de pagar pelos serviços (domésticos, reforço escolar, esportivos etc.) que até então eram prestados em seu favor e da sua família por profissionais que, com a pandemia, se viram impossibilitados de trabalhar.

outro, durante o qual o “*poder privado*” acaba sendo exercido do modo mais variado que se possa imaginar, inclusive de modo abusivo e completamente arbitrário, o que pode dar ensejo à impetração de mandado de segurança (vide abaixo o exemplo da fig.29).

O “controle de conteúdo” realizado pelas plataformas digitais (*facebook, youtube, whatsapp*, entre tantos outros), parece ser um bom exemplo do “*poder privado*” que as entidades privadas exercem sobre os usuários e que pode ser controlado mediante a impetração de mandado de segurança. (fig.29)

O “controle de conteúdo” realizado pelas plataformas digitais não pode representar o exercício arbitrário ou abusivo de “*poder privado*” pelas entidades privadas. Antes, deve ser o mais transparente possível, sempre baseado na organização conferida por suas “*normas institucionais*” e, conseqüentemente, na observância dos direitos fundamentais (“porta dupla”).

Ora, se o Estado, quando comete abusos e arbitrariedades no exercício do seu governo, se sujeita ao mandado de segurança (e a qualquer outra ação judicial), parece adequado admitir que as entidades privadas, quando cometem abusos e arbitrariedades no exercício do seu microgoverno, também devem se sujeitar às mesmas medidas judiciais, não havendo razão para não estender este raciocínio para o espaço virtual, cuja autoridade, que continua sendo privada, exerce um “ciber-microgoverno”.

Observe que não se trata de apenas de “*atos de gestão comercial*”, mas também de verdadeiros “*atos de império*”, o que justifica inclusive um controle pela via mandamental.

Outra questão complexa que permeia este tema reside exatamente na possibilidade ou não de banimento sumário do usuário em relação ao espaço virtual criado pelas entidades privadas.

Esta questão tem sido abordada ora sob o enfoque contratual do Código de Defesa do Consumidor <sup>1139</sup>, ora sob o enfoque da violação do contraditório e da ampla defesa decorrentes da eficácia horizontal dos direitos fundamentais <sup>1140</sup>.

O que ambas as abordagens têm em comum?

<sup>1139</sup> RODAS, Sérgio. **Jogador só pode ser banido de game online se houver prova de ilícito**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-19/jogador-banido-game-online-houver-prova>, acesso em 18/05/2020.

<sup>1140</sup> Vide o *e.g.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-29/whatsapp-devera-devolver-conta-banida-escritorio-advocacia>. Acesso em 18/05/2020.

Resposta: a pretensão de invocar um direito com base exclusivamente no contrato e sua proteção infraconstitucional (*e.g.* do Código de Defesa do Consumidor) ou com base exclusivamente nas normas jurídicas constitucionais sobre direitos fundamentais.

Pouca ou nenhuma atenção tem sido dada ao aspecto mais importante: o caráter “jurídico” do poder privado que existe tanto no espaço físico quanto no espaço virtual das plataformas digitais.

Note o detalhe: são as “*normas institucionais*” (o regulamento) que organizam as relações travadas no interior de cada específica “*microcomunidade*” virtual (“ciberespaço”), as quais devem ser criadas e aplicadas, num primeiro momento, pelo sujeito agente da “*primeira pessoa*” que, investido de autoridade, exerce um verdadeiro microgoverno que, por sua vez, deve sempre estar de acordo com estas mesmas “*normas institucionais*”. O “ciber-microgoverno” não pode ser arbitrário, nem irracional, sob o risco de praticar atos injurídicos.

Este regulamento deve dispor da melhor forma possível, o mais detalhadamente possível, tanto as razões quanto o *telos* das suas “*normas institucionais*”, inclusive, se for o caso, qual será o tipo de decisão a ser imposta em situações que não possam eventualmente aguardar o exercício prévio do contraditório pelo usuário (microgovernado).

É interessante notar que estas decisões, normalmente automatizadas, podem ter como referência o mesmo regime jurídico do “*ato administrativo automatizado*”, praticado pela Administração Pública (vide *supra*: 2.3.2.3.).

Portanto, nem só contrato, nem só controle judicial *a posteriori*. O “*pluralismo institucional*” fundamenta também o espaço virtual onde ocorrem as complexas relações jurídicas dotadas de um verdadeiro “*poder privado*” que deve buscar legitimar substancialmente o máximo possível o exercício do seu microgoverno (primeira porta). E o mandado de segurança (ou qualquer outra ação judicial) poderá ser um remédio sempre que se tornar evidente o abuso de autoridade em relação a essas “*normas institucionais*” e aos direitos fundamentais (segunda porta).

#### 4.4.5. O Controle Externo: Tribunal de Contas e outros Órgãos de Controle

Quando se estuda o ato administrativo praticado pela Administração Pública é comum emergir a questão do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas e por outros órgãos de controle (*e.g.* das controladorias), o que eventualmente também se estende para atos administrativos praticados por particulares por delegação do poder público.

Todavia, em se tratando de ato administrativo praticado por entidades privadas no exercício do seu poder privado, que independe de qualquer delegação, a questão não parece ter o mesmo alcance exatamente porque não está em jogo o exercício de poderes públicos, nem de recursos públicos.

As decisões tomadas pelas entidades privadas no contexto da atividade econômica, equiparadas aos atos administrativos, tais como os contratos privados, não atraem por si só a competência fiscalizatória nem do Tribunal de Contas, nem dos demais órgãos de controle da atividade administrativa por uma singela razão: trata-se de mera função, tarefa ou “*poder privado*”. E não função, tarefa ou poder público.

Nem mesmo o Ministério Público tem competência fiscalizatória relativamente aos atos e contratos privados a não ser quando envolvam questões pontuais sobre interesses sociais e individuais indisponíveis (CF: art.127).

Neste aspecto, alçar o “*poder privado*”, que existe de fato na realidade prática, ao *status* de poder “jurídico” pode representar um grande salto em termos de desburocratização daquelas atividades que, embora de grande relevância pública, são essencialmente privadas e desenvolvidas no âmbito de uma dada “*microcomunidade*”.

Problematizar o “*poder privado*” - reconhecendo-o “*jurídico*” - sem embaralhá-lo com competências, funções ou recursos pessoais, patrimoniais e financeiros públicos (CF: art. 70 e 71), por si só, pode produzir uma importante simplificação em termos de burocracia administrativa.

A simplificação burocrática não significa obviamente arbitrariedade das vontades radicais, já que uma autorregulação privada mínima constitui quase sempre o pressuposto para a fundação de qualquer instituição (até para filas em instituições bancárias).

Da mesma forma, a ausência de controle externo não pode ser enxergada como passaporte para a ilegalidade ou para o abuso de “*poder privado*”, assim como o contrato privado celebrado entre entidades privadas também não o pode.

O senso de autoresponsabilidade deve ser igual ou até mesmo maior do que aquele adotado nas relações meramente contratuais exatamente por se estar diante do exercício de um poder “jurídico” que, mais do que mera “*liberdade [econômica] da indiferença*”, deve ser exercido, num primeiro momento, através da “*liberdade de qualidade*” do sujeito agente da “*primeira pessoa*”, situação que, num segundo momento lógico, será sempre passível de

sindicância pelo Poder Judiciário que, mesmo do ponto de vista da “*terceira pessoa*”, poderá lançar mão de duas réguas e não mais de apenas uma. Novamente, a ideia de “porta dupla”.

Mas o fato é que, não havendo utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de dinheiros, bens e valores públicos, não há se falar em controle externo pelo Tribunal de Contas, ou quaisquer outros órgãos, sobre o microgoverno das entidades privadas no contexto da sua atividade econômica, não ao menos de maneira direta.

Isto não exclui obviamente a responsabilidade e dever do “*Estado supervisor*” inspecionar a atividade econômica exercida pela iniciativa privada. Muito pelo contrário, no Brasil, o CADE desempenha um importante papel no contexto do direito econômico, tendo como missão exercer não apenas o controle repressivo *a posteriori* sobre a atividade econômica, mas também o controle preventivo, “*fomentando e disseminando a cultura da livre concorrência*”<sup>1141</sup>.

Num contexto em que se multiplicam soluções eminentemente normativas voltadas ao afastamento do Estado da execução direta de atividades econômicas de relevante interesse público através de parcerias com a iniciativa privada (e.g. OS<sup>1142</sup>, OCIPS<sup>1143</sup>, PPP<sup>1144</sup>, PMI<sup>1145</sup> etc...), quase sempre envolvendo dinheiros, bens ou valores públicos, pode configurar um grande salto dogmático tentar problematizar o “*poder privado*” sem exigir qualquer contrapartida orçamentário-financeira por parte do Estado (“custo zero”).

Aliás, sequer é preciso cair na armadilha de numa discussão meramente ideológica sobre mais ou menos Estado.

Se a hipótese desta investigação estiver correta, será possível obter ganhos qualitativos não só em relação à atividade econômica propriamente dita, fruto da melhoria do exercício do “*poder privado*” através de uma “*liberdade de qualidade*”, mas também em relação à própria atividade administrativa estatal que passará a contar com um novo aliado em quem poderá se espelhar e com quem poderá interagir, de modo que, conforme já exposto, as boas práticas de governo e de governança possam acabar se fundindo e se complementando,

---

<sup>1141</sup> O sítio do CADE revela a sua missão repressiva e preventiva: “O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional#:~:text=O%20Cade&text=O%20Cade%20tem%20como%20miss%C3%A3o,a%20cultura%20da%20livre%20concorr%C3%Aancia>. Acesso em 27/07/2020.

<sup>1142</sup> Lei 9.637/1998.

<sup>1143</sup> Lei 9.790/1999.

<sup>1144</sup> Lei 11.079/2004.

<sup>1145</sup> Decreto Federal 8.428/2015.

tornando-se aptas a legitimizar substancialmente o exercício do poder (público e privado) em torno dos mesmos padrões de um bom governo (geral e micro).

É claro que não há poder (público ou privado) sem controle, nem liberdade econômica sem responsabilidade. Este é o objeto do último tema da investigação.

#### 4.5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AUTORIDADE PRIVADA: UMA NOVA COMPREENSÃO?

O tema da responsabilidade extracontratual das entidades privadas não é nenhuma novidade na doutrina civilista.

A divisão entre, de um lado, uma responsabilidade que decorre de um contrato privado e, de outro lado, uma responsabilidade civil que decorre de um fato jurídico extracontratual é a forma clássica de estudar o tema.

Mas será mesmo esta a única forma de estudar o tema? Até que ponto o pensamento do tipo normativista comprometeu a compreensão deste tema?

Sim porque a doutrina da “*dupla face*” dedica outro olhar ao direito, um olhar que reconhece a insuficiência do contrato para explicar todas as relações jurídicas da sociedade.

Santi Romano alertou para o equívoco da doutrina civilista de reduzir o “*poder de supremacia*” que existe na realidade prática a “*um simples contrato entre pessoas colocadas em posição paritária*”<sup>1146</sup>. Nesta perspectiva, os direitos e deveres seriam “*tão-somente aqueles que advêm das leis deste último [do Estado] ou de negócios jurídicos que tais leis permitem*”<sup>1147</sup>.

É importante sintetizar novamente a sua doutrina da “*dupla face*” (vide *supra*: item 4.1.2.):

Na nossa opinião, estamos na presença de um fenômeno jurídico com dupla face, que somente pode ser explicado de modo completo admitindo que este se desenvolve, ao mesmo tempo e com abordagens diferentes – e talvez contrárias –, nas respectivas órbitas de dois diferentes ordenamentos jurídicos. Um é aquele do Estado, e por isso a figura do contrato é, ao menos em regra, a única que pode ter relevância: tudo o que não consegue se compor nela permanece não tutelado por tal ordenamento e risca também ser declarado ilegítimo. O outro é o ordenamento particular que se concretiza em uma instituição ou mais instituições constituídas por grupos de empresários e operários, e o que para o direito do Estado é um contrato, para

<sup>1146</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.207.

<sup>1147</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.207.

tal ordenamento vale como um sistema em si, mais ou menos autônomo, de direito objetivo, que se faz valer através dos meios que a organização dispõe no interior desta: meios que para o Estado podem também ser extrajurídicos ou antijurídicos, mas que são legítimos para o regime especial ao qual se referem.<sup>1148</sup> (Sem grifo no original)

Ocorre que esta nova perspectiva trazida pelo “*pluralismo institucional*” pode mudar a própria forma de estudo e compreensão do tema da responsabilidade civil, o que não pode ser desprezado pela doutrina.

A partir desta nova perspectiva, é preciso reconhecer que dentro do contrato privado também pode existir por assim dizer um momento de autoridade que não pode ser explicado apenas pela vontade paritária das partes e nem, conseqüentemente, pelo regime jurídico da responsabilidade civil contratual.

Alterando ângulo de visão do tema e percebendo que nem tudo o que ocorre no interior do contrato privado pode ser resolvido apenas com base na teoria do contrato, parece razoável tentar encontrar outra explicação teórica para estas situações, sendo a teoria institucional do ato administrativo uma hipótese possível.

É o que se pretende fazer a seguir.

#### 4.5.1. A Responsabilidade Civil no viés Institucional: a “*genuína*” Instituição

A primeira reflexão profunda que se deve fazer sobre a teoria da responsabilidade civil é exatamente sobre a base de pensamento jurídico que lhe confere sustentação. O estudo clássico da responsabilidade civil tem forte carga normativista, deixando pouca margem para uma ótica institucional sobre a ação humana.

A responsabilidade civil, nesse aspecto, é enxergada numa perspectiva simplista da “*norma de conduta*” na concepção hartiana. Esta perspectiva, em linhas gerais, é bastante estática e puntiforme, vale dizer, se resolve em termos de binários de cumprimento ou descumprimento (se houver a conduta ‘x’, então haverá a consequência ‘y’). Uma maneira bem normativista de lidar com o tema da responsabilidade civil, como de resto com todo o direito.

Este caráter fechado, estático e puntiforme do normativismo obviamente não consegue contemplar todas as hipóteses passíveis de responsabilização, sendo assim

---

<sup>1148</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.154.



necessário recorrer a válvulas de escape que possam permitir à doutrina e ao juiz analisar cada caso concreto de acordo com a sua particularidade.

Não à toa, o próprio Código Civil lança mão de técnicas como as dos chamados conceitos jurídicos indeterminados/cláusulas gerais <sup>1149</sup>, e.g. do exercício regular do direito <sup>1150</sup>, o que, entretanto, não é suficiente para resolver todas as questões envolvendo o tema da responsabilidade civil, porquanto este dispositivo depende de outra norma jurídica, igualmente aberta, para traçar os seus limites, como aquela que define o abuso de direito <sup>1151</sup>.

O fato é que com isso, o pensamento normativista praticamente abandona a definição do abuso de direito nas mãos do Poder Judiciário e apenas do ponto de vista da “terceira pessoa”, oferecendo conseqüentemente menor grau de segurança jurídica e previsibilidade à sociedade, bem como em termos de proteção dos direitos fundamentais (porta única).

Este abandono, como não poderia ser diferente, pode levar o juiz a se arvorar de um poder, deveras amplo, para dizer se há ou não responsabilidade da entidade privada de duas maneiras: *a)* no caso concreto, por vezes inovando no ordenamento jurídico estatal para admitir, como na dogmática do direito penal, algumas “*causas supralegais*” de exclusão de responsabilidade civil; ou *b)* genericamente, como se fosse o próprio legislador a fixar *standards* para estes casos concretos.

A primeira maneira (*a*) é tradicional, muito conhecida da dogmática jurídica.

A segunda (*b*), entretanto, tem aflorado nos últimos anos por ocasião da crescente utilização de técnicas de controle abstrato e objetivo, tão caras ao neoconstitucionalismo, e.g. do julgamento realizado pelo STF que definiu *standards* sobre os conceitos de “*erro grosseiro*” e “*dolo*” elaborados pela MP 966/2020 a partir do art. 28 da LINDB <sup>1152</sup>.

Esta postura de utilizar válvulas de escapes para o que não cabe na norma jurídica não é ruim. Muito pelo contrário, a prudência do juiz é em última análise a garantia para a realização da justiça no caso concreto; o juiz é no fim e ao cabo bastião da justiça.

<sup>1149</sup> Não interessa aqui a distinção feita pela doutrina.

<sup>1150</sup> CC: art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

<sup>1151</sup> CC: art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>1152</sup> STF: ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC. Destaque para o dispositivo da decisão: “[...] Na sequência, por maioria, deferiu parcialmente a cautelar para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; [...]”.

E, quanto à fixação de *standards*, não há nenhuma observação a fazer senão a de que a sua elaboração deveria ocorrer primordialmente fora do âmbito do Poder Judiciário, primeiro nas “*normas institucionais*” e na doutrina e só depois na norma jurídica. Só assim, o juiz poderá utilizar de duas réguas para decidir.

O problema é que a sociedade se omite, o legislador exerce um poder autônomo desgarrado da realidade e o Poder Judiciário substitui os dois pela vontade radical da sua própria régua. O círculo vicioso é instalado.

É certo que muitas vezes, como no exemplo do precedente acima, o arbítrio do Poder Judiciário é temperado por uma racionalidade construída por entidades extraestatais (*e.g.* de organizações internacionais), o que acaba inclusive fraturando o pensamento do tipo normativista em razão da origem da fonte (extraestatal). Não é à toa que a doutrina se espanta com um “juízo de constitucionalidade com lastro em normatividade estrangeira oriunda de fonte não-estatal”<sup>1153</sup>.

É isto mesmo: uma normatividade não-normativa.

Mas o mais dramático não é nem isso. O que é mais dramático, porque contraditório e irracional, é ver a doutrina de valores do neoconstitucionalismo<sup>1154</sup> abraçada com o constitucionalismo societal, cuja base é o “*pluralismo sociológico*”, que prega exatamente a ausência de qualquer valor (a “*sociedade líquida*”). Só a falta de coerência de um tipo de pensamento jurídico pode conduzir para esses paradoxos.

O fato é que um *standard* é um *standard*, com o perdão da tautologia. Os *standards*, como exposto, não dizem o que deve ser feito, nem enuncia regras de conduta na lógica binária do tipo permitido-proibido, oferecendo apenas uma medida justa (média) da conduta que deve ser adotada em cada caso concreto<sup>1155</sup>, de modo que o lugar primordial de sua construção não eminentemente a arena judiciária, muito menos em sede de controle objetivo e abstrato da constitucionalidade de normas.

Os *standards* já estão por aí, em toda a parte, tendo sido produzidos por entidades estatais e não-estatais, nacionais e internacionais. As normas jurídicas sobre interpretação de normas (*e.g.* das sobrenormas da LINDB) também.

E qual é a consequência de um controle judicial sobre tudo isso?

Resposta: quase nenhuma.

---

<sup>1153</sup> Vide *e.g.*: MOREIRA, Egon Bockmann *et alii*. **Constitucionalidade da MP 966**: expressão do Direito Constitucional globalizado? *In*: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constitucionalidade-da-mp-966-expressao-do-direito-constitucional-globalizado-28052020>, acesso em 29/05/2020.

<sup>1154</sup> O Ministro-relator Luís Roberto Barroso é um conhecido adepto do neoconstitucionalismo.

<sup>1155</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.p, p.93.

É que a responsabilidade pelas decisões práticas é única e exclusivamente do sujeito agente da “*primeira pessoa*” que as compõe e que nelas atua com a prudência que a realidade prática o requer, iluminada sempre pelas normas jurídicas e pelos *standards*<sup>1156 1157 1158</sup>.

O que se percebe é que o pensamento do tipo normativista amputou qualquer senso de autorresponsabilidade que o sujeito agente da decisão poderia ter, do que quase sempre resultam consequências negativas para a realização da justiça na sociedade.

Ora, se a única coisa que importa é a norma jurídica (a “moral da lei”), então, disto resulta que a entidade privada tem a faculdade (a “*liberdade da indiferença*”) de cumpri-la ou não cumpri-la, pouco importando o porquê cumpri-la.

A prevalecer esta ideia, basta então que o sujeito agente – no caso, o agente privado – precifique as decisões tomadas com base na sua liberdade econômica reduzindo tudo ao cálculo econômico, agindo dentro da margem facultada pela norma jurídica, que vai desde o princípio do “poluidor-pagador” do direito ambiental até o princípio do “corruptor-pagador” do *compliance*<sup>1159</sup>.

O importante, se se levar esta visão utilitarista às suas últimas consequências, é dar um jeito de cumprir mais ou menos (quase sempre, menos) a norma jurídica, mesmo que isto signifique pagar o preço exigido para então subjulgar o bem jurídico que se pretende proteger,

<sup>1156</sup> Se o conceito de prudência (*phrónesis*) fosse corretamente compreendido, ficaria mais óbvia a inocuidade das “decisões-normas” abstratas (e.g. da ADPF 635/RJ relativa às operações policiais em comunidades fluminenses durante a pandemia de coronavírus). É que só através da prudência (a norma jurídica não basta) que a decisão prática se materializa. Sobre a origem da prudência na *phrónesis* aristotélica, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade**. Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.102-116. ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011.

<sup>1157</sup> É interessante ver como parte da doutrina contemporânea se apropria dos conceitos aristotélicos (*ratio practica*, *phronesis* etc.) para reduzi-los à mera “*razoabilidade*” judicial, destruindo o *telos* que justifica a hierarquia entre os bens (“*bens de excelência*” e “*bens de eficiência*”) para substituí-lo por um critério de “*concordância prática*” (um nome sofisticado para a mera conveniência utilitarista) de valores supostamente objetivos que, justamente por não enxergar esta hierarquia, faculta ao juiz, a pretexto de proteger os “*direitos orientados à justiça*”, decidir o contrário, ou seja, em favor dos “*direitos orientados à liberdade*”, sendo a “liberdade sobre o próprio corpo” em questões de aborto e eutanásia um dos exemplos mais atuais. Cf.: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**, Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p.120-126.

<sup>1158</sup> Até a doutrina cratológica consegue enxergar que, em alguns casos, não se pode falar em mera conveniência (utilitarista): “a arma bacteriológica, por exemplo, pode ser considerada imoral em quaisquer circunstâncias de que se cogite”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. **Teoria do Poder** (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder), p.197, nota de rodapé nº 16. Cf. também: ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**, Livro II, 1107a9-15.

<sup>1159</sup> Não se tem notícia de um suposto princípio do “corruptor-pagador” a não ser em discussão acadêmica ocorrida na disciplina “Corrupção na Administração Pública: um enfoque em Governança, Risco e Compliance (GRC)”, ministrada por Gustavo Justino de Oliveira, com a colaboração de André Castro Carvalho, no primeiro semestre de 2018 na FDUSP.

uma espécie de prostituição que esvazia a ação humana de qualquer conteúdo ético, transformando o bem comum num bem meramente econômico <sup>1160</sup>.

Por outro lado, ainda nesta visão utilitarista, se o que importa é apenas cumprir *standards*, como se fossem normas de conduta – e não mais uma medida justa –, então o sujeito agente já não tem mais nenhuma responsabilidade diante do caso concreto, podendo se esconder atrás destes *standards*.

Se a hipótese desta investigação estiver correta, estudar o tema da responsabilidade civil extracontratual sob a perspectiva do pensamento jurídico do tipo institucionalista poderá ser muito importante, porquanto, a partir do ponto de vista do sujeito agente da “*primeira pessoa*”, se torna mais fácil compreender que a responsabilidade em relação à sua “*microcomunidade*” não repousa unicamente na “*liberdade da indiferença*” de um comando externo, mas especialmente na consciência do próprio agente que passa a agir através da “*liberdade de qualidade*”, dando margem assim ao florescimento do genuíno institucionalismo.

Esse giro de compreensão tem o condão de conduzir à prevenção <sup>1161</sup> no contexto da atividade econômica (e não apenas à repressão) e ao mesmo tempo levar ao cumprimento espontâneo dos deveres de cuidado pelo próprio agente.

Em outras palavras, é importante que as entidades privadas compreendam que a sua liberdade econômica não pode ser exercida de modo arbitrário e indiferente, mas sim com responsabilidade diante de si própria e de terceiros (motivo ético).

Com isso o princípio do “poluidor-pagador” do direito ambiental ganha outro contorno que não aquele da mera precificação (*e.g.* pagar para poluir “em paz”). No mesmo sentido, a responsabilização do “corruptor-pagador” na legislação anticorrupção passa a ter que ser analisado sob outra perspectiva, *e.g.* da prevenção e do cumprimento espontâneo das normas de *compliance*.

#### 4.5.2. A Responsabilidade Institucional: antes e além da Norma Jurídica

O regime jurídico de responsabilidade civil extracontratual deve ser construído a partir de “*normas institucionais*”, devendo ser analisada a “*relevância jurídica*” com as normas jurídicas.

---

<sup>1160</sup> Sobre o problema gerado pelos incentivos financeiros, cf.: SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**/ Michael Sandel; tradução de Clóvis Marques. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p. 85-91.

<sup>1161</sup> A prevenção no conceito clássico de prudência (*phrónesis*) e não a paralisia decorrente do medo.

Em primeiro lugar, é importante lembrar que, se as “*normas institucionais*” equivalem a um ordenamento jurídico concreto, então as regras do jogo colocadas por elas possuem natureza jurídica e criam direito novo, não sendo, portanto, apenas fatos extrajurídicos.

Neste passo, parece adequado admitir um ordenamento jurídico concreto que regule, através das suas próprias “*normas institucionais*”, o regime jurídico e o tipo de responsabilidade civil aplicável no âmbito da sua “*microcomunidade*”, adotando assim critérios e *standards* que reputa adequados à sua realidade prática.

Um ordenamento jurídico concreto como este, que cria direito novo, pode inclusive estipular para o âmbito da sua “*microcomunidade*” um tipo de responsabilidade que reputa mais adequado para a sua realidade prática, *e.g.* da responsabilidade objetiva, definindo assim o seu conceito e alcance, bem como os padrões de comportamento que espera ver observados por todos aqueles que deversão se sujeitar aos seus efeitos jurídicos.

Veja o exemplo da fig.30 abaixo:

Os códigos de ética decorrentes da “estruturação de regras e procedimentos”, considerado o 4º pilar dos programas de *compliance*, constituem verdadeiros *standards* que modelam o padrão de comportamento, e respectiva responsabilidade extracontratual, que se espera no seu específico âmbito. (fig.30)

Sendo assim, quando um programa de integridade opta por uma política de doação e patrocínio restritiva, proibindo expressamente, *e.g.*, doações em favor de pessoas politicamente expostas (PPE), parece estar exigindo um padrão de comportamento que independem de culpa, ou seja, adotando uma responsabilidade do tipo objetivo.

O que se percebe é que as “*normas institucionais*” são autônomas das normas jurídicas estatais, possuindo ampla margem para regular o padrão de comportamento, e respectiva responsabilidade extracontratual, que espera ver observados no âmbito da sua “*microcomunidade*”.

É claro que, como exposto, por razões de justiça e racionalidade (motivo ético), deve ser levado em conta o referencial dado pela norma jurídica estatal (*e.g.* Código Civil), de modo que deve procurar assimilar o seu comando e assumir as consequências que os efeitos

jurídicos dela resultante podem gerar no seu âmbito, conforme o conceito de “*relevância jurídica*” exposto acima (vide *supra*: 4.1.1.).

Caso as “*normas institucionais*” não tragam nada de inovação a respeito do regime jurídico da responsabilidade civil naquele específico ordenamento jurídico concreto, parece adequado reconhecer que remanescem as normas jurídicas estatais que, em geral, contemplam a responsabilidade civil do tipo subjetiva <sup>1162</sup>.

Aliás, é interessante notar que o próprio Código Civil reconhece que as “*normas institucionais*” sempre têm alguma “*relevância jurídica*” para o seu próprio ordenamento jurídico (que é estatal) quando admite a responsabilidade objetiva (independente de culpa), *e.g.* dos casos em que a “*atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*” <sup>1163</sup>.

Este dispositivo normativo de alguma maneira reconhece a insuficiência da norma jurídica para lidar com todas as atividades econômicas de uma sociedade complexa. É por isso que o Código Civil faz referência, além dos “*casos especificados em lei*”, também aos casos que implicam “*riscos para os direitos de outrem*”.

Quem define o que são “*riscos para os direitos de outrem*”?

Note que a questão em tela guarda similitude com aquela relativa ao conceito de “*erro grosseiro*” e “*dolo*” formulado pela MP 966/2020 que “*dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19*” <sup>1164</sup>.

Se a norma jurídica não define quais são especificamente os casos que implicam “*riscos para os direitos de outrem*”, a quem cabe defini-los?

O juiz no caso concreto? O STF em controle objetivo e abstrato de constitucionalidade?

<sup>1162</sup> CC: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>1163</sup> CC: Art. 927. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>1164</sup> MP 996/2020: Art. 2º. Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. Art. 3º. Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados: I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público; II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público; III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência; IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas.

A resposta mais adequada parece ser no sentido de que é o juiz do caso concreto quem tem o poder de decidir se há ou não responsabilidade civil da entidade privada em reparar o dano quando a sua atividade implicar “*riscos para os direitos de outrem*”.

Mas o problema ainda não se resolve, porquanto ainda é possível perguntar se esta decisão pode ser arbitrária, tomada a bel-prazer do juiz, segundo critérios íntimos?

A resposta mais adequada parece ser a de que não.

O juiz deve buscar entender esses riscos à luz de critérios mais objetivos possíveis, normalmente encontrados nas “*normas institucionais*” produzidas nos mais diversos âmbitos das “microcomunidades”, em geral normas técnicas produzidas por entidades não-estatais, nacionais e internacionais.

Outras vezes, esses critérios objetivos decorrem dos costumes, em outras, da analogia <sup>1165</sup> e, finalmente, em outras, da própria equidade (*ex aequo et bono*).

O fato é que as “*normas institucionais*” desempenham um importante papel quando o assunto é responsabilidade civil, devendo-se tentar a partir delas produzir *standards* que se aproximem o máximo possível daquilo que deve ser considerado seguro para a sociedade, ainda que isto signifique adotar a técnica de indicar aquilo que não é seguro, ou seja, aquilo que traz riscos (e em que graus) para a sociedade.

O importante é a percepção de que deve haver um esforço constante para produzir genuínas normas técnicas e não meros simulacros delas <sup>1166</sup>.

Seja como for, a decisão sobre desempenhar ou não determinada atividade de risco é sempre uma escolha livre e responsável (“*liberdade de qualidade*”) daquele que a pratica efetivamente e não propriamente das normas técnicas, em si mesmas, que devem servir de sinalização e ponto de partida para que esta decisão seja tomada da melhor forma possível, sempre levando em consideração a sua “*microcomunidade*”, bem como a sociedade como um todo.

Portanto, se a hipótese desta investigação estiver correta, será adequado concluir que as “*normas institucionais*” podem não apenas anteceder as normas jurídicas como também ir além delas, regulando questões e estabelecendo novas regras do jogo. Ir além, seja qual for a razão, não significa obviamente perder de vista o bem comum que a norma jurídica também

---

<sup>1165</sup> LINDB: Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>1166</sup> É preciso ficar atento com o enorme mal que a chamada indústria farmacêutica pode causar ao induzir os agentes decisores, públicos e privados, a observarem simulacros de normas técnicas.

deve buscar alcançar. Significa isto sim que as “*normas institucionais*”, se existem por “*virtude própria*” em relação à norma jurídica, não podem deixar de ser genuínas a ponto de se transformarem em meros simulacros.

#### 4.5.3. A Responsabilidade Civil Normativa: em nome próprio ou do Estado?

Outra reflexão importante diz respeito à responsabilidade civil sob o viés normativo e o seu expresso reconhecimento pelo institucionalismo.

Como exposto, o pensamento do tipo institucional não exclui a norma jurídica, de maneira que é importante tê-la em mente quando do exercício do “*poder privado*” pelas entidades privadas no contexto da atividade econômica. E não apenas pelas razões de ordem utilitarista do “*pluralismo institucional*”, mas principalmente por razões de justiça e racionalidade (motivo ético) necessárias para a convivência em sociedade.

Exatamente por isso, mais importante do que observar as “*normas institucionais*”, é observar as normas jurídicas aprovadas no âmbito maior da sociedade, lembrando que a norma jurídica é a sinalização, o ponto de partida para a ação humana e não, utilizando o vocabulário romaniano, a “*entidade ética por excelência*”.

Por isso é importante destacar que, mesmo na visão tradicional, a autoridade privada não exercer poderes públicos por delegação do Estado, mas sim “*poderes privados*” que encontram fundamento jurídico na própria Constituição Federal (embora não só, conforme pensamento institucional).

Nesse passo, os “*poderes privados*” de autoridade que são exercidos pelas entidades privadas no contexto da liberdade econômica não são exercidos em nome do Estado, mas sim em nome próprio, exatamente por serem “*poderes privados*”.

As entidades privadas que exercem “*poderes privados*” no contexto da liberdade econômica não prestam necessariamente serviços públicos, razão pela qual, sobre não se enquadrarem na regra constitucional <sup>1167</sup>, não respondem objetivamente pelos danos causados por seus agentes a terceiros.

---

<sup>1167</sup> CF: art.37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.



Isso não quer dizer, entretanto, que a legislação infraconstitucional não possa atribuir uma responsabilidade objetiva diversa daquela prevista na Constituição Federal como fazem, *e.g.*, a legislação ambiental <sup>1168</sup> e a legislação anticorrupção <sup>1169</sup>.

Também por isso, o Estado não deve ser considerado responsável solidário ou subsidiário por eventuais danos decorrentes do exercício do “*poder privado*” por si só.

De fato, as entidades privadas exercem um “*poder privado*” que não decorre de uma delegação do Estado, nem tem relação com qualquer função administrativa propriamente dita, razão pela qual não há se falar em responsabilidade civil do Estado solidária ou subsidiária, a menos que haja um liame mais estreito entre eles, casos em que deverá haver uma responsabilização (*e.g.* convênio com a obrigação de fiscalização <sup>1170</sup>, contrato de concessão <sup>1171</sup> etc.).

Em suma, quando a autoridade privada exerce um “*poder privado*”, o faz em nome próprio, independentemente de delegação do Estado, de modo que este último não se responsabiliza pelos atos praticados por ela no contexto da sua atividade econômica, o que não impede que os atos deles decorrentes não possam estar sujeitos a um regime de responsabilidade civil diverso (*e.g.* sem culpa) por força de norma jurídica infraconstitucional, restando excluída assim apenas a aplicação do art. 37, §6º da Constituição Federal.

#### 4.5.4. A Responsabilidade por Atos de Improbidade Administrativa

Tal como analisado no item referente ao controle externo pelo Tribunal de Contas e demais órgãos controladores (*vide supra*: 4.5.5.), os atos administrativos praticados por entidades privadas no contexto da atividade econômica, assim como os contratos privados, não se enquadram por si só na definição de improbidade administrativa pela singela razão de que não envolvem nem funções, nem tarefas, nem poderes e nem recursos públicos.

---

<sup>1168</sup> Lei 6.938/1981: art. 14 [...] § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

<sup>1169</sup> Lei 12.846/2013: art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

<sup>1170</sup> REsp 28.222/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2000, DJ 15/10/2001.

<sup>1171</sup> REsp 1135927/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/08/2010.

É fato que o microgoverno exercido no contexto da atividade econômica importa no exercício de um poder “jurídico”. Entretanto, sobre não ser um poder público, não está sujeito ao regime jurídico da lei de improbidade administrativa.

Só tem sentido cogitar um ato de improbidade administrativa por parte dessas entidades privadas quando o “*poder privado*” exercido por elas de alguma maneira se relacionar com o poder público e somente na medida desta relação <sup>1172</sup> ou ainda quando concorre ou se beneficie da sua prática direta ou indiretamente <sup>1173</sup>.

É interessante notar que as empresas estatais, como entes por assim dizer híbridos, podem em tese não apenas ser vítimas (sujeito passivo) de atos de improbidade como também praticar atos de improbidade na qualidade de sujeito ativo da iniciativa privada, como qualquer outra empresa privada.

#### 4.5.5. A Responsabilidade por Atos de Corrupção: por uma Corrupção Privada?

Os atos de corrupção praticados pelas entidades privadas no contexto da atividade econômica são tipificados como crime de corrupção ativa, mas não como crime de corrupção passiva, eis que a legislação brasileira busca proteger apenas a Administração Pública, não sendo os seus agentes (privados) considerados funcionários públicos para fins penais <sup>1174</sup>, o que significa dizer que a corrupção privada não é tipificada no Brasil.

A chamada corrupção privada (suborno), ativa e passiva, não é um tema desconhecido da dogmática, tendo sido expressamente contemplada nas discussões tanto no âmbito do Conselho da União Europeia <sup>1175</sup> quanto na Convenção da ONU sobre a corrupção <sup>1176</sup>, sendo objeto de consideração pela legislação alienígena <sup>1177</sup>.

---

<sup>1172</sup> LIA: Art. 1º, parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

<sup>1173</sup> LIA: Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

<sup>1174</sup> CP: Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

<sup>1175</sup> Decisão-Quadro 2003/568/JAI: Artigo 2º. Corrupção activa e passiva no sector privado 1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que sejam consideradas infracção penal as seguintes condutas voluntárias, praticadas no exercício de actividades profissionais: a) Prometer, oferecer ou dar, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza a uma pessoa que, a qualquer título, dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, em benefício dessa pessoa ou de terceiros, a fim de essa pessoa, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos; b) Solicitar ou

O tema vem sendo debatido na doutrina brasileira nos últimos anos <sup>1178</sup>, existindo atualmente projetos de lei <sup>1179</sup> e anteprojetos <sup>1180</sup> que visam tipificar penalmente esta conduta.

O aspecto dogmático-penal, por razões óbvias, não deve ser analisado nesta investigação. Contudo, o que talvez se possa analisar é se toda e qualquer atividade econômica deve ser objeto de maior proteção do direito penal ou apenas aquelas atividades econômicas por assim dizer mais sensíveis, quais seja, aquelas que de alguma maneira envolvem exatamente o exercício do “*poder privado*”.

O que se deve ser objeto de refletir é: até que ponto pode fazer sentido criminalizar condutas de natureza privada praticadas no âmbito das relações contratuais típicas, ou seja, das chamadas “*relações privadas entre iguais*” para utilizar a terminologia da doutrina portuguesa?

Em que hipótese o oferecimento ou a solicitação de benefícios indevidos com o fim de atuar (ou se abster de atuar) pode representar um perigo para uma relação contratual “*entre iguais*” a ponto de demandar uma intervenção penal e ao mesmo tempo não comprometer a liberdade econômica? Qual o limite da definição de “*benefício indevido*” numa relação contratual eminentemente horizontal?

---

receber, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza, ou aceitar a promessa de tais vantagens, em benefício do próprio ou de terceiros, quando, a qualquer título, essa pessoa dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, a fim de, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos. 2. O n.º 1 aplica-se às actividades profissionais no âmbito de entidades com ou sem fins lucrativos. 3. Qualquer Estado-Membro pode declarar que restringirá o âmbito de aplicação do n.º 1 às práticas, relacionadas com a aquisição de bens ou de serviços comerciais, que impliquem ou possam implicar distorção da concorrência.

<sup>1176</sup> UNCAC: Art.21: Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de actividades económicas, financeiras ou comerciais: a) A promessa, o oferecimento ou a concessão, de forma directa ou indirecta, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar; b) A solicitação ou aceitação, de forma directa ou indirecta, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar.

<sup>1177</sup> Vide e.g.: FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) de 1977, *Sarbanes-Oxley* de 2002, ambas nos EUA, e UK *Bribery Act* de 2010.

<sup>1178</sup> CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de *compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *compliance* anticorrupção em um país emergente. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro. Editora Elsevier, 2013. Também: MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique da Silva (coord). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro. Editora Elsevier, 2013.

<sup>1179</sup> Vide e.g.: PLS 236/2012 (Anteprojeto de Código Penal), PLS 455/2016 (CPI do futebol) e PL 5.895/2016 (Deputado João Derly).

<sup>1180</sup> Vide e.g.: Ação nº 5/2018 da ENCCLA.

Parece mais adequado defender que a proteção do direito penal nesses casos (“*relações privadas entre iguais*”) deve ser mínima, para não dizer nenhuma.

É que todo o cuidado na preservação da liberdade econômica é pouco e as relações privadas “*entre iguais*” podem correr graves riscos com a planificação normativa <sup>1181</sup> de comportamentos de natureza eminentemente privada, mormente sob o rigor de uma norma penal.

Amplios espaços de liberdade econômica devem ser garantidos em favor das entidades privadas através de uma não intervenção estatal. Não é à toa que o Conselho da União Europeia ressaltou a possibilidade de os Estados-partes restringir a tipificação penal apenas aos casos capazes de “*distorcer a concorrência*” <sup>1182</sup>.

Embora este detalhe seja muito importante, ele não parece ter sido percebido pela dogmática brasileira, não ao menos nos anteprojetos mencionados acima.

É que os anteprojetos de uma maneira geral não dedicam uma atenção especial para o resultado do ato, criando um tipo penal aberto, perigosamente aberto, como no anteprojeto elaborado no âmbito da ENCCLA (“a fim de praticar, omitir ou retardar ato em violação aos seus deveres funcionais”).

Nem mesmo o esboço do PL 5.895/2016 para fechar um pouco mais o tipo penal (“*a fim de desviar clientela ou obter a celebração de acordo ou contrato*”) parece ser suficiente para preservar o núcleo duro da liberdade econômica, o que só pode ser alcançado através de um tipo penal mais fechado e mais próximo de um resultado naturalístico capaz de, *e.g.*, efetivamente “*distorcer a concorrência*”.

Além disso, o que pode merecer uma proteção adicional do direito penal – não sem o mesmo cuidado com o núcleo duro da liberdade econômica - são as “*relações privadas de poder*”, relações das quais sobressai uma autoridade cujo exercício do poder (privado) pode repercutir de maneira mais intensa na esfera de direito de terceiros do que poderia repercutir numa relação contratual típica (“*entre iguais*”).

---

<sup>1181</sup> Recorde-se da crítica da doutrina quanto à visão do direito como “*instrumento artificial de planificação*”. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**, p.90.

<sup>1182</sup> Decisão-Quadro 2003/568/JAI: Artigo 2º [...] 3. Qualquer Estado-Membro pode declarar que restringirá o âmbito de aplicação do n.º 1 às práticas, relacionadas com a aquisição de bens ou de serviços comerciais, que impliquem ou possam implicar distorção da concorrência.

Perceba que o tema da corrupção privada ganhou destaque no Brasil depois dos fatos envolvendo a prisão de dirigentes da FIFA em 2015, dentre eles dirigentes de nacionalidade brasileira <sup>1183</sup>.

O problema é que o “caso FIFA” não envolve exatamente “*relações privadas entre iguais*” limitadas apenas ao aspecto contratual, mas sim “*relações privadas de poder*”, ou seja, um típico microgoverno privado cujo exercício da autoridade é capaz de repercutir para muito além das partes de um contrato privado.

O âmbito da “*microcomunidade*” dentro do qual a FIFA se insere contempla uma autoridade privada, cujo “*poder privado*” não pode de forma alguma ser exercido com tamanha concupiscência.

O termo corrupção significa dentre outras coisas “*deterioração, decomposição física de algo, putrefação, depravação de hábitos e costumes, devassidão*” <sup>1184</sup> e pode ser mais facilmente identificado com o tema poder.

A corrupção é em si um elemento negativo, destrutivo, que deslegitima substancialmente o exercício do poder “jurídico” fundado na liberdade econômica, de modo mais intenso nas “*relações privadas de poder*” do que nas “*relações privadas entre iguais*”, onde quase não existe poder.

Mais do que “*distorcer a concorrência*”, mais do que corromper a proclamada eficiência econômica, os atos de corrupção como os do “caso FIFA” deterioram o próprio âmbito da “*microcomunidade*” ao qual ela e todas as demais “*vontades paralelas*” aderiram espontaneamente, levando aquela que é uma genuína instituição a se transformar naquela que é um simulacro de instituição, a caminho da sua própria decomposição.

E a própria existência de uma genuína instituição - não da entidade FIFA em si (ou qualquer outra), mas de toda uma comunidade (torcedores, clubes, cidades e países inteiros) – que acaba aproximando os interesses privados dos interesses públicos, aproximando o bem comum da “*microcomunidade*” do bem comum de toda a sociedade, chamando a atenção do Estado para a necessidade de atribuir ao fato uma “*relevância jurídica*” através do seu próprio ordenamento jurídico estatal, inclusive através da tipificação do crime de corrupção privada.

Tudo isso representa muito mais do que o mero contrato ou do que a mera eficiência econômica. Representa o reconhecimento de toda a sociedade de que as “*relações privadas de*

---

<sup>1183</sup> Ao menos o PLS 455/2016 (CPI do futebol) e o PL 5.895/2016 (Deputado João Derly) relacionaram o tema com esses fatos (“caso FIFA”).

<sup>1184</sup> Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro, 2009.

*poder*” demandam da autoridade privada um exercício responsável do poder, maior do que se deveria ter numa relação meramente contratual, responsabilidade esta que se apoia não apenas na sua própria consciência (autoresponsabilidade), nem no cálculo utilitarista do “corruptor-pagador”, mas sim, a partir de então, no uso excepcional da repreensão penal estatal.

Eis mais um exemplo da importância para os direitos fundamentais de se adotar a distinção feita pela dogmática portuguesa entre “*relações privadas de poder*” (“*entre desiguais*”) e “*relações privadas entre iguais*”. Existe nas primeiras uma vulnerabilidade que não existe nas segundas, o que pode sim justificar uma maior proteção do direito penal.

Portanto, o núcleo duro da liberdade econômica deve ser garantido com mais cuidado nas “*relações entre iguais*”, um pouco menos nas “*relações privadas de poder*” e menos ainda nas “*relações públicas*”. Consequentemente, de maneira inversa, os atos de corrupção devem ser combatidos com mais intensidade nas relações públicas (corrupção contra a Administração Pública), com um pouco menos de intensidade nas “*relações privadas de poder*” (corrupção privada) e com menos ainda - se não, nenhuma - nas “*relações privadas entre iguais*”<sup>1185</sup>.

#### 4.6. A LLE: BREVE ANÁLISE DE UM PARADIGMA INFRACONSTITUCIONAL

A Lei 13.874/2019 (LLE), mais do que fundamento jurídico, pode servir de paradigma para a construção das “*normas institucionais*” pelas entidades privadas que exercem o poder privado no contexto da liberdade econômica.

A nova legislação parece ser o reflexo das novas realidades da sociedade e do direito administrativo contemporâneo, não podendo ser ignorada.

O alerta não é sem motivo.

É que, apesar da LLE, a doutrina de índole mais estatista continua fazendo pouco caso das transformações da sociedade e do direito.

Este tipo de doutrina continua enxergando que não existe nada fora do Estado, supondo que “a liberdade econômica opera, então, por meio de arranjos institucionais que proveem uma pauta menor e mais eficiente de condicionantes ao exercício da livre iniciativa”

---

<sup>1185</sup> Por isso se deve tomar muito cuidado com a “*progressiva funcionalização da vida particular*” a que alude a doutrina. Cf.: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Administração contemporânea: três linhas de transformação do poder de polícia**, p.68-69.

<sup>1186</sup>. A ordem econômica constitucional, segundo este tipo de pensamento jurídico, “depende, de modo irrefragável, de algum modo de intervenção estatal” <sup>1187</sup>.

É a velha luta ideológica (estatismo vs liberalismo), como se não existisse mais nada entre os extremos.

Mas existe. E não é o Estado regulatório <sup>1188</sup>.

A preocupação da doutrina estatista é indisfarçável, chegando até mesmo a defender que os dispositivos normativos da LLE, em especial os princípios do art. 2º, são ora “*eminente programático*” <sup>1189</sup>, ora de “*flagrante inocuidade*” <sup>1190</sup>, fazendo questão de dizer que “*a LLE não é o instrumento liberalizante com a qual muitos sonhavam*” <sup>1191</sup>.

Esta doutrina parece partir do pressuposto de que a MP 881/2019, convertida na LLE, é uma mera reprodução da proposta acadêmica FGV/SBDP, de maneira que tudo o mais seria mera repetição.

Este entendimento pode ser constatado *e.g.* na leitura que é feita da LLE, segundo a qual os princípios da liberdade econômica (art. 2º) não teriam “*nenhum conteúdo relevante*”, lembrando que a proposta acadêmica “*não criava nenhum novo princípio*”, sendo o parágrafo único do art. 170 da CF, conforme este ponto de vista, mais determinista e assertivo do que os novos princípios da LLE <sup>1192</sup>.

Segundo esse pensamento, “muito mais do que uma limitação à intervenção estatal ‘per se’, a LLE é muito mais uma tentativa de defesa contra a intervenção desmedida e desordenada do Estado” <sup>1193</sup>.

A LLE buscaria primordialmente “melhorar a qualidade dessa intervenção, de modo que o exercício das potestades do Estado se dê em melhores termos, reafirmada a liberdade econômica como um dos pressupostos do desenvolvimento nacional” <sup>1194</sup>.

---

<sup>1186</sup> Vide: LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 90-91.

<sup>1187</sup> *Ibidem*.

<sup>1188</sup> O chamado “Estado regulatório” só pode representar a “opção do meio” se não partir do pressuposto de que as “leis econômicas não prescindem da norma jurídica”. A expressão atribuída a BENTHAM “*before the laws, there was no property: take away the laws, property ceases*” deve ser lida com cuidado, já que na tradição inglesa *law* não equivale à norma jurídica, mas ao direito. Vide: CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. **Liberdades de precificação e de pactuação**, p.112-113.

<sup>1189</sup> LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica, **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**. p. 66.

<sup>1190</sup> *Idem*, p. 95.

<sup>1191</sup> *Idem*, p. 90.

<sup>1192</sup> *Idem*, p. 84.

<sup>1193</sup> *Idem*, p. 85.

E, insistindo na discussão meramente ideológica entre os externos <sup>1195</sup>, essa doutrina afirma que, “muito mais do que catalisar um movimento liberal puro”, a LLE teria se voltado “mais à promoção de algum ‘accountability’ das funções ordenadora e regulatória estatal” <sup>1196</sup>.

Ora, pode até ser verdade que a “*opção de protagonismo estatal é tradicional no país*” <sup>1197</sup>, mas o fato é que a globalização e a revolução tecnológica exigem uma nova postura da dogmática jurídica, exigem soluções que estão além da própria capacidade estatal e que não podem ser ignoradas pela dogmática jurídica.

É fato que a proposta acadêmica influenciou a MP 881/2019, mas esta norma jurídica, convertida na LLE, parece ter ganhado vida própria, dando um salto maior do que a proposta acadêmica FGV/SBDP poderia imaginar.

Deixando de lado as ideologias, se a hipótese desta investigação estiver correta, a LLE, a partir de um novo ângulo, será capaz de alterar completamente a compreensão do direito.

Ora, se conforme defende esta doutrina, o parágrafo único do art. 170 da CF contém maior “*determinismo*” e “*assertividade*” do que os novos princípios da LLE, então porque este dispositivo constitucional não funcionou nos últimos 30 anos desde a promulgação da Constituição de 1988? Por que ainda vigora na dogmática jurídica a lógica segundo a qual tudo o que não está permitido, está proibido?

É interessante notar que João Uzêda Accioly, comentando o art. 1º, §2º, ressalta a importância de se conferir uma “*hermenêutica pro libertatem*” em favor da LLE exatamente para resgatar a lógica segundo a qual “*é permitido o que não é proibido*”. Veja:

Ideias intervencionistas, que ainda insistem em enxergar no Estado capacidades muito maiores que aquela que os fatos demonstram, influenciam os aplicadores do direito a inverter a lógica própria de uma sociedade aberta, segundo a qual é permitido o que não é proibido. <sup>1198</sup>

---

<sup>1194</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>1195</sup> Do bem contra o mal, do amigo contra o inimigo, ao estilo schmittiano.

<sup>1196</sup> LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica, **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. p. 89.

<sup>1197</sup> *Idem*, p. 88.

<sup>1198</sup> *Hermenêutica pro libertatem. Comentários à Lei de Liberdade Econômica*: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.40.



Perceba como tem razão o jurista quando observa que este tipo de pensamento “*é frequentemente incapaz de enxergar a legalidade de algo que não esteja expressamente permitido em algum ato normativo*”<sup>1199</sup>.

E, refutando a doutrina segundo a qual a norma interpretativa da LLE seria desnecessária, complementa:

Mas é um argumento equivocado, baseado em um grosseiro erro epistemológico típico das ciências sociais não praticadas, de supor, quando a teoria não corresponde aos fatos, que o problema está na realidade e não na fórmula com que se quer descrevê-la”.

Esse erro é combatido frontalmente desde a gênese da LLE como medida provisória. Na Exposição de Motivos, a MP 881 demonstrou seu foco em estudos econômicos empíricos sobre os efeitos práticos de medidas de liberdade econômica. [...] Daí, como a liberdade econômica gera benefícios reais para a sociedade que se ordena por meio do direito, nada mais adequado (e agora é dever legal) que o aplicador do direito interprete a lei ampliando a esfera de autodeterminação do indivíduo – interprete a lei em favor da liberdade econômica.<sup>1200</sup>

Nem a LLE, nem os seus princípios jurídicos parecem trazer palavras inúteis. Nem parecem ser apenas mero reforço ou lembrete de que já existe uma norma constitucional que esgota o assunto.

No mínimo, a LLE confere maior concretude ao dispositivo constitucional e enseja, no aspecto do processo judicial brasileiro, uma proteção a mais do sistema normativo através dos remédios e recursos constitucionais como o recurso especial<sup>1201</sup>.

Mas frise-se: é preciso perceber que a LLE, tem algo de novo, a começar pela mudança do tipo de pensamento jurídico, diferentemente da proposta acadêmica da FGV/SBDP que aparentemente não conseguiu se libertar de uma concepção kelseniana do direito.

A LLE parece realmente dar um grande salto, reconhecendo que existe direito também fora do Estado, o que não é pouca coisa em termos de dogmática jurídica.

Só não se pode perder de vista que a LLE, se, de um lado, liberta o direito das garras do estatismo, por outro lado, não deve ser tomada como um trunfo do individualismo contra a sociedade.

---

<sup>1199</sup> *Idem*, p.41.

<sup>1200</sup> *Idem*, p.42-43.

<sup>1201</sup> Nesse sentido, vide: CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. *Liberdades de precificação e de pactuação. Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.116.

É preciso quebrar o círculo vicioso formado pela bifurcação artificial da realidade em duas esferas: uma do Estado autoritário e a outra das liberdades radicais dos milhares de deuses-indivíduos.

Em vez disto, é preciso reconstruir um círculo virtuoso formado por uma única e mesma esfera: a esfera da realidade, habitada por uma pessoa que sabe que faz parte de uma comunidade com projetos comuns em dado tempo e lugar <sup>1202</sup> e não por um indivíduo isolado, “*cidadão de lugar nenhum, exilado interno onde quer que viva*” <sup>1203</sup>.

A LLE é muito importante e só poderá cumprir o seu papel com plenitude se a dogmática conseguir auxiliar as entidades privadas a se libertarem deste círculo vicioso, transformando-o num único e compacto círculo virtuoso no qual fique nítido o caminho do meio, o caminho do exercício ético do “*poder privado*” através da “*liberdade de qualidade*”.

Se a hipótese desta investigação esteve correta, será possível colocar à prova cinco exemplos extraídos da LLE.

#### 4.6.1. As Atividades Econômicas de Baixo Risco

O primeiro exemplo pode ser extraído do art. 3, inciso I da LLE <sup>1204</sup>, que trata dos atos públicos de liberação das atividades econômicas consideradas de “baixo risco”.

A doutrina de índole mais tradicional continua colocando o Estado no centro do direito, inclusive no tocante à livre iniciativa assegurada constitucionalmente (art. 170, parágrafo único), de maneira a continuar invertendo a lógica de que “*é permitido o que não é proibido*”.

Veja no exemplo abaixo, a propósito do dispositivo em tela:

Assim, a obrigação imposta à administração pública no dispositivo sob análise corresponde a obrigação de tolerar que aquelas pessoas realizem ‘alguma coisa, que ele normalmente poderia repelir e, então, ele não se limita a abster-se de um ato, mas vai mais adiante, e chega até, a sofrer um ato que outro pretende praticar’ <sup>1205</sup>.

<sup>1202</sup> Novamente, cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983). p.419-420.

<sup>1203</sup> MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983). p.266.

<sup>1204</sup> Art. 3º [...] I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica.

<sup>1205</sup> LEAL, Larissa Maria de Moraes *et alii*. Direito de Liberdade de Empresa. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.102.

A transcrição acima, em parte uma lição de San Tiago Dantas, revela o pensamento jurídico por trás dela. Quando diz que o Estado deve “tolerar algo que normalmente poderia repelir”, este pensamento adota como pressuposto lógico a intervenção estatal e não a livre iniciativa. É como se o Estado, através do legislativo, estivesse fazendo um favor para o empreendedor ao deixá-lo exercer a sua atividade econômica.

Mas não é bem assim.

Quando a transcrição diz que o Estado “*chega a sofrer um ato de outra pessoa*”, no caso, o empreendedor, não se está simplesmente diante de uma obrigação negativa (do direito civil) imposta por lei, mas também e especialmente diante de uma liberdade econômica que é preexistente à lei e que é garantida pela própria Constituição Federal.

Nesse sentido, parece correta a afirmação de que o Estado “*sofre um ato de outrem*”. E mais: revela que a liberdade econômica exercida pelo empreendedor não é apenas um nada jurídico, um vazio, mas sim um ato jurídico resultante de um poder (privado) de agir perante o Estado e também perante toda a sociedade.

Frise-se: a liberdade econômica antecede logicamente o ato público de liberação. E é a regra e não a exceção.

Por isso não se pode dizer que a solução adotada pela LLE é tímida<sup>1206</sup>, porquanto reforça de alguma maneira o princípio da livre iniciativa como regra e não como mera exceção.

A sugestão proposta pela doutrina no sentido de se aprovar catálogos legislativos e administrativos de atividades de risco (e não a sua ausência)<sup>1207</sup>, pode ser muito boa e pode perfeitamente ser adotada pelo comitê nacional (CGSIM), que, através de resolução (art.3º, §1º, inciso II), pode catalogar as atividades de médio e alto risco, considerando, por exclusão, todas as demais como de “baixo risco”.

A ordem dos fatores não altera o produto. Não se está falando de ausência de risco, mas em graus de risco.

---

<sup>1206</sup> LEAL, Larissa Maria de Moraes *et alii*. Direito de Liberdade de Empresa. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**, p.108.

<sup>1207</sup> *Idem*, p.109.

Seja como for, o CGSIM editou a Resolução 51/2019, optando por catalogar o rol das atividades econômicas de baixo risco, nada dispondo sobre as demais. É uma opção válida que, como dito, não altera o resultado final <sup>1208</sup>.

Fosse qual fosse a opção, entretanto, resta preservada a competência estadual (art. 24, *caput* e §§ da CF) e municipal (art. 30, inciso II da CF) para também definir, supletivamente, o que pode ser considerado de “*baixo risco*” na perspectiva da peculiaridade estadual e do interesse local, respectivamente.

Sem razão, portanto, a doutrina em dizer que uma legislação inspirada no liberalismo deu pouca atenção ao princípio da descentralização, tão caro ao mesmo liberalismo <sup>1209</sup>.

O apego excessivo à ideologia as vezes embaraça a racionalidade.

É que o entendimento técnico-jurídico revela que a competência concorrente também é um mecanismo que valoriza a descentralização, tanto que está previsto na Constituição de 1988. A descentralização não está presente apenas na competência privativa municipal, mas também na competência concorrente dos entes federativos que, colaborativamente, estabelecem níveis diferentes de atuação, desde o nacional (norma geral), passando pelo regional (peculiaridade estadual) até o local (realidade local) <sup>1210</sup>.

Isso significa que o interesse local não está sendo vulnerado pela LLE <sup>1211</sup>. O Município pode perfeitamente definir “*baixo risco*” à luz da realidade econômica local, desde que, é claro, esteja presente o elemento interesse local <sup>1212</sup>.

A redação do art. 3º, §1º, inciso I da LLE pode dar a entender que a União somente pode definir “*baixo risco*” na ausência de lei estadual ou municipal, transformando assim uma

<sup>1208</sup> A MP 915/2019 optou pela técnica inversa, a de catalogar exatamente as atividades de impacto significativo ao meio ambiente. §12. O disposto no inciso IX do *caput* não se aplica às atividades com impacto significativo no meio ambiente, conforme estabelecido pelo órgão ambiental competente.

<sup>1209</sup> *Idem*, p.109.

<sup>1210</sup> Cf.: DOMINGUES, Rafael Augusto Silva. **A Competência dos Estados-membros no direito urbanístico: limites da autonomia municipal.** Rafael Augusto Silva Domingues; prefácio de Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 87: “E continua a autora dizendo que o sistema adotado no Brasil, inspirado no modelo alemão (Constituição de Weimar), pretende tirar o melhor proveito das competências concorrentes, com a expansão da autonomia estadual. Em outras palavras, a nova Constituição visa a uma maior descentralização, sem prejuízo de uma direção uniforme que devem ter determinadas matérias. É o ‘federalismo do equilíbrio’, nas palavras da autora, segunda a qual esse equilíbrio se dá também com a repartição de encargos mediante a fixação de matérias de competência comum, instituindo assim a cooperação entre os entes federativos.”. (sem grifo no original)

<sup>1211</sup> No mesmo sentido, vide: ISSA, Rafael Hamze. Atividades de baixo risco. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo** – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.198.

<sup>1212</sup> Vide: STF - Súmula Vinculante nº 49: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

competência concorrente em uma competência suplementar da União <sup>1213</sup>, o que não é verdade.

Ocorre que o termo – específica - localizado na parte final do dispositivo afasta esta interpretação e coloca o regime jurídico da competência concorrente no seu devido lugar, podendo a União (ou o CGSIM) definir sim o que é atividade econômica de “baixo risco” <sup>1214</sup> e deixar para os Municípios a possibilidade de detalhá-las no exercício da sua competência complementar, ou, na ausência de legislação federal, até mesmo definir todas elas, neste caso no exercício da sua competência suplementar <sup>1215</sup>, realizando a devida notificação ao Ministério da Economia.

Mas não é só.

Constitui princípio básico de hermenêutica constitucional o postulado segundo o qual as normas infralegais devem ser interpretadas à luz da Constituição e não o contrário, de maneira que o art. 3º, §1º, inciso I da LLE deve ser ajustado à norma constitucional.

É dessa maneira, e não através de discussões ideológicas, distantes da técnica e da racionalidade, que a Constituição Federal resolve o tema (art. 24, *caput* e §§ c/c art. 30, inciso II da CF).

Além disso, vale ressaltar que a questão posta pela doutrina sobre a possibilidade dos Estados-membros e/ou Municípios realizarem uma classificação mais restritiva do que a União (*e.g.* de baixo risco para médio risco) <sup>1216</sup>, simplesmente não se coloca.

É que não interessa propriamente se a classificação é mais ou menos restritiva, mas sim se há ou não interesse regional ou local que justifique uma classificação diferente daquela realizada no âmbito das normas gerais da União. Se houver razão - específica - para tanto, devidamente justificada, é possível sim uma reclassificação pelos Estados-membros e/ou

<sup>1213</sup> Esta parece ser a interpretação doutrina: LEAL, Larissa Maria de Moraes *et alii*. Direito de Liberdade de Empresa. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**, p.109. ISSA, Rafael Hamze. Atividades de baixo risco. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**, p.199.

<sup>1214</sup> Perceba que a Lei 8.666/96 sempre definiu valores para fins de exigência ou não de licitação, bem como para a definição de suas modalidades, autorizando inclusive atualizações por decreto (art. 120), sendo o mais recente o Decreto 9.412/2018, não havendo grande controvérsia a respeito.

<sup>1215</sup> Cf.: DOMINGUES, Rafael Augusto Silva. **A Competência dos Estados-membros no direito urbanístico: limites da autonomia municipal**, p. 123: “A resposta parte da exegese do termo suplementação, estampado no art. 30, II da Constituição, que caminha no mesmo sentido daquela apresentada realtivamente aos Estados-membros, ou seja, os Municípios podem suplementar (complementar) a legislação federal e estadual, no que couber, ou ainda suplementar, total ou parcialmente, essas legislações, quando não houver normas, também no que couber.”.

<sup>1216</sup> ISSA, Rafael Hamze. Atividades de baixo risco. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**, p.200.

Municípios que pode ser mais ou menos restritiva, não importa <sup>1217</sup>. O que importa, frise-se, é se há ou não uma comprovada especificidade da atividade econômica naquele ente federativo, o que também evita eventual efeito feudalização.

Aliás, também não tem razão a doutrina quando afirma que o dispositivo em tela é contraditório ao institui um aparato burocrático como o comitê nacional (CGSIM) quando a ideia é simplificar e reduzir os custos da atividade econômica <sup>1218</sup>.

Muito pelo contrário. A utilização do comitê nacional traz muitas vantagens em termos de desburocratização.

Desconsiderando o fato de que o CGSIM não é uma criação da LLE, mas sim do Decreto 6.884/2009, editado em outro governo, o fato é que uma resolução de natureza técnica (um ato administrativo) faz todo o sentido se se pensar na flexibilidade, expertise e velocidade que a matéria exige. Isto sem considerar a heterogeneidade da sua composição e a abertura à participação da sociedade civil. Menos burocrático do que isto - e sujeito à eventual crítica por um suposto déficit democrático - talvez só restasse a técnica de utilizar *standards* ou diretivas, nacionais e internacionais, aprovadas por entidades extraestatais <sup>1219</sup>.

O fato é que, no que importa verdadeiramente considerar aqui, é que, sem prejuízo de toda a regulamentação estatal sobre a matéria, as próprias entidades privadas, quando do exercício do seu “*poder privado*”, não podem deixar de considerar os riscos, mesmo os “*baixos riscos*”, que a sua atividade econômica impõe aos demais cidadãos e à sociedade como um todo.

Mesmo diante de “*baixos riscos*”, e especialmente diante de riscos mais altos, as entidades privadas não podem deixar de exercer a sua “*liberdade de qualidade*” para colocar em risco (por menor que seja) a sua própria comunidade. Por razões de justiça e racionalidade (motivo ético), as entidades privadas que exercem atividades econômicas de qualquer risco não podem perder de vista a alteridade e o bem comum, mesmo parcial, da vida em sociedade.

Esta postura muda tudo. Entrando governo ou saindo governo, aprovando leis ou revogando leis, o fio condutor continuará sendo o elemento ético, genuinamente capaz de

---

<sup>1217</sup> Parece equivocado o argumento de que o STF já acolheu essa racionalidade - necessidade de justificativa da norma mais restritiva - na competência concorrente em caso envolvendo direito ambiental (ARE 748.206, julgado em 14/03/2017). É que o direito ambiental não é matéria de competência concorrente, mas sim de competência comum, em sede da qual esta racionalidade faz realmente sentido. Neste aspecto, essa racionalidade pode interessar quando da aplicação do §12 do art. 3º da LLE, na redação dada pela MP 915/2019, que ressalva da aprovação tácita as atividades de impacto significativo ao meio ambiente.

<sup>1218</sup> LEAL, Larissa Maria de Moraes *et alii*. Direito de Liberdade de Empresa. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**, p.110.

<sup>1219</sup> Não dá para descartar essa hipótese e nem dizer que a resolução não possa se reportar a esta técnica. Neste sentido, vide *supra*: 3.7.4.3. (o “direito administrativo de emergência”).

legitimar substancialmente o exercício do “*poder privado*” pelas entidades privadas no contexto da atividade econômica.

#### 4.6.2. A Presunção de Boa-fé Objetiva

O segundo exemplo pode ser extraído do art. 3º, inciso V da LLE <sup>1220</sup>.

A despeito de a doutrina entender que a presunção de boa-fé da LLE não trouxe nada de novo, tendo “*apenas valor político e retórico*” <sup>1221</sup>, a realidade parece ser outra.

A despeito da “*conquista científica secular*” da doutrina brasileira <sup>1222</sup>, é importante perceber que é possível preservar o passado (a tradição) e ao mesmo tempo lançar um olhar novo sobre o direito, um olhar institucionalista capaz de dar um passo além do normativismo, que prega peças e às vezes é obrigado a realizar malabarismos para tentar enquadrar a realidade ao direito, quando deveria ser o contrário.

O tema relativo à boa-fé não escapa a esta realidade.

Perceba que não é o caso, nem a pretensão, de revisitar o tema, mas o fato é que retirar a liberdade econômica do mundo jurídico para jogá-la num mundo alado não jurídico (ou extrajurídico), uma espécie de “mundo dos mortos”, não traz nenhuma vantagem nem para a dogmática jurídica, conforme já foi analisado relativamente ao problema resultante da bifurcação da realidade em duas esferas (autoridade-liberdade).

Judith Martins-Costa critica a LLE nos seguintes termos:

Utiliza-se o sintagma ‘boa-fé’, geralmente indicador de norma heterônoma, para, em lógica circular, instrumentalizá-la à autonomia privada. Por fim, os legisladores, incorreram em ‘flagrante confusão conceitual e em manifesto non sequitur’ ao tomar fato por norma, já que apenas fatos são suscetíveis de presunção. <sup>1223</sup>

Ocorre que, a partir de um olhar novo sobre o direito, um olhar institucionalista, o homem deixa de ser visto como um “*homem mau*” a ser controlado pelo Estado e passa a ser visto como um “homem sociável” que é capaz de contribuir para o bem comum de toda a sociedade.

<sup>1220</sup> Art. 3º [...] V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;

<sup>1221</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Art. 3º, V: Presunção de boa-fé. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo** – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.123-132.

<sup>1222</sup> *Idem*, p.125.

<sup>1223</sup> *Idem*, p.126.

Isto significa que não se está tratando aqui apenas do estado anímico subjetivo ou psicológico do empreendedor, nem de regra processual sobre o ônus da prova segundo a qual a má-fé não se presume, mas sim, observe, de um *standard* que serve de norte tanto para o exercício da liberdade econômica como para o controle judicial.

Em termos normativistas, é possível dizer que a boa-fé mencionada pela LLE não é a boa-fé subjetiva, como equivocadamente defende a abalizada doutrina, mas sim a boa-fé objetiva.

O equívoco do dispositivo talvez esteja na utilização do termo presunção, que realmente diz respeito ao elemento fático. Nada, contudo, que uma interpretação mais empática e dotada de um pouco mais de boa vontade não resolva.

Aliás, a regra do art. 3º, inciso V não pode ser lida fora do contexto da LLE, que ainda contempla outras duas menções à expressão boa-fé, a primeira um cânone de interpretação (art. 1º, § 2º)<sup>1224</sup> e a segunda também um *standard* (art. 2º, inciso II).

A boa-fé objetiva do art. 3º, inciso V parece exercer a mesma função de *standard* do art. 2º, inciso II. Enquanto este último diz respeito à “*boa-fé do particular perante o poder público*”, aquele diz respeito ao sistema como um todo (perante os demais cidadãos e perante o juiz).

É importante notar que o dispositivo em questão parece guardar grande aproximação com o art. 187 do Código Civil<sup>1225</sup> que define o abuso de direito, de maneira a abalizar os limites entre o ato lícito e o ato ilícito. É ilícito, prescreve o Código Civil, todo ato jurídico do direito civil que “excede manifestamente” os limites impostos pela boa-fé (objetiva).

Então surge a questão: o disposto no art. 187 do Código Civil não seria suficiente para regular a questão, tornando conseqüentemente descipiendo o art. 3º, inciso V da LLE?

A resposta é negativa.

O dispositivo da LLE dá um passo muito além da teoria do ato jurídico do direito civil para conferir “ares públicos” à autonomia da vontade, o que pode ser explicado pelo conceito de “*liberdade de qualidade*” já mencionado antes, muito parecida com a velha liberdade de âmbito público da *polis* grega.

É que a LLE trata da autonomia da vontade não apenas sob o ponto de vista dos negócios jurídicos empresariais “paritários” (art. 3º, inciso VIII), mas também, *contrario sensu*, dos “não-paritários”, vale dizer, das chamadas “*relações privadas de poder*” (ou

---

<sup>1224</sup> Um cânone de interpretação não deixa de ser um *standard*.

<sup>1225</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.



“governo privado”), tanto que o art. 3º, inciso V da LLE faz menção, além do direito civil e direito empresarial, também ao direito econômico e urbanístico.

Ao que parece, a LLE tem como foco algo além da mera autonomia da vontade civilista, ou seja, a “*liberdade da indiferença*”. E este algo a mais parece ser exatamente a liberdade de inovação, um “*poder privado*” de criar direito novo através do exercício da “*liberdade de qualidade*”.

André Ribeiro Tosta parece ter percebido intuitivamente essa questão ao afirmar que:

O art. 3º como um todo (e, em especial, o inciso V) tem como pressuposto assegurar um espaço de tolerância jurídica para empreendimentos privados com tendências disruptivas, experimentalistas e inovadoras – seja em casos de interpretações dúbias de disposições legais, seja na ausência de menção na legislação: esse poderia ser, então, o conteúdo geral de uma ‘liberdade para inovar’, uma das liberdades econômicas construídas pela lei; o dispositivo reflete diretivas constitucionais expressas que tratam da legalidade em sentido amplo e do dever do Estado de fomentar a inovação (respectivamente, art. 5º, II e art. 218).<sup>1226</sup>

É realmente uma pena o pensamento normativista continuar impedindo que a dogmática jurídica contemporânea alce voos mais altos.

No exemplo da doutrina acima, se perde uma grande oportunidade de superar o normativismo e a sua ideia de que, em razão do direito de liberdade no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, “*a liberdade de inovar não é propriamente uma novidade, mas uma tentativa adicional de quebra com um paradigma de ossificação [...]*”<sup>1227</sup>.

Ocorre que não é bem assim.

A exposição de motivos da MP 881/2019 realizou não apenas o diagnóstico correto sobre a necessidade de se realizar um “*experimentalismo minimalista*”<sup>1228</sup> no direito administrativo, mas, muito mais do que isto, permite reconhecer também que existe um “*poder privado*” dentro da liberdade econômica que não pode ser desprezado, porquanto tem natureza jurídica (e não extrajurídica) e é capaz de fazer nascer direito novo para muito além da norma jurídica estatal.

E, quando as entidades privadas assim o fazem, devem voltar os olhos ao paradigma da boa-fé objetiva, um *standard* capaz de guiá-las nas suas decisões práticas.

<sup>1226</sup> TOSTA, André Ribeiro. Liberdade de inovação. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 133-145.

<sup>1227</sup> *Idem*, p.142.

<sup>1228</sup> *Idem*, p.139.

Note que este dispositivo da LLE parece ter a influência da proposta acadêmica da FGV/SBDP que traz uma exortação exatamente no sentido de que a liberdade econômica seja exercida com “*responsabilidade, lealdade e boa-fé*”<sup>1229</sup>.

Na impossibilidade de regular todas as decisões práticas em norma jurídica, a proposta acadêmica da FGV/SBDP buscou uma saída honrosa através da utilização de típicos *standards*, o que não é do todo inadequado, mas demonstra que as entidades privadas também podem criar direito novo para muito além da norma jurídica estatal. E, ao fazê-lo, partindo dos padrões de boa-fé objetiva, o fazem através da “*liberdade de qualidade*”.

Portanto, a LLE não é apenas um instrumento de quebra de um “*paradigma de ossificação*”. É muito mais: é um instrumento que permite quebrar a própria forma de enxergar o direito. Permite quebrar o pensamento do tipo normativista e a sua concepção de “*homem mau*”. Permite quebrar a bifurcação artificial de um mundo abstrato para unificar numa única e mesma esfera a realidade do mundo fenomênico, na qual o homem sociável, exercendo o seu “*poder privado*” à luz da “*liberdade de qualidade*” cria direito novo através das suas “*normas institucionais*” e dos seus atos administrativos.

#### 4.6.3. A Força do Desenvolvimento Tecnológico: “*conflito de direitos*”?

O terceiro exemplo pode ser identificado no art. 3º, inciso VI da LLE<sup>1230</sup>.

Este dispositivo provoca uma grande fissura no pensamento normativista.

É que parece um despropósito a ideia segundo a qual a liberdade de inovação pode superar a própria norma jurídica.

Entretanto, trata-se de mais um exemplo concreto da importância do “*pluralismo institucional*” de Santi Romano para a sociedade contemporânea, especialmente para o direito de inovação e tecnologia, uma vez que permite enxergar de modo mais palpável uma “*norma institucional*” como espécie diversa da norma jurídica.

Nesse passo, por “força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente” se pode entender, sem prejuízo de compreensão, por “força de desenvolvimento tecnológico [de norma institucional] consolidado internacionalmente”.

<sup>1229</sup> Art. 3º [...] Parágrafo único. A liberdade econômica deve ser exercida com responsabilidade, lealdade e boa-fé, e com respeito aos direitos humanos, ao meio ambiente, aos direitos do consumidor, à livre concorrência e às medidas e normas de comércio exterior.

<sup>1230</sup> Art.3º [...] VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos.

O conceito de “*relevância jurídica*” do pluralismo jurídico de Santi Romano auxilia muito na compreensão do tema. As normas institucionais formam aquilo que o jurista italiano denomina ordenamento jurídico “*existente por virtude própria*”<sup>1231</sup>. Se encontrar força suficiente em si mesma para continuar sobrevivendo, a norma institucional subsiste, a despeito da norma jurídica.

O que a LLE faz é reconhecer explicitamente a força da “norma institucional” criada através “do desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente” que era em si mesma fonte de direito, conquanto diversa da fonte estatal.

A LLE viabiliza um enorme salto dogmático, talvez sem precedentes na história recente do direito<sup>1232</sup>.

Se a doutrina não compreender que a liberdade de inovação ocorre essencialmente fora da norma jurídica – estando dentro do direito - dificilmente conseguirá colaborar com um verdadeiro desenvolvimento tecnológico.

As observações de Rafael Hamze Issa *et alii* são pertinentes:

Um dos grandes desafios trazidos pela inovação e tecnologias disruptivas é o da interação de startups com Estado. A resolução das questões exige a reconsideração dos institutos do direito administrativo diante das novas relações surgidas, de acordo com as características dos novos mercados que começam a aparecer. Quando a tecnologia traz novas formas de os cidadãos usufruírem de utilidades da vida na cidade – para se locomover, morar, se entreter e trabalhar – ela coloca para a administração pública municipal o dever de repensar a regulação urbana. Se não fizer isso, olhará para o presente e o futuro com as lentes do passado.<sup>1233</sup>

É importante ressaltar que as lentes do passado devem significar apenas que não se pode ficar preso a um direito morto, ou seja, a um pensamento jurídico estático – como o normativista – que não consegue acompanhar a velocidade da dinâmica social. Entretanto, o passado continua sendo muito importante para o desenvolvimento das ciências em geral, porquanto a liberdade de inovação não pode significar um cheque em branco para desprezar

<sup>1231</sup> SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.174-175.

<sup>1232</sup> A pandemia do coronavírus de 2020 permitiu que se testemunhasse de perto o abismo existente entre as ciências médicas e as ciências jurídicas. A velocidade com que as ciências médicas enfrentaram esta situação dramática demonstra o quanto o normativismo jurídico está despreparado para lidar como mundo real.

<sup>1233</sup> Compartilhamento de bicicletas e patinetes sem estações exige autorização estatal? Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/compartilhamento-de-bicicletas-e-patinetes-sem-estacoes-exige-autorizacao-estatal-26032019>. Acesso em 19/03/2020.

os erros cometidos no passado <sup>1234</sup>, nem ser exercida com base numa mera “*liberdade da indiferença*”.

Note o detalhe: as “*normas institucionais*” criadas por entidades extraestatais podem superar as normas jurídicas estatais não apenas porque eventualmente têm mais força social do que estas últimas. A força por si só não cria direito. A força só pode ser considerada o seu pressuposto (o seu *start*), tal como a “*necessidade*” do “*direito administrativo da emergência*” só pode ser considerada fonte jurídica por inteiro se vir com a marca indelével da racionalidade prática <sup>1235</sup> (vide *supra*: 3.7.4.3.).

Mas o fato é que a força do desenvolvimento tecnológico pode acabar revelando que a norma jurídica estatal não é mais racional, porque ultrapassada, de modo que no conflito de direitos, no conflito entre a norma jurídica e a “*norma institucional*” pode acabar prevalecendo esta última exatamente porque passa a ser mais justa, ética e racional do que a primeira.

Portanto, a LLE contribui para o entendimento de que a “*norma institucional*” pode superar a norma jurídica, a despeito de não existir uma revogação por outra norma jurídica, o que não é pouca coisa em termos dogmáticos.

#### 4.6.4. O Silêncio Administrativo: um Ato Administrativo Tácito?

O quarto exemplo pode ser extraído do art. 3, inciso IX da LLE <sup>1236</sup>.

Inicialmente cabe resgatar a distinção feita pela doutrina espanhola entre silêncio administrativo e ato administrativo implícito (vide *supra*: 2.3.2.2.). O ato administrativo implícito, também chamado de ato tácito, decorre de uma decisão prévia, ou seja, de um comportamento habitual da Administração Pública ao passo que o ato presumido decorre da passividade da Administração Pública (o silêncio administrativo propriamente dito) e depende de previsão legal para gerar efeitos jurídicos <sup>1237</sup>.

<sup>1234</sup> Como no exemplo inadequado do constitucionalismo societal no sentido de que os “*experimentos*” humanos nazistas nada mais foram do que um reflexo da “*tendência expansionista*” da medicina.

<sup>1235</sup> Novamente: ninguém pode ser justo sem ser racional e, vice-versa, “*ninguém pode ser racional de modo prático sem ser justo*”. Cf.: MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988). p.117.

<sup>1236</sup> Art. 3º [...] IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei;

<sup>1237</sup> José Maria Boquera Oliver. *BOQUERA OLIVER, J.M. Critério conceptual del derecho administrativo. RAP, n°42, (1963), p.121 e ss. p.250-251.*

A distinção tem alguma utilidade, talvez não aquela imaginada pela doutrina espanhola, mas tem sim alguma utilidade.

Se se pensar num comportamento habitual da Administração Pública (ato administrativo implícito), fica mais fácil perceber a produção de efeitos jurídicos dele decorrentes, uma vez que, conquanto não haja uma manifestação expressa e pontual sobre a solicitação de liberação de atividade econômica, existe um costume administrativo que por si só é fonte autônoma do direito (vide *supra*: 2.3.4.3.).

Se a Administração habitualmente decide de uma determinada maneira, cria-se um costume administrativo e deste costume administrativo se extraem efeitos jurídicos que podem ser a favor ou contra o solicitante, a depender do seu conteúdo. E isto vale, no meu entender, não apenas para a revisão administrativa de atos inválidos <sup>1238</sup>, mas também para os atos públicos de liberação aqui tratados. E vale tanto para os chamados atos vinculados como para os atos discricionários.

Nesse contexto parece mais palatável a ideia de um ato administrativo tácito, praticado a partir de outras manifestações anteriores da Administração Pública.

Por outro lado, se se pensar no silêncio administrativo propriamente dito, não havendo nenhum comportamento habitual prévio da Administração Pública (costume administrativo), de fato, a lei pode escolher qual tipo de efeitos (positivos ou negativos) pretende conferir inicialmente à omissão administrativa. Atente para a palavra “inicialmente”.

O tema silêncio administrativo representa um antigo desconforto da doutrina, tendo inclusive sido objeto de discussão por ocasião da Lei nº 9.784/1999- LPA, ocasião em que surgiu a proposta, além daquela referente aos efeitos negativo e positivo, do chamado silêncio administrativo translativo (transferência da competência para a autoridade superior) <sup>1239</sup>.

A LPA acabou sendo aprovada sem que fosse escolhido qualquer tipo de efeito jurídico, nem o negativo (presunção de indeferimento), nem o translativo (transferência para a autoridade superior <sup>1240</sup>), nem o positivo (presunção de deferimento).

A LLE resgatou o tema, optando pelo efeito positivo do silêncio administrativo (presunção de deferimento).

---

<sup>1238</sup> Vide art. 24 da LINDB, que faz menção à “*prática administrativa reiterada*”.

<sup>1239</sup> CIRINO, André. Atos de liberação. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 149-151.

<sup>1240</sup> Vide PLS nº 129/2017 e PL 5.473/2019. O efeito translativo apenas prorroga no tempo a solução para o pedido administrativo, não resolvendo a questão, mesmo porque a autoridade superior também pode quedar-se inerte. E aí?

Acabou o problema?

Não é o que parece. A doutrina já se manifestou no sentido de que o art. 3º, inciso IX da LLE foi muito ambicioso, indo longe de mais.

De fato, defende abalizada doutrina alguns limites na sua aplicação, tais como a sua aplicação por excelência aos atos administrativos vinculados e às atividades econômicas de baixo risco <sup>1241</sup>, vendo muita dificuldade da sua aplicação aos atos discricionários, hipótese em que talvez fosse obrigatória uma revisão *a posteriori*, bem como aos atos negociais (contratos administrativos) <sup>1242</sup>.

Com exceção dos contratos administrativos (porque imprescindível a manifestação de vontade da Administração Pública), não parece ser adequado impor esses limites, sendo possível defender uma interpretação ampla da LLE.

Contudo, de fato, todo o cuidado é pouco na interpretação desse dispositivo.

Conforme abordado antes (vide *supra*: 2.3.2.2.), o chamado “silêncio administrativo” não pode ser enxergado como uma chicana entre o indivíduo e a Administração Pública.

É este aspecto que interessa aqui, exatamente por envolver o exercício da atividade econômica pelas entidades privadas.

A omissão da Administração Pública - seja qual for o motivo (sobrecarga de trabalho, desorganização, condescendência, corrupção etc. <sup>1243</sup>) - não pode gerar por si só qualquer efeito jurídico a favor ou contra o indivíduo que deve, isto sim, produzir por iniciativa própria um processo decisório que se sustente, ou seja, que seja capaz de conceber e dar vida ao seu direito, providência esta que nem de perto se assemelha à mera exigência contida na norma jurídica em tela no sentido de que bastaria para se alcançar os efeitos positivos da lei a apresentação de “todos os elementos necessários à instrução do processo”, pois isto não parece suficiente <sup>1244</sup>.

Um verdadeiro e substancial processo decisório – mesmo fora do Estado – parece continuar sendo necessário para se extraírem efeitos jurídicos da omissão administrativa, que de ato não tem nada, já que de um “não-ato” nada se retira.

<sup>1241</sup> CIRINO, André. Atos de liberação. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**, p. 154.

<sup>1242</sup> *Idem*, p.154-155.

<sup>1243</sup> Por isso parece desnecessário o § 8º do art. 3 da MP nº 881: “A aprovação tácita prevista no inciso IX do caput não se aplica quando a titularidade da solicitação for de agente público ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau, dirigida a autoridade administrativa ou política do próprio órgão ou entidade da administração pública em que desenvolva suas atividades funcionais.”

<sup>1244</sup> Se os atos de liberação de atividade econômica estão associados muitas vezes à criação de oportunidades para atos ilícitos (*tollbooth theory*), como destaca a justificativa de proposta de “Lei de Liberdade Econômica” confeccionada pela FGV/SBDP, não parece ser menos certo que esta associação desapareça totalmente no caso de eventual omissão, que também pode ser proposital.

Na verdade, essa construção doutrinária (de alguma forma adotada pela LLE) também é mais um exemplo da inversão da lógica de que “é permitido o que não é proibido” que ainda resiste no pensamento jurídico brasileiro.

Por isso, em vez de se falar em ato tácito ou em efeito positivo do ato administrativo, como se fosse imprescindível uma chancela do Estado, talvez se pudesse falar em “preclusão do ato administrativo”, já que a atividade econômica é presumidamente livre à iniciativa privada.

Perceba a guinada.

Se o Estado não praticar o ato administrativo de liberação de atividade econômica no prazo determinado, é possível considerar que esta oportunidade de exercer o poder de polícia precluiu, o que não significa que a entidade privada estará livre para cometer abusos ou praticar atos arbitrários (“*liberdade da indiferença*”).

E, embora o exercício do poder de polícia possa precluir, esta preclusão deve operar apenas no âmbito administrativo, mas não no âmbito judicial, onde a tutela do interesse público pode inclusive ser realizada a pedido de terceiros.

Em outras palavras, no “silêncio administrativo” a Administração Pública perde a oportunidade de dar a primeira palavra, mas não perde a oportunidade de exercer a tutela do interesse público seja em acordo com o particular, seja até mesmo em juízo, caso necessário, com a consequência de que, mesmo tendo a razão reconhecida por decisão judicial, ela arcar com as despesas do processo judicial em razão do princípio da causalidade (art. 85, *caput c/c* §10 do CPC), bem como com eventuais perdas e danos sofridas pelo particular (art. 37, §6º da CF).

A Administração Pública também não pode agir de modo arbitrário ou abusivo, também devendo produzir um processo decisório (uma revisão *a posteriori*), ainda que tardio, no qual a sua racionalidade fique muito bem explicada e comprovada, cabendo, entretanto, note bem, não mais a ela decidir, mas sim ao juiz <sup>1245</sup>.

Neste caso, o ato administrativo que antes podia ser construído e decidido por ela no âmbito administrativo, de modo substancialmente legítimo, acaba sendo fissurado, dando margem assim à entrada de todo tipo de patologia (*e.g.* do decisionismo-voluntarista judicial).

---

<sup>1245</sup> Em sentido contrário, a legislação italiana admite a autotutela administrativa em relação ao “efeito positivo” do silêncio administrativo, cf.: ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. Procedimentos autorizatórios e silêncio da Administração Pública. In: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein. **Poder de polícia na atualidade**: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011, p.217.

O fato é que o particular não pode, seja por que motivo for, apostar no silêncio da Administração como quem aposta em um cassino, acreditando que poderá exercer impunemente a sua “*liberdade da indiferença*”.

Precluso o exercício do poder de polícia no âmbito administrativo <sup>1246</sup>, resta o controle judicial no prazo das ações judiciais (e.g. do art. 54 da Lei 9.784/1999), inclusive, por terceiros. O silêncio administrativo não pode servir de escudo para a vontade radical do indivíduo que despreza *standards* mínimos e ignora o bem comum e a sociedade.

O exercício pelo particular de uma “*liberdade de qualidade*” através de um processo decisório mínimo tem o condão de demonstrar não apenas a observância dos padrões de boa-fé objetiva exigidos pela LLE (vide *supra*: item 4.2.2.) como também de alcançar uma legitimidade substancial, atendendo assim aos “*ditames de justiça social*”.

E mais, se a hipótese desta tese estiver correta, o controle judicial será facilitado.

É que abalizada doutrina defende que deve haver um controle sobre os elementos do ato administrativo (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade) <sup>1247</sup>. Ora, como exercer este controle se não existe sequer um processo decisório mínimo?

Este processo decisório mínimo pode e deve ser construído – mesmo fora do Estado – pelas próprias entidades privadas como medida mitigatória de riscos (e.g. sociais e ao meio ambiente) <sup>1248</sup> e, também, para fins de eventual controle pelo próprio Poder Judiciário.

E serve ainda como “*prova da existência do ato*”, não sendo suficiente nem a obtenção de uma mera certidão, nem a apresentação de um mero protocolo do pedido acompanhado de declaração do particular <sup>1249</sup>.

Portanto, compreender que existe um “*poder privado*” fora do Estado permite construir outro estado de coisas. Permite enxergar que o “*poder privado*” não pode ser exercido através da “*liberdade da indiferença*” só porque a Administração Pública se quedou

<sup>1246</sup> A legislação italiana não parece admitir esta preclusão, permitindo assim a autotutela administrativa, o que, entretanto, parece esvaziar o “*efeito positivo*” do silêncio administrativo. Em outras palavras, a legislação italiana dá com uma mão e tira com a outra.

<sup>1247</sup> CIRINO, André. Atos de liberação. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**, p. 156-157. Também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria geral dos atos administrativos – uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. *in*: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Direito Administrativo Brasileiro**., p.44.

<sup>1248</sup> A *denunzia di inizio de attività (DIA)* do direito italiano parece chegar muito perto desta concepção, adotando com algum receio o termo “*autoadministração*”. Cf.: ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. Procedimentos autorizatórios e silêncio da Administração Pública. *In*: MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein. **Poder de polícia na atualidade**: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico-CEDAU do ano de 2011, p.218-219. Neste caso, diferente do “*efeito positivo*” do silêncio administrativo em que há o decurso de um prazo, parece adequado admitir a autotutela administrativa no prazo da lei ou num prazo razoável. Depois, só pelo Poder Judiciário.

<sup>1249</sup> Esta última solução é defendida e.g. por CIRINO, André. Atos de liberação. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**, p. 157.



inerte, omissa ou silente. Este “poder privado”, muito ao contrário, só será capaz de criar um direito substancialmente legítimo à luz da “*liberdade de qualidade*”.

#### 4.6.5. O Estudo Prévio de Impacto (EPI): um Processo Decisório Mínimo?

O quinto exemplo pode ser extraído do art. 5<sup>a</sup> da LLE <sup>1250</sup>.

A LLE representa um grande avanço ao exigir o estudo prévio de impacto (EPI) quando o Estado tiver a pretensão de regular de determinada atividade econômica.

Este estudo prévio de impacto (EPI) não pode representar apenas mais uma exigência formal e burocrática voltada para a Administração Pública. E também não pode representar apenas um instrumento de *accountability* da atividade reguladora estatal, nem tomar o cidadão que empreende como se fosse um mero objeto seu, ou seja, meramente “*um dos pressupostos do desenvolvimento nacional*”, nas palavras da doutrina de índole mais estatista citada acima.

Deve representar muito mais do que isto.

Se a hipótese desta tese estiver correta, o Estado deve analisar e considerar o EPI realizado pelas entidades privadas que realizarem autorregulação sobre a sua própria atividade econômica.

Isto é o mínimo que o Estado deve fazer para se desincumbir do ônus de demonstrar a legitimidade substancial da regulação estatal pretendida <sup>1251</sup>.

Fica fácil perceber aqui a mudança de chave: o reconhecimento da existência de um “*poder privado*” fora do Estado que deve ser levado em conta quando da regulação estatal, mitigando assim autoridade weberiana, formal e abstrata.

A regulação estatal deve deixar de ser vista assim como uma prerrogativa *a priori* do Estado que pode ou não adotá-la (ao seu bem prazer) e passar a ser enxergada como uma ferramenta necessária e adequada capaz de contribuir para a melhoria da autorregulação já realizada pelas entidades privadas.

---

<sup>1250</sup> Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o *caput* e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, sobre as hipóteses em que será obrigatória sua realização e sobre as hipóteses em que poderá ser dispensada.

<sup>1251</sup> Esta parece ser uma hipótese lógica em que deve ser considerada obrigatória a realização do estudo prévio de impacto regulatório a que alude o parágrafo único do art. 5º da MP 881/2019.

Na ausência de autorregulação privada, o estudo prévio de impacto regulatório (EPI), obrigatório ou não, continua sendo uma possibilidade para o Estado para o legítimo exercício do seu poder regulatório.

Contudo, o fato é que, numa sociedade em que as inovações tecnológicas caminham numa velocidade que nem sempre pode ser acompanhada de perto pelo Estado, a ausência de autorregulação parece ser uma hipótese cada vez mais rara. O Estado cada vez mais deixa de encontrar espaços em branco que possam ser preenchidos por uma regulação exclusivamente estatal.

A intervenção estatal deve ser realizada apenas e tão somente quando for necessária, estritamente necessária. É o que diz a LLE quando se utiliza das palavras subsidiária e excepcional (art. 2º, inciso III).

A diferença com o art. 170, parágrafo único da CF parece gritante.

Enquanto o dispositivo constitucional ressalva a possibilidade de intervenção estatal sem adjetivos (“salvo nos casos previstos em lei”), a LLE vai além, dizendo que estes casos previstos em lei devem ocorrer apenas num segundo momento lógico (subsidiário) e, também, que estes casos previstos em lei devem ocorrer apenas quando estritamente necessário (excepcional).

E mais, é possível dizer que a LLE reforça o princípio da livre iniciativa.

É claro que a livre iniciativa deve observar outros parâmetros, como os “*ditames de justiça social*”, conforme exorta a Constituição Federal (art. 170, *caput*). Mas isto não significa que o Estado é o único que pode alcançar este objetivo.

As entidades privadas também podem alcançar esse objetivo, especialmente se tiverem em mente a “*liberdade de qualidade*”.

A participação do Estado na economia sem dúvida é importante, mas não é imprescindível. Pelo contrário, é apenas subsidiária e excepcional. Isto significa que é possível sim considerar indevida não apenas a exigência de uma autorização imotivada para o exercício de uma atividade econômica (intervenção) como também a própria criação ou manutenção de uma empresa estatal (participação direta) <sup>1252</sup>.

Depende do caso concreto. Ressalvados os casos previstos na própria Constituição Federal, nos quais o constituinte realiza previamente a ponderação, se a criação ou manutenção da empresa estatal (participação direta) também for imotivada ou se não

---

<sup>1252</sup> No sentido oposto, vide: LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. *Comentários à Lei de Liberdade Econômica*, p. 91.

enquadrar nas hipóteses de imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art.173, *caput* da CF), é sim possível dizer que ela é indevida.

Note a diferença: a Constituição Federal estipula duas hipóteses (imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo) nas quais é considerada legítima a intervenção direta do Estado na economia.

A LLE, por sua vez, vai além, estipulando que, mesmo dentro destas duas hipóteses (que já constituem exceções), a intervenção do Estado na economia somente será legítima se for estritamente necessária, ou seja, subsidiária e excepcional.

Trata-se de uma exceção dentro de outra exceção.

E mais: a subsidiariedade fica mais clara não apenas quanto à participação direta do Estado (art.173, *caput* da CF), mas também quanto à qualquer forma de intervenção na economia.

Perceba que não há que se discutir aqui se a intervenção estatal deve ser mínima ou máxima<sup>1253</sup>, se tem um papel relevante ou não, se deve haver mais ou menos Estado - discussões arraigadas mais ao campo ideológico do que à realidade -, mas sim se a intervenção é ou não estrita e objetivamente necessária<sup>1254</sup>.

É aqui que cresce em importância o EPI exigido pelo art. 5<sup>a</sup> da LLE, uma vez que é através deste instrumento que se torna possível saber se a intervenção é ou não estrita e objetivamente necessária<sup>1255</sup>.

Na mesma linha, Gustavo Binenbojm, comentando o art. 5<sup>o</sup> da LLE, entende que “o dispositivo se aplica, também, a casos menos ortodoxos, como os de regulação por incentivos e os de normas que versem sobre programas de fomento e até sobre a intervenção direta do Estado no domínio econômico”<sup>1256</sup>.

---

<sup>1253</sup> O termo intervenção “mínima” foi retirado do texto da MP 881/2019, tendo permanecido no texto da LLE apenas os termos “subsidiário” e “excepcional” (art.2<sup>o</sup>, inciso III).

<sup>1254</sup> Vide o Enunciado n<sup>o</sup> 15 da 1<sup>a</sup> Jornada de Direito Administrativo: “A demonstração da existência de relevante interesse coletivo ou de imperativo de segurança nacional, descrita no parágrafo 1<sup>o</sup> do art. 2<sup>o</sup> da Lei 13.303/2016, será atendida por meio do envio ao órgão legislativo competente de estudos/documentos (anexos à exposição de motivos) com dados objetivos que justifiquem a decisão pela criação de empresa pública ou de sociedade de economia mista cujo objeto é a exploração de atividade econômica”.

<sup>1255</sup> Vide o Enunciado n<sup>o</sup> 38 da 1<sup>a</sup> Jornada de Direito Administrativo: “A realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) por órgãos e entidades da administração pública federal deve contemplar a alternativa de não regulação estatal ou desregulação, conforme o caso”.

<sup>1256</sup> **Art. 5<sup>o</sup>:** Análise de impacto regulatório. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica:** Lei 13.874/2019/coordenadores Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr., Rodrigo Xavier Leonardo – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.225.

Aliás, é importante destacar que o fato do legislador não ter estendido o mecanismo de norma geral de direito econômico (aplicável somente para o art.1º ao art.4º) para toda a LLE, que era a ideia da proposta acadêmica da FGV/SBDP, não significa que o EPI não seja de alguma maneira aplicável aos Estados e Municípios.

É que, se se quiser galgar alguma legitimidade substancial, um estudo prévio mínimo parece estar na base de qualquer ato administrativo (inclusive na regulação), mesmo que a LLE seja omissa no ponto.

De fato, conforme exposto na Parte I, o ato administrativo deve ser gerado no seio de um processo decisório mínimo sem o qual as decisões administrativas não são capazes sequer de se sustentar, lembrando que o ato administrativo não é só decisão final, ou seja, não é “*atocêntrico*”.

Com efeito, não dá para imaginar uma regulação estadual ou municipal sem um processo decisório mínimo, vale dizer, sem algo que se aproxime minimamente de um estudo prévio de impacto regulatório (EPI). Ao menos, não, uma regulação substancialmente legítima, consoante bem observou Gustavo Binenbojm ao dizer que “o instituto tem um grande potencial de contribuir para a racionalização e melhora da eficiência regulatória no país”<sup>1257</sup>.

Note que a ausência desta legitimidade substancial é a porta de entrada para toda sorte de patologia, desde atos de corrupção até o decisionismo-voluntarista, especialmente o judicial.

Portanto, não há tanto o que lamentar do fato da LLE não ter adotado a ideia de norma geral de direito econômico da proposta acadêmica da FGV/SBDP<sup>1258</sup>, porquanto esta ideia ainda vive, fora da norma jurídica, mas ainda assim vive. E será muito importante para os Estados e Municípios, se quiserem manter hígida a sua regulação estatal, aderir à esta ideia, demonstrando com isto que existe racionalidade jurídica além da norma jurídica.

#### 4.6.6. A Perspectiva da Proposta Acadêmica da FGV/SBDP

A proposta acadêmica formulada pela FGV/SBDP aparentemente não se descolou da concepção kelseniana do direito, continuando a depositar na norma jurídica toda a (des)esperança de conquistar a tão desejada “clareza e segurança jurídica” através da criação

---

<sup>1257</sup> Art. 5º: Análise de impacto regulatório. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**, p.230.

<sup>1258</sup> Lamentando a perda de oportunidade, vide: ZAGO, Marina Fontão. Abrangência federativa. **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**, p. 61.

de um “marco legal nacional” capaz de exercer a “função de lei de introdução ao direito econômico”, uma “lei de sobredireito no campo econômico”<sup>1259</sup>.

Apesar da opção metodológica pelo positivismo kelseniano, a proposta acadêmica da FGV/SBDP representa um grande salto qualitativo em direção aos novos paradigmas do direito administrativo contemporâneo, com especial ênfase na ideia de resultado (*e.g.* da “*avaliação efetiva e periódica*” e da regulação estatal “*experimental e provisória*”) e com o objetivo indisfarçável de “*organizar e passar a limpo a burocracia brasileira*”<sup>1260</sup>.

Mas o grande salto da proposta acadêmica da FGV/SBDP parece estar mesmo no resgate da lógica de que “*é permitido o que não é proibido*”, valorizando assim a liberdade de ação privada. Veja a justificativa da proposta:

A orientação geral das regras quanto a isso é a do parágrafo único do art. 170 da Constituição, que vem sendo desprezada no Brasil. A liberdade de ação privada, sem necessidade de prévia manifestação estatal, é o princípio constitucional. E este é um direito básico. Em função dele, as exigências legais e regulamentares de autorizações administrativas prévias têm sempre de ser tratadas como exceções, independentemente da matéria, que só se justificam se forem realmente capazes de atingir finalidades públicas essenciais.<sup>1261</sup>(sem grifo no original)

O detalhe grifado não é irrelevante.

A despeito da lógica do adágio segundo o qual “*é permitido o que não é proibido*”, ainda parece pairar no ar, mesmo depois da aprovação da LLE, a ideia de que toda a atividade econômica depende de uma “chancela” do Estado. A tentativa de regulamentação de novas atividades como aquelas realizadas pelo *Uber* e pelos operadores de patinetes elétricos constituem bons exemplos<sup>1262</sup>. É como se essas atividades econômicas somente pudessem ser desempenhadas depois de regulamentadas pelo Estado, invertendo a lógica acima.

Por isso não é sem razão a ampliação contida na proposta acadêmica da FGV/SBDP (art. 13)<sup>1263</sup>, não acolhida na LLE. Trata-se de ampliação porque a Constituição Federal era genérica no ponto<sup>1264</sup>.

<sup>1259</sup> Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/04/Lei-Nacional-da-Liberdade-Economica-FGV-Direito-SP-sbdp-versão-final-04.04.19.docx.pdf>. Acesso em 21/02/2020.

<sup>1260</sup> *Idem.*

<sup>1261</sup> *Idem.*

<sup>1262</sup> Vide: ISSA, Rafael Hamze *et alii*. **Compartilhamento de bicicletas e patinetes sem estações exige autorização estatal?** Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/compartilhamento-de-bicicletas-e-patinetes-sem-estacoes-exige-autorizacao-estatal-26032019>. Acesso em 19/03/2020.

<sup>1263</sup> Art. 13. As ações da vida privada não dependerão de ato público de liberação, ressalvado o disposto no art. 14 desta lei.

A proposta acadêmica da FGV/SBDP dava um passo além ao contemplar a necessidade do ato público de liberação, entre outras coisas, ser renovado periodicamente, ser baseado em justificativa técnica e ser objetivo (art. 14)<sup>1265</sup>, tudo muito próximo da ideia de *accountability* do direito administrativo estadunidense.

A LLE não acompanhou a proposta acadêmica da FGV/SBDP neste aspecto, o que, entretanto, não significa que o *accountability* possa ser desconsiderado nos atos públicos de liberação mencionados por esta norma jurídica. Pode e deve como condição para alcançar uma legitimidade mais substancial.

O fato é que este é mais um indício de que o foco da LLE não é propriamente o *accountability* das funções ordenadora e regulatória estatal, como defende alguma doutrina. O foco não é o Estado, mas sim o empreendedor.

É fato que a LLE, embora não tenha sido tão detalhista como a proposta acadêmica da FGV/SBDP, de alguma maneira, contempla o *accountability* quando exige o EPI. Nada comparável, contudo, com os analíticos art. 14 e art. 9º da proposta acadêmica.

Por isso, se pode concluir que, se o foco da proposta acadêmica da FGV/SBDP era o *accountability* do Estado, o foco da LLE, por sua vez, é outro: a liberdade econômica do cidadão. O que não significa que a proposta acadêmica da FGV/SBDP não possa ser aproveitada como instrumento para se alcançar a legitimidade substancial tanto dos atos praticados pelo Estado como dos atos praticados pelas entidades privadas no contexto da livre iniciativa.

---

<sup>1264</sup> Art.170, Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>1265</sup> Art. 14. Lei federal, estadual, distrital ou municipal poderá, nos limites de sua competência, exigir ato público de liberação para ações da vida privada, e sua renovação periódica, observado o disposto nesta lei e também o seguinte: I- o projeto de lei, de iniciativa parlamentar ou do Poder Executivo, que propuser a criação de exigência de ato de liberação deverá ser acompanhado de justificativa técnica quanto a sua possível eficácia e de estimativa de seu impacto para os agentes econômicos e para a administração pública; II- a lei especificará de modo completo os casos e agentes submetidos à exigência de ato de liberação, bem como os limites de sua regulamentação na esfera administrativa, vedada a delegação de competência legislativa às autoridades administrativas para novas especificações; III- a lei não poderá exigir ato de liberação: a) cujo objeto e requisitos se assemelhem aos de ato de liberação já existente, no mesmo ente da Federação ou em ente de maior abrangência; b) de atividade privada de baixo risco, em especial quando exercida sem empregados e em local privado; e c) em relação ao fornecimento, a pessoas capazes e mediante consentimento prévio e expresso, de produto ou serviço inovador ou experimental que não envolva risco à saúde de terceiros ou à segurança da coletividade; IV- os requisitos para obtenção do ato de liberação devem ser previstos com objetividade nas normas, impedindo arbitrariedades ou excessos administrativos na sua expedição, observando-se em especial o art. 4º desta lei; e V- a renovação periódica do ato de liberação não será exigida em prazos desproporcionais ou que se configurem como insuficientes, exíguos, artificiais ou onerosos para os agentes.

## CONCLUSÕES

1. Ao término desta investigação parece adequado concluir que a “*crise*” do ato administrativo é, na verdade, uma “*crise epistemológica*” passível de ser superada somente através de uma nova metodologia, diferente daquela adotada pelo normativismo jurídico tradicional.

A dogmática contemporânea já percebeu a insuficiência do normativismo jurídico tradicional para explicar as novas realidades de uma sociedade complexa, globalizada e altamente tecnológica, não tendo obtido êxito, entretanto, em oferecer respostas teóricas adequadas.

Muito pelo contrário, é bastante preocupante perceber como as soluções teóricas propostas pela dogmática contemporânea têm vulnerado a democracia substancial e a própria ideia de sociedade humana, saltando perigosamente de um extremo ao outro: do autoritarismo ao caos; da confiança na razão pura do direito ao emotivismo irracional; do hiperobjetivismo da norma jurídica ao supersubjetivismo das vontades radicais.

Esta tendência doutrinária não foi diferente em relação ao ato administrativo que, de categoria central do direito administrativo, passou a ser considerado “*reliquia de um tempo passado*”, quase um sacrilégio contra os valores da sociedade pós-moderna.

Todavia, a primeira conclusão desta investigação, mais do que revelar uma mera tendência dogmática, representa também um alerta, com tons de denúncia, contra as novas propostas teóricas que têm a pretensão de conduzir a sociedade na direção de outro extremo que, igualmente, subestima e aniquila a liberdade humana e a própria noção do direito como instrumento racional de organização social.

Quando a dogmática contemporânea diz que o ato administrativo deve ser substituído por novas categorias jurídicas (*e.g.* da “*relação jurídica*”) está, na verdade, jogando palavras ao vento, porquanto uma “*relação*” não indica substância de coisa alguma, mas apenas predicado de um substrato, de modo que, dizer que o direito administrativo contemporâneo se explica a partir da “*relação jurídica*” conduz a uma tautologia difícil de ser superada.

2. Nessa linha, é possível concluir que o ato administrativo não desapareceu do direito administrativo brasileiro, tendo apenas sofrido um eclipse em decorrência da evolução da sociedade e dos seus novos paradigmas.

Este eclipse, embora longo, pode ser considerado apenas passageiro, uma vez que o exercício da autoridade é um fenômeno natural em qualquer sociedade democrática contemporânea, inclusive na brasileira, sendo apenas mal compreendido em parte porque a explicação teórica utilizada pela dogmática jurídica tradicional se revelou insuficiente para explicar a sua verdadeira função (da autoridade).

O resultado desta explicação teórica desconectada da realidade foi exatamente a criação artificial de uma concepção de autoridade claramente equivocada: a autoridade autoritária do ato administrativo do século XIX (sem medo de redundância).

3. Todavia, o fato de o ato administrativo ter nascido autoritário não significa que a autoridade também seja autoritária, nem que o ato administrativo deve continuar sendo autoritário, tanto que o ato administrativo já vinha mudando de feição desde o advento do Estado social do século XX, fruto das novas funções assumidas pela Administração Pública prestacional, passando a ser utilizado assim com a função de instrumento ampliativo e constitutivo de direitos, e não apenas restritivo de direitos.

Isto significa que o ato administrativo, mesmo sem sofrer alteração significativa da sua concepção restritiva inicial, tanto alemã (*Verwaltungsakt*) quanto italiana (*provvedimento*), já vinha descobrindo “novas” funções não autoritárias, *e.g.* dos “atos administrativos ampliativos de direito”, a despeito da dogmática jurídica não ter tomado plena consciência teórica desta realidade.

4. E a evolução do ato administrativo não parou nem mesmo com o advento do Estado pós-social no século XXI, a despeito de a dogmática jurídica continuar não tomando plena consciência teórica do surgimento de tantas outras “novas” funções não autoritárias, *e.g.* dos “atos administrativos provisórios ou experimentais”, condizentes com os novos paradigmas de uma Administração infraestrutural, dentre eles a própria consensualidade.

Por isso, o ato administrativo também pode (na verdade, deve) se tornar mais consensual sem, entretanto, abrir mão da autoridade, revelando assim que o consenso e a autoridade são plenamente compatíveis.

5. O ato administrativo contemporâneo, nesta perspectiva, deve se afastar de uma concepção “atocêntrica” (momento final, pontual e estático), fruto de uma visão normativista tradicional, para se aproximar cada vez mais de uma concepção mais duradoura, dinâmica, aberta e flexível de decisão administrativa como operação complexa que, envolvendo razão e desejo humanos, valoriza todo o processo decisório e, ao mesmo tempo, tanto os resultados (“bens de eficiência”) quanto os “bens de excelência”, conquistando assim maior legitimidade democrática.



6. No contexto do pensamento jurídico do tipo institucionalista, compreender a função que a autoridade desempenha no interior do ato administrativo, ou seja, conhecer o ato administrativo “por dentro” (a sua essência), passa a importar muito mais do que compreendê-lo apenas “por fora” (a sua patologia).

Esta guinada representa um salto de qualidade em termos de democracia substancial exatamente porque incentiva o autor do ato administrativo (sujeito agente da “*primeira pessoa*”) a se empenhar o máximo para compô-lo e executá-lo da melhor forma possível, prestando contas das suas escolhas para a sociedade, se distanciando assim do tradicional olhar “por fora” (pelo sujeito da “*terceira pessoa*”) que acaba desestimulando impropriamente tanto a autoria quanto a responsabilidade daquele que tem a atribuição para a sua prática.

Este déficit democrático, que já vinha sendo percebido pela dogmática jurídica, sensibilizou o legislador brasileiro a promover alterações na LINDB com a finalidade de exigir uma empatia do controlador no sentido de considerar, *e.g.*, as circunstâncias e dificuldades reais do gestor público na prática do ato administrativo.

O paradigma da empatia pretendeu substituir o ponto de vista do sujeito da “*terceira pessoa*” (o controlador) – conhecido como o “*ponto de vista externo do olho-de-deus*” ou como “*ponto de vista da perfeição*” - de inspiração platônica, pelo ponto de vista do sujeito da “*segunda pessoa*” (o observador), de inspiração um pouco mais realista.

Entretanto, ser um pouco mais realista não significa ser melhor, nem ser propriamente realista, uma vez que se colocar no lugar do outro (como observador), sem ser o outro, ainda representa uma redução da realidade.

Na verdade, o ato administrativo representa uma escolha viva, pulsante e dinâmica que só o sujeito agente da “*primeira pessoa*” (o gestor público) é capaz de compor e executar e, bem por isto, responder pessoalmente perante a sociedade.

7. Isso não significa obviamente que o ato administrativo do sujeito agente da “*primeira pessoa*” possa continuar sendo autoritário, verticalizado, estático e monológico (“*autista*”).

Muito pelo contrário, o ato administrativo contemporâneo representa uma decisão administrativa cujo autor deve exercer a autoridade de maneira consensual, horizontalizada, dinâmica e dialógica. Note: ainda assim uma autoridade, sem a qual sequer há se falar em sociedade substancialmente democrática.

8. Mas não basta reconstruir um ato administrativo com as feições da sociedade contemporânea (um ato administrativo não autoritário), sendo necessário ir além para perceber que o pluralismo, mais do que trazer a consensualidade para dentro do ato administrativo, também deve desvelar a autoridade que existe dentro das relações jurídicas entre entidades privadas “*desiguais*”.

Este parece ser o maior salto dogmático que a tese desta investigação pretendeu realizar, representando assim uma grande “*fissura*” na concepção orgânica de ato administrativo, bem como nos conceitos jurídicos tradicionais como o de *despublicatio*.

É que as concepções “*heterárquicas*” do direito não só não são capazes de aniquilar a hierarquia da vida real como, em sentido inverso, despertam a atenção para a necessidade de conceber uma autoridade substancialmente legítima não somente nas relações jurídicas envolvendo a Administração Pública, mas também - note o salto - nas relações jurídicas econômicas entre entidades privadas “*desiguais*”, fato social que têm se tornado cada vez mais comum na complexa sociedade contemporânea.

O pluralismo jurídico nunca foi tão atual e tão importante para compreender essas novas realidades. E a resposta mais adequada está no “*pluralismo institucional*” que, ao mesmo tempo em que preserva a liberdade e racionalidade humanas, reconhece a importância (e também as limitações) da norma jurídica estatal, exigindo, contudo, o reconhecimento das suas próprias fontes como também sendo “*jurídicas*”.

Com efeito, as fontes jurídicas estatais devem aprender a conviver com as fontes (igualmente jurídicas) não-estatais, de modo que a dicotomia público-privada já não pode ser tomada de maneira tão rígida.

Da mesma forma, a livre iniciativa econômica já não pode ser vista sob a ótica de um direito de liberdade meramente arbitrário e caprichoso (“*liberdade da indiferença*”), mas sim sob a ótica de uma liberdade racional (“*liberdade de qualidade*”) que considera o outro (o concidadão) e a sua microcomunidade a partir de critérios mais objetivos.

9. A complexidade da sociedade contemporânea tem revelado múltiplas situações fáticas nas quais é possível identificar o efetivo exercício de um microgoverno no contexto da liberdade econômica, o que se aproxima do tema conhecido na doutrina portuguesa como “*relações privadas de poder*”. Este tema não pode ser descurado pela dogmática jurídica brasileira.

Muito pelo contrário, deve ser adequadamente problematizado e analisado na perspectiva do sujeito agente da “*primeira pessoa*” que compõe e atua nas relações jurídicas econômicas travadas entre entidades privadas “*desiguais*”.

É necessário ir além do ponto de vista do sujeito da “*terceira pessoa*” (o controlador) do pensamento normativista, bem como do ponto de vista do sujeito da “*segunda pessoa*” (o observador) do “*pluralismo sociológico*” e compreender de que forma exatamente o poder (privado) é exercido na realidade prática.

**10.** Se o ato administrativo contemporâneo remodelado (horizontalizado, dinâmico, dialógico e consensual) continua sendo o arquétipo do exercício do poder (público), conforme se concluiu nesta investigação, também se pode concluir que o seu ferramental pode ser utilizado - por aproximação e/ou como prótese - para as “*relações privadas de poder*”, porquanto ambos os casos passam a ter como critério comum o exercício do governo, macrogoverno e microgoverno, respectivamente.

A maior contribuição desta tese, portanto, parece ser a aproximação das entidades privadas que exercem “*poderes privados*” de autoridade na atividade econômica aos (mesmos ou semelhantes) padrões de uma “*boa Administração*”, ainda que apenas no nível da microcomunidade, numa espécie de retorno não propriamente ao direito público das prerrogativas e da burocracia estatal, mas um retorno ao direito político e ao bem comum (um “*novo direito comum aplicável a operadores privados e públicos*”).

**11.** É necessário reconhecer que o caráter político das decisões tomadas pelo homem sociável na *polis* contemporânea não se restringe apenas ao âmbito do Estado (macro), alcançando também outras relações econômicas entre privados (micro), de maneira que parece adequado concluir que a democracia substancial não se limita aos canais de mera participação do cidadão no poder estatal (monopólio do poder político), indo muito além para alcançar toda e qualquer forma de exercício do poder (público e privado).

É preciso reconhecer de uma vez por todas que existe uma força vital, espontânea, criativa e colaborativa que não está localizada nem no monismo estatal, nem na vontade caprichosa do contratualismo (“*liberdade da indiferença*”) e que não cabe dentro de uma realidade artificialmente dividida em duas esferas hermeticamente fechadas (a esfera da autoridade do público e a esfera da liberdade do privado).

**12.** Contudo, só é possível tentar rascunhar um esboço, uma espécie de esquema bastante rudimentar daquilo que pode ser considerado um ponto de partida para os múltiplos regimes de efeitos dos atos administrativos praticados por entidades privadas no contexto da atividade econômica.

Do “*pluralismo institucional*” é possível extrair conceitos dogmáticos importantes para uma nova visão do direito que seja capaz de explicar teoricamente as novas realidades da sociedade contemporânea, tais como os conceitos de “*relevância jurídica*” (entre os ordenamentos jurídicos público e privado), de “*dupla face*” (nas relações jurídicas “*desiguais*”), de “*normas institucionais*” e sua relação com as normas jurídicas estatais (“*conflito de direitos*”).

**13.** É muito importante perceber que o “*pluralismo institucional*” românico, sendo uma teoria neutral, pode ser utilizado tanto para o bem como para o mal, o que significa dizer que é necessário encontrar outro critério (substancial) que seja capaz de distinguir o bem do mal; distinguir a “genuína” instituição do “simulacro” de instituição, de modo a conferir *status* de fonte jurídica apenas ao primeiro tipo de instituição (boa, racional e justa).

Para tanto, é preciso passar pela “*prova dos nove*” na qual o elemento ético seja devidamente considerado, uma vez que a ética é ineludível e o resgate do “*pluralismo institucional*” passa necessariamente por este filtro substancial, se não se quiser cair nas perigosas soluções oferecidas por outras teorias que, aproveitando-se do diagnóstico correto sobre a insuficiência do normativismo, se utilizam indevidamente do pluralismo jurídico para desconstruir a ética.

Com efeito, o exercício do poder (privado) no contexto da atividade econômica tem muito a ganhar com a explicação teórica oferecida pelo “*pluralismo institucional*”, desde que, é claro, o elemento ético não seja desprezado, nem a instituição subvertida.

**14.** As “genuínas” normas institucionais construídas pelas entidades privadas a partir de fonte jurídica não-estatal podem servir de importante baliza para legitimar substancialmente o exercício do poder (privado) naquelas relações econômicas que envolvem um microgoverno, sendo necessário, inclusive, criar novo léxico para expressar estas realidades, *e.g.* do conceito de autorregulação privada.

Em razão da inadequação da teoria do contrato e da insuficiência das normas jurídicas estatais (normativismo) - e em razão, repita-se, da própria ausência de léxico - para oferecer respostas adequadas e na velocidade necessária para situações complexas, as “genuínas” normas institucionais podem legitimar substancialmente o exercício do poder (privado) no âmbito das microcomunidades e, ao mesmo tempo, garantir proteção para os direitos fundamentais (“porta dupla”) nas relações jurídicas entre “*desiguais*”, situação que é cada vez mais comum na sociedade contemporânea, altamente tecnológica e inovadora.

**15.** Nesses contextos de microgoverno (inclusive de base virtual), aproximar o poder (privado) do ato administrativo pode representar um grande salto em termos de democracia

substancial, porquanto o seu exercício não raras vezes repercute de maneira direta e concreta na esfera jurídica das microcomunidades, o que passa a interessar ao direito administrativo na medida em que, enquanto espécie de poder exercido concretamente, não pode deixar de ser problematizado.

No Brasil, o ato administrativo, conquanto estreitamente identificado com a “*função administrativa*”, pode servir de referência também para o exercício de “*funções privadas*” marcadas pelo elemento autoridade, porquanto representa uma categoria dogmática que, ao mesmo tempo em que é compatível com o sistema continental-europeu, coloca tanto a Administração Pública quanto as entidades privadas sob a mesma e única jurisdição (assim como no sistema do *commow law*).

Sendo assim, de duas, uma: ou se aniquila definitivamente a categoria ato administrativo do direito administrativo brasileiro, eliminando de uma vez por todas o conceito de autoridade, ou, inversamente, se aproveita a capacidade desta categoria jurídica para lidar com o exercício do poder de autoridade também nas relações jurídicas privadas “*desiguais*”, ainda que, em razão da ausência de léxico, seja necessário utilizar a expressão (quase) ato administrativo ou ato administrativo “por equiparação”.

16. É claro que, se é verdade que existem convergências, também é verdade que existem divergências entre o ato administrativo praticado pela Administração Pública e o (quase) ato administrativo praticado pelas entidades privadas “*poderosas*”.

É que, mesmo sendo mais horizontalizado, dinâmico, dialógico e consensual, o ato administrativo contemporâneo praticado pela Administração Pública continua possuindo um conceito de autoridade (pública) mais alargado do que o conceito de autoridade (privada) presente nas relações jurídicas privadas entre “*desiguais*”.

De fato, o (quase) ato administrativo praticado por entidades privadas “*poderosas*” deve, não apenas se restringir ao âmbito de cada respectiva microcomunidade, mas principalmente se ater ao estritamente necessário para o exercício da “*liberdade de qualidade*” no contexto daquela específica atividade econômica, evitando ao máximo tornar uma relação jurídica já naturalmente “*desigual*” em uma relação jurídica ainda “*mais desigual*”.

Isto significa que as entidades privadas, quando da prática do (quase) ato administrativo, devem realizar uma autocontenção em termos de extensão (âmbito da sua microcomunidade) e principalmente em termos de profundidade (densidade) exatamente

porque devem buscar na medida do possível planificar as relações jurídicas “*desiguais*” de que participa, evitando assim desnivelá-las ainda mais.

17. Com esse comportamento ético, as entidades privadas “*poderosas*” lograrão êxito em alcançar não apenas maior legitimidade em termos de democracia substancial quando do exercício do micropoder no contexto das relações jurídicas privadas de que participa como também (secundariamente) tornar desnecessária eventual intervenção estatal sobre a sua atividade econômica.

Prova de que o ato administrativo praticado pela Administração Pública pode se legitimar democraticamente perante a sociedade e, ao mesmo tempo, se distinguir, por contemplar um bem comum mais amplo, do (quase) ato administrativo praticado pelas entidades privadas.

18. Isso não significa que o (quase) ato administrativo, num futuro próximo, não possa ser efetivamente substituído por uma categoria jurídica, substancial, que seja mais adequada para lidar com o elemento autoridade, inexoravelmente presente nas relações jurídicas privadas entre “*desiguais*”.

O que não se deve fazer, sobre ser ilusório, é acreditar que o elemento autoridade não mais existe na sociedade contemporânea, onde, supostamente, existiriam tão somente as relações jurídicas “*heterarquias*”, uma vez que isto não condiz com a realidade dos fatos, nem mesmo de uma “*sociedade líquida*”.

Até lá o ato administrativo contemporâneo remodelado pode cumprir essa “nova” função limitadora e conformadora das “*relações privadas de poder*”. Na ausência de uma explicação teórica melhor ou de um léxico próprio, o (quase) ato administrativo pode servir de prótese para as novas e complexas funções das entidades privadas no contexto da atividade econômica desempenhada entre “*desiguais*”.

É certo que estas conclusões são fruto de um olhar muito peculiar do método escolhido para esta investigação, mas o fato é que esta guinada pode representar uma renovação da agenda do direito administrativo brasileiro e oferecer um novo marco teórico para a pesquisa de um tema tão relevante e complexo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBÀ, Giuseppe. **História crítica da filosofia moral**. Trad. Frederico Bonaldo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência ‘Raimundo Lúlio (Ranon Llull), 2011.

ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. Hermêutica *pro libertatem*. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Atos administrativos normativos: algumas questões. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.219-236.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: *Quartier Latin*, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Poder de Polícia: alguns aspectos extraídos de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords). **Poder de polícia na atualidade**: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte, 2014, p. 311-324.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. vols. I e II, Coimbra: Almedina, 2001.

AMARAL FILHO, Marcos J T. Limites ao exercício do poder discricionário em face do princípio da segurança jurídica. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.275-283, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Validade (do acto administrativo)**, DJAP, VII, p.581 e ss.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Algumas reflexões a propósito da sobrevivência do conceito de acto administrativo no nosso tempo. In: **Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica** n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 1189-1220.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A fiscalização da constitucionalidade das normas privadas pelo Tribunal Constitucional**. RLJ, ano 133º, (2001), nº 3921, p.347 e ss.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A teoria do acto e a justiça administrativa**. Coimbra: Almedina, 2006.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **O direito administrativo sem Estado: crise ou fim de um paradigma?** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria geral dos atos administrativos: uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.37-70, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. *In*: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos vs interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Limitações administrativas e a sua excepcional indenizabilidade. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Poder de polícia na atualidade**: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte, 2014, p.109-129.

ARAÚJO, Edmir Neto de. **Direito Administrativo**, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.181.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Trad. André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 4ª edição São Paulo: Edipro, 2014.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução, introdução e notas Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019.

AUBY, Jean-Bernard. **La globalization, le droit et l'État**. 2ª edição. Paris: LGDJ, 2010.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público**. *In*: RTDP 24/1998. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **Acordos Administrativos no Âmbito dos Precatórios Requisitórios Judiciais**: um estudo dos modelos adotados por entes federados à luz do consensualismo. 2019. (Dissertação de Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo: Fdusp. São Paulo.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.



BINENBOJM, Gustavo. Art. 5º: Análise de impacto regulatório. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **O coronavírus e o estado de exceção**: Estado democrático de direito proveu instrumentos para a Administração Pública agir a tempo e a hora; que o faça. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/publicistas/o-coronavirus-e-o-estado-de-excecao-13032020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/publicistas/o-coronavirus-e-o-estado-de-excecao-13032020). Acesso em 13/03/2020.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Direito da Organização Administrativa e a Constituição de 1988. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coords.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.71-95.

BOEIRA, Marcus Paulo Ryncembel. **A natureza da democracia constitucional**: um estudo sobre as 5 causas da democracia na CRFB/88. Curitiba: Juruá, 2011.

BOEIRA, Marcus Paulo Ryncembel. **A Escola de Salamanca e a fundação constitucional do Brasil**. São Leopoldo, RS: UNISINOS, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica Orlando Seixas Bechara; Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BOQUERA OLIVER, J.M. *Critério conceptual del derecho administrativo*. RAP, nº42, (1963), p.121 e ss.

BOQUERA OLIVER, J.M. *Estudios sobre el acto administrativo*. 7ª edición. Madrid: Editorial Civitas S/A, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. *In*: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza

Fonseca (orgs.) **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Liberdades de precificação e de pactuação. *In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CAMPOS, Luiza Ferreira e JUST, Gustavo. Transformações do discurso administrativista: a assimilação das formas argumentativas pós-positivistas e as tentativas de redefinição de institutos-chave do direito administrativo. *In: MARRARA, Thiago. Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências (org.)*. São Paulo: Almedina, 2014. p.89-122.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. *In: Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica* n. 61: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 1189-1220. p.705 e ss.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Transformações e efetividade do direito administrativo. *In: MARRARA, Thiago. Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências (org.)*. São Paulo: Almedina, pág.71-87, 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 8ª Ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. T. II.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.

CASSESE, Sabino. Reestruturando o Estado: do Estado-nação à comunidade política global. *In BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo (orgs). Teoria do Estado: sentidos contemporâneos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAUPERS, João. **Introdução ao Direito Administrativo**, Lisboa: âncora editora, 2001.

CAUPERS, João. O acto administrativo como fonte do Direito. *In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes; LOUREIRO, João Carlos Simões (editores). In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho - Administração e Sustentabilidade: entre riscos e garantias. volume IV, 2012, p.177-194.*

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CHEVALLIER, Jacques. **Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação de ato administrativo**. Dissertação de concurso à livre docência de direito administrativo da FADUSP. São Paulo, 1978.

CIRINO, André. Atos de liberação. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de *compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *compliance* anticorrupção em um país emergente. *In*: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro. Editora Elsevier, 2013.

CORREIA, J. M. Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

CORREIA, J. M. Sérvulo. Acto administrativo e âmbito de jurisdição administrativa, *In*: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**, Colec. *Studia Iuridica*, nº 61, Univ. de Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.1115 e ss.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Poder de polícia: compreensão contemporânea do instituto e discussão sobre a possibilidade de delegação de seu exercício a entes privados**. Ribeirão Preto, SP: IELD, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves. **Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental**. São Paulo: Almedina, 2018.

DOMINGO, Rafael. **Autoritas**. Barcelona: Ariel, 1999.

DOMINGUES, Rafael Augusto Silva. **A Competência dos Estados-membros no direito urbanístico: limites da autonomia municipal**. Prefácio de Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997.

EISEMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: RJ Editora, abr-jun. 1959, vol.56. p.47 e ss.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomas-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. v. 1. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. 16ª edição. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

FRADERA, Véra Jacob. Art.7º: Liberdade contratual e função social do contrato- art. 421 do Código Civil. *In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Os atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileira**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

FRANKL, Viktor. **Em busca de sentido: um psicólogo no campo de concentração**. Traduzido por Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline, 38ª edição. São Leopoldo: Sinodal, Petrópolis: Vozes, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Governança corporativa e compliance como mecanismos para a superação da shareholder theory**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/governanca-corporativa-e-compliance-como-mecanismos-para-a-superacao-da-shareholder-theory-02102019>. Acesso em 16/10/2019.

FRAZÃO, Ana. **Plataformas digitais e a questão da responsabilidade por conteúdos ofensivos de terceiros**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/plataformas-digitais-e-a-questao-da-responsabilidade-por-conteudos-ofensivos-de-terceiros-09102019>. Acesso em 16/10/2019.

FRAZÃO, Ana. **Impactos da Covid-19 sobre o Direito Antitruste**. Breves reflexões sobre as soluções propostas pelo Projeto de Lei 1.179/2020. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/impactos-da-covid-19-sobre-o-direito-antitruste-20042020>. Acesso em 27/07/2020.

FRAZÃO, Ana. **Coordenações entre agentes econômicos em época de Covid-19: Repercussões concorrenciais de coordenações no plano das condutas e das estruturas à luz da recente Lei 14.010/2020.** Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/coordenacoes-entre-agentes-economicos-em-epoca-de-covid-19-24062020#\\_ftn2](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/coordenacoes-entre-agentes-economicos-em-epoca-de-covid-19-24062020#_ftn2). Acesso em 27/07/2020.

FREEMAN, Jody. *The private role in public governance*, NYUL Rev., vol 75 (2000), p.543 e ss.

FREEMAN, Jody. *The contracting state*. Fl St. UL Ver., Vol 28 (2000), p.155 e ss.

FREEMAN, Jody. *Private parties, public functions and the new administrative law*, ALR, vol.53, (2000), p.813.

FREITAS, Juarez. Negociação proba na esfera administrativa: dever constitucional de promoção da sociedade pacífica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coords.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.227-236.

FREITAS, Rafael Vêras de. Porporcionalidade das medidas compensatórias e mitigatórias. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Percepção e Valores Políticos nas Periferias de São Paulo**. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/publicacao/percepcoes-e-valores-politicos-nas-periferias-de-sao-paulo/>. Acesso em 05/09/2019.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, Flávio Amaral. **Concessões, parcerias e regulação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil, direito fundamental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GARCIA, Maria da Glória FPD. **Breve reflexão sobre a execução coativa dos actos administrativos**. Estudos do CEF, Lisboa: DGCI, 1983, p. 543 e ss.

GARCIA, Maria da Glória FPD. As transformações do direito administrativo na utilização do direito privado pela Administração Pública- reflexões sobre o lugar do direito no Estado. In: **Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica** n. 60: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública: Coimbra Editora, 2001, p. 345 e ss.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par Contrat**. Paris: Presses de Science Po, 1999.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Estado de exceção e anormalidade constitucional no contexto da CF.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-29/embargos-culturais-estado-excecao-anormalidade-constitucional>. Acesso em 17/07/2020.

GOMES, Carla Amado. **Mudam-se os tempos, mudam-se os actos administrativos...** Contributo para a construção de um regime de modificação do acto administrativo por alteração superveniente dos pressupostos. Separata de Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento. Edição da faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra editora, 2007.

GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **O acto administrativo informático.** SI n. 265/267, (1997), p.47 e ss.

GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Regulação administrativa da internet.** RDPE, n.1, (2003), p.177 e ss.

GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Pedro Antônio Pimenta da Costa. Estado de Garantia e Mercado. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.* vol. VII (especial: Comunicações do I Triénio dos Encontros de Professores de Direito Público), 2010, p.97-128.

GORDILHO, Agustín. **La administración paralela.** Madrid: Civitas, 1997.

GORDILHO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo. El acto administrativo.** 4ª Ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999. T.3.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A sobrevivência do serviço público abalizado por novos princípios. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coords.). O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição.* Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.41-59.

GUARINO, Giuseppe. **Atti e potteri amministrativo.** Milão: Giuffrè, 1994.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia:** uma reavaliação da presunção de veracidade. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUEDES, Demian. O Estado democrático de Direito e os seus castigos: uma reavaliação do ato sancionador. *In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). Caminhos do ato administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.286-308.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Ato administrativo e ato da administração: existe ainda algum sentido nesta distinção? *In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). Caminhos do ato administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.71-87.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. 2012. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Direito privado na administração pública brasileira atual: algumas perspectivas. *In*: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências** (org.). São Paulo: Almedina, 2014. p.207-225.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Administração contemporânea: três linhas de transformação do poder de polícia. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coords.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.61-69.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 11ª ed., revista e atualizada. Malheiros Editores: São Paulo, 2006.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da democracia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. Administração Pública inclusiva e os instrumentos jurídicos-administrativos de concretização do princípio da igualdade. *In*: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências** (org.). São Paulo: Almedina, 2014. pág.391-460.

HAURIOU, Maurice. **A teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social: tradução de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2009.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil** (trad. de Rosina D'Angina). São Paulo: Martin Claret, 2010.

HODGES, Christopher. **Law and Corporate Behaviour**. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2015.

ISSA, Rafael Hamze *et alii*. **Compartilhamento de bicicletas e patinetes sem estações exige autorização estatal?** Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/innovacao/compartilhamento-de-bicicletas-e-patinetes-sem-estacoes-exige-autorizacao-estatal-26032019>. Acesso em 19/03/2020.

ISSA, Rafael Hamze. **Atividades de baixo risco**. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *In*: **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição

Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *In: Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Abrangência e incidência da lei. *In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício da contratualização do poder administrativo de decisão unilateral**. Coimbra: Coimbra, 2011.

LAFER, Celso. **O moderno e o antigo conceito de liberdade**. Ensaios sobre a liberdade. São Paulo: Perspectiva, 1980.

LEAL, Larissa Maria de Moraes *et alii*. **Direito de Liberdade de Empresa**. *In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LOLLI, A. *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*. Milão: Giuffrè, 2000.

LOUREIRO, Caio de Souza. Princípios na lei de liberdade econômica. *In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 14ª edição. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Trad. Jussara Simões; revisão técnica de Helber Bueno de Carvalho. Bauru, SP: EDUSC, 2001 (1983).

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991 (1988).

MACINTYRE, Alasdair. *Dependet Rational Animals: why human beings need the virtues*. Chicago and La Lasse, Illinois-USA: Open Court Publishing, 1999.



MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. *In*: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coords.). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro. Editora Elsevier, 2013.

MARÍAS, Julián. **História da filosofia**. Prólogo de Xavier Zubiri. Epílogo de José Ortega y Gasset. Trad. Claudia Berliner; revisão técnica Franklin Leopoldo e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto. A superação do ato administrativo autista. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 83 – 113.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto. **Desapropriações não expropriatórias**. A lei mudou para a desapropriação ser mais negocial e o direito público menos autoritário. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/desapropriacoes-nao-expropriatorias-15102019>. Acesso em 16/10/2019.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto. **Uber, Whatsapp, Netflix**: Quando o mercado e a tecnologia desafiam a doutrina. Inovação disruptiva não nos poupará. Disponível em: [https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uber-whatsapp-netflix-quando-o-mercado-e-a-tecnologia-desafiam-a-doutrina-26012016#\\_ftnref1](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uber-whatsapp-netflix-quando-o-mercado-e-a-tecnologia-desafiam-a-doutrina-26012016#_ftnref1). Acesso em 16/10/2019.

MARRARA, Thiago. Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências. *In*: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo Brasileiro**: transformações e tendências (org.). São Paulo: Almedina, 2014. p.47-69.

MARTINS-COSTA, Judith. Art. 3<sup>a</sup>, V: Presunção de boa-fé. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.123-132.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria (neo)constitucional do ato administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (coord.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 147 a 168.

MASUCCI, Alfonso. *L'atto amministrativo informático: primi lineamenti di una ricostruzione*. Nápole: Jovene Editore, 1993.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo *et al.* **O que o caso Petrobras revela?** Uma análise da dimensão pública das informações das arbitragens em companhias abertas. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/disclosure/o-que-o-caso-petrobras-revela-23072020>. Acesso em 24/07/2020.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Trad. Por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: De Palma, 1982. T.I.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. Administração: do ato ao processo. *In*: ARAGÃO, Alexandre; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (orgs.) **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.405-419.

MEDAUAR, Odete. Constituição de 1988: catalisadora da Evolução do Direito Administrativo? *In*: **Revista do Advogado**. XXVIII. Nº 99. São Paulo: AASP, set, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13ª edição. Ed. RT, 2009.

MEDAUAR, Odete. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.11-36.

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia: origem, evolução, crítica à noção, caracterização. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords). **Poder de polícia na atualidade**: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte, 2014, p.13-26.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELES, Renata Nadalin. Ato administrativo de tombamento: uma análise teórica sobre o caso Cine Belas Artes. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.309-36.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20ª edição. Malheiros: São Paulo, 2006.

MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. *Rule of law y Estado de Derecho*. *In*: **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LXXVII (separata). p.57-115. Coimbra: 2001.

MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. **Arbitragem, Lex mercatoria e Direito Estatal**: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível**: caminhos constitucionais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em 13/04/2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coords.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.111-119.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **O que restou dos manuais de Direito Administrativo?** Primeiro como tragédia; agora como farsa. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-que-restou-dos-manuais-de-direito-administrativo-14072020>. Acesso em 17/07/2020.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Silêncio administrativo- o ‘não ato’. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p.201-217

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Limites à delegação do poder de polícia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011**. Belo Horizonte, 2014, p. 189-204.

MONCADA, Luis S. Cabral de. A reserva de lei no actual direito público alemão. In: **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. 103-117.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Rule of law*, procedimento normativo e legalidade. In: **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p.118-161.

MONCADA, Luis S. Cabral de. Contributo para uma teoria da legislação In: **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p.251-346.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MONTEIRO, Flávio Melo. **A incomensurabilidade dos argumentos éticos e o conflito entre tradições de pesquisa: uma análise em torno da obra de Alasdair MacIntyre**. 2008. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo.

MOREIRA, Egon Bockmann. **A discricionariedade diz respeito a soluções**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-discricionariedade-diz-respeito-a-solucoes-03122019>. Acesso em 03/12/2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. Regulação e Arbitragem: Caso ‘Petrobras v. ANP: CC nº 139.519-RJ-STJ, In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; Moreira, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação: estudo de casos da jurisprudência brasileira – a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa**. Belo Horizonte : Fórum, 2020, p.221-243.

MOREIRA, Egon Bockmann. *et ali*. **Constitucionalidade da MP 966: expressão do Direito Constitucional globalizado?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e->

analise/artigos/constitucionalidade-da-mp-966-expressao-do-direito-constitucional-globalizado-28052020. Acesso em 29/05/2020.

MOREIRA, Vital. Constituição e direito administrativo ('a constituição administrativa' portuguesa). In: *Ab Vno Ad Omnes*, 75 Anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p.1141 e ss.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder:** sistema de direito político: estudo juspolítico do poder. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, vol. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. In: **Fórum Administrativo**. Direito Público. FA. Ano 1, n.1, mar.2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado:** o direito administrativo em tempos de globalização- in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOTA, Francisco Sasseti da. **Da catástrofe às virtudes:** a crítica de Alasdair MacIntyre ao liberalismo emotivista. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

NEVES, Marcelo *et alli*. Introdução. In: NEVES, Marcelo *et ali* (coords) **Fragments Constitucionais:** constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Contrato estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coords.). **O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.197-211.

NIGRO, Mario. *Amministrazione pubblica*. EGT, vol. II.

NOHARA, Irene Patrícia. Burocracia reflexiva. In: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo Brasileiro:** transformações e tendências (org.). São Paulo: Almedina, 2014. p.349-372.

NUSSBAUM, Martha. **Sem fins lucrativos:** por que a democracia precisa das humanidades. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

OLBERTZ, Karlin. Poder de Polícia, segurança e proporcionalidade. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords). **Poder de polícia na atualidade:** anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte, 2014, p.47-55.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A executoriedade dos atos administrativos. *In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Distrito Federal, n.13, 1999, p. 95-110.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *In: OSÓRIO, Fábio Medina Osório; SOUTO, Marcos Juruena Villela (OrgS.). Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: *Lumem Juris*, 2006, v., p. 401-427.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Administração Pública Democrática e Efetivação dos Direitos Fundamentais. Direitos Humanos e Democracia: intercorrências**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v., p. 307-329.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. v. 1.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. São Paulo: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Governança Pública e Parcerias do Estado: Novas Fronteiras do Direito Administrativo. *In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 1, 2012, p. 113-121.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Eficiência e Ética na Administração Pública**. São Paulo: Íthala, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “Convênio é acordo, mas não é contrato”: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil. *In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães (editores) Direito Administrativo na atualidade. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A Agenda da Arbitragem com a Administração Pública: "mais do mesmo" ou há espaço para inovação?. *In: BERGAMINI, Adolpho [et al.]. Contraponto jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 29-46.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Hiperativismo do controle versus inércia administrativa: Governança pública e novos standards interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>. Acesso em 24/11/2018.

OLIVEIRA, Régis de. **Ato administrativo**. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade? *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). Caminhos do ato administrativo. Ed. RT: São Paulo, In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.237-261.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** 2019. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27366>. Acesso em 27/07/2020.

PEREZ, Marcos Augusto. O negócio jurídico administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.263-273.

PERICU, G. *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*. *In*: MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERSI-MONACO e SCOCA. **Diritto amministrativo**, II, Bolonha: Monduzzi, 1998, p.1555 e ss.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Interesse público líquido e pós-modernidade: a lógica do individualismo e os desafios do estado social no século XXI. *In*: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências** (org.). São Paulo: Almedina, 2014. 207-225.

POPPER, Karl. **A vida é aprendizagem**: epistemologia evolutiva e sociedade aberta. Trad. Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2017.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. rev. 7ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIVERO, Jean. *Existe-t-il un critère du droit administratif?* *In*: **Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et a L'Etrange**. p. 279-296. Paris: LGDJ, 1953.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Trad. Cretella Junior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. (trad. Rogério Ehrhardt S.). Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Eduardo Morais da. **Teoria institucional da praticabilidade tributária**. São Paulo: Noeses, 2016.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords). **Poder de polícia na atualidade**: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte, 2014. p. 205-219.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz *et alii*. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. *In*: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

RULI NETO, Antonio e RULLI, Justine Esmeralda. Segurança jurídica e ato administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.179-199.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 29ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Trad. Clóvis Marques. 11ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SANDULLI, Aldo Mazzini. **Il procedimento amministrativo**, Milão: Giuffrè, 1964.

SANDULLI, Aldo Mazzini. **La semplificazione**. RTDP, 1999, p.757 e ss.

SANTI ROMANO. **Ordenamento jurídico**. Trad. Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SANTI ROMANO. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

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

SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.115-144.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Prefácio de Floriano de Azevedo Marques Neto. Apresentação de Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O poder de polícia é discricionário? *In: In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords). Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte, 2014, p.27-45.*

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, número 24, dez./jan./fev. 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2017.

SCHMIDT-ASSMANN, E. *El derecho administrativo general desde una perspectiva europea*. *In: Just. Adm.*, nº 13, (2001), p. 5 e ss.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Particulares em colaboração com o exercício do poder de polícia.

*In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords). Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011. Belo Horizonte, 2014, p.131-156.*

SECCHI, Leonardo. *In: SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning. 2010.

SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. *In: Direito Administrativo – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2006.

SILVA, Nilton Correia da. Inteligência Artificial. *In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, Suzana Tavares da. O acto administrativo de ‘faca e garfo’. *In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes; LOUREIRO, João Carlos Simões (editores). In: Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho - Administração e Sustentabilidade: entre riscos e garantias. volume IV, 2012, p.617-641.*

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *In: Sep. de: Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 19, II, 2ª Série, nº 2, 1987.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido** (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares** – esboço de uma teoria subjetivista do recurso directo de anulação. Coimbra: Almedina, 1997.



SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Direito administrativo português e europeu no divã da psicanálise. *In*: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências** (org.). São Paulo: Almedina, 2014, p.147-164.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUSA, Otávio Augusto Venturini de. Processo administrativo e desenho institucional da política pública de medicamentos. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coords.) **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Empresas estatais constituídas para o exercício de poder de polícia. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords). **Poder de polícia na atualidade: anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico- CEDAU do ano de 2011**. Belo Horizonte, 2014, p. 157-187.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. A legalização da teoria dos atos administrativos: impactos no STF. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.383-400.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem faticidade: uma (des)leitura da teoria do fato jurídico. *In*: **Rev. Direito Práx.** Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 177-202, mar. 2018. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-9662018000100177&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-9662018000100177&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 25 mar. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Um direito mais do que administrativo. *In*: MARRARA, Thiago. **Direito Administrativo Brasileiro: transformações e tendências** (org.). São Paulo: Almedina, 2014. p.47-69.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. Trad. Adail Ubirajara Sobra, Dinah de Abreu Azevedo. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. 2ª ed.. São Paulo: Edição Loyola, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais:** constitucionalismo social na globalização: (Col. Coord. Marcelo Neves *et al.*) São Paulo: Saraiva, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOSTA, André Ribeiro. Liberdade de inovação. *In:* MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica:** Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WALZER, Michael. **Política e paixão:** rumo a um liberalismo mais igualitário. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão de tradução Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. **Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência.** Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018). Acesso em 29 de abril de 2019.

WEBER, Max. **Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

ZAGO, Marina Fontão. O dogma da indelegabilidade do poder de polícia defrontado com casos do Código de Trânsito brasileiro. *In:* **Fórum Administrativo- FA**, ano 10, nº 111, p. 46-58, 2010.

ZAGO, Marina Fontão. Abrangência federativa. *In:* MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR; Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coords). **Comentários à Lei de Liberdade Econômica:** Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia.** Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 2007.

ZENKNER, Marcelo. O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios. *In:* PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção:** integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

# APÊNDICE Nº 1

Século: XIX  
paradigma:  
“atocêntrico”

Século: XX  
paradigma:  
processual

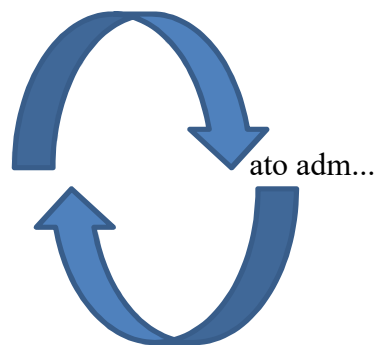
Século: XXI  
paradigma:  
(neo)institucionalista  
de políticas públicas



ato adm.



ato adm.



ato adm...

## APÊNDICE Nº 2

Século: atemporal- variável no tempo e no espaço

paradigma:

“institucional”

