

**FERNANDA ESBIZARO RODRIGUES**

**INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA:  
ESTUDO COMPARADO BRASIL-ALEMANHA**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2018**

**FERNANDA ESBIZARO RODRIGUES**

**INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA:  
ESTUDO COMPARADO BRASIL-ALEMANHA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito do Estado, sob orientação do Prof. Titular Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2018**

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Rodrigues, Fernanda Esbizaro

Instrumentos jurídicos de atuação administrativa: estudo comparado Brasil-Alemanha.

211p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

I. Rodrigues, Fernanda Esbizaro, .... II. Título.

---

## TERMO DE APROVAÇÃO

**Nome:** Fernanda Esbizaro Rodrigues

**Título:** Instrumentos jurídicos de atuação administrativa: estudo comparado Brasil-Alemanha

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida.

**Aprovada em:** ...../...../.....

### Banca examinadora

Prof. Titular Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida (Orientador) – Instituição: FDUSP

Banca realizada em:

Resultado:

#### Banca Examinadora

Prof.: \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

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

Prof.: \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

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

Prof.: \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

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

## Agradecimentos

Ao meu orientador, Prof. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, pela oportunidade proporcionada e por todo conhecimento compartilhado. Tive a honra de contar com um orientador que desde o começo acreditou em mim e no potencial do meu trabalho. Sem seu estímulo e orientação dificilmente chegaria até aqui. Sua generosidade, perspicácia e dedicação são fonte de inspiração.

À banca de qualificação, composta pelos professores FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e VITOR RHEIN SCHIRATO, pelas valiosas sugestões, fundamentais para a fisionomia deste trabalho. Agradeço em especial ao Prof. VITOR, pelos esforços em viabilizar meu período de pesquisa na Universidade de Freiburg e por me colocar em contato com o Prof. JENS-PETER SCHNEIDER, que tão gentilmente me recebeu em seu *Institut für Medien- und Informationsrecht*. No período em que estive em Freiburg tive a oportunidade de consultar boa parte das obras do direito alemão utilizadas na elaboração desta dissertação.

Aos colegas do escritório MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES, pela convivência diária e pelos diálogos frutíferos e ideias compartilhadas, valiosos no desenvolvimento desta dissertação. Há 10 anos tenho a felicidade de integrar esse time, com o qual aprendo algo novo a cada dia, todos os dias.

Aos meus pais VÂNIA ESBIZARO RODRIGUES e JORGE DE MELLO RODRIGUES, por jamais medirem esforços em proporcionar a mim e ao meu irmão, GABRIEL ESBIZARO RODRIGUES, todas as oportunidades para o nosso crescimento pessoal e profissional. Graças ao exemplo e amor incondicional de vocês já enfrentamos, juntos, diversas batalhas. É a certeza de contar com o apoio e suporte dos três que me impulsiona a seguir sempre em frente.

Ao meu marido, ERIC SPELTA RUDNIK, por todo carinho, compreensão e companheirismo nesse período. O início de nosso casamento coincide com meu ingresso no programa de mestrado. A etapa final do processo seletivo ocorreu literalmente às vésperas da cerimônia. De lá para cá não raras vezes a palavra “mestrado” foi sinônimo de ausência e abstenção. Ainda assim, com cada bom dia, cada fruta cortada no café da manhã, cada ligação no meio do dia e cada beijo de boa noite, tão presentes na nossa deliciosa rotina, você demonstrou seu incomensurável apoio. Obrigada!

## RESUMO

RODRIGUES, Fernanda Esbizaro. *Instrumentos jurídicos de atuação administrativa: estudo comparado Brasil-Alemanha*. 2018. 211p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Esta dissertação tem por objetivo analisar como as teorias brasileiras e alemãs do ato, do contrato e do regulamento administrativo evoluíram desde o momento inicial de sua formação até os dias atuais, diante da influência de fatores político-jurídicos externos, comuns a ambos os países, e que impulsionaram a revisão e a reformulação das construções doutrinárias em torno desses instrumentos jurídicos de atuação administrativa.

Ao longo do trabalho foi testada a hipótese de ser possível e pertinente a comparação pretendida. Mais especificamente, buscou-se avaliar se e como a comparação poderia contribuir com o aperfeiçoamento do movimento hoje verificável no direito administrativo brasileiro de revisão e reformulação das explicações doutrinárias em torno do ato, do contrato e do regulamento administrativo.

Portanto, este trabalho dividiu-se em duas partes. A primeira parte é destinada à análise do período de formação das teorias, tanto no direito administrativo alemão (Capítulo 1) quanto no direito administrativo brasileiro (Capítulo 2). A análise começa com os primeiros movimentos de formulação de uma efetiva teoria e vai até o momento em que se entende ter havido uma transformação drástica no contexto político-jurídico que subsidiou essa formulação original. Nesse momento inicia-se a segunda parte da dissertação, voltada ao exame da doutrina contemporânea do direito administrativo alemão (Capítulo 3) e do direito administrativo brasileiro (Capítulo 4).

Traçado esse panorama, o Capítulo 5 é dedicado à apresentação do resultado da análise histórico-evolutiva e comparativa realizada.

**Palavras-chave:** ato administrativo – contrato administrativo – regulamento administrativo – estudo comparado – Brasil – Alemanha.

## ABSTRACT

RODRIGUES, Fernanda Esbizaro. *Legal instruments of administrative action: comparative study between Brazil and Germany*. 2018. 211p. Dissertation (Master's Degree) – School of Law, University of Sao Paulo, Sao Paulo.

This dissertation's objective is to analyze how the Brazilian and German administrative unilateral acts, contracts, and regulations have evolved from inception through today. This study analyzes the influence of external political and judicial forces, common in both countries, which propelled the revision and reformulation of the legal doctrines of administrative action.

This project tests the hypothesis of whether the proposed comparison is feasible and pertinent. More specifically, today there is a revision of legal doctrines of Brazilian administrative action, contract, and regulation. This project seeks to evaluate if and how the proposed comparison may contribute in the direction of the current evolution.

This project is divided into two parts. The first is focused on the analysis of the period during which the theories were developed, both in the German (Chapter 1) and Brazilian (Chapter 2) administrative law. The analysis begins with the movements that formulated the initial theories through the moment that the political and judicial context that supported the initial theories had drastically changed. The second part of the dissertation is dedicated to the analysis of the contemporary doctrines of both German (Chapter 3) and Brazilian (Chapter 4) administrative laws. Chapter 5 presents the results of the historical, evolutionary, and comparative analyses.

**Keywords:** administrative action – administrative regulation – comparative study – Brazil – Germany.

## LISTA DE ABREVIÇÕES

|          |  |
|----------|--|
| Abs.:    | Parágrafo ( <i>Absatz</i> )  |
| Art.:    | Artigo   |
| BVerwGE: | Tribunal Administrativo Federal Alemão ( <i>Bundesverwaltungsgericht</i> )                 |
| CF/88:   | Constituição Federal brasileira de 1988  |
| GG:      | Lei Fundamental alemã de 1949 ( <i>Grundgesetz</i> )                                       |
| ss.:     | Seguintes  |
| p.:      | Página   |
| VwGO:    | Código de Procedimento do Tribunal Administrativo<br>( <i>Verwaltungsgerichtsordnung</i> ) |
| VwVfg:   | Lei de Processo Administrativo alemã ( <i>Verwaltungsverfahrensgesetz</i> )                |



## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| INTRODUÇÃO .....  | 13 |
| a. Introdução .....   | 13 |
| b. Objeto .....   | 16 |
| c. Hipótese .....   | 19 |
| d. Metodologia .....  | 20 |
| e. Aspectos formais.....  | 24 |
| <br>  |    |
| PARTE I – INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NA<br>DOG MÁTICA CLÁSSICA .....  | 25 |
| <br>  |    |
| Capítulo 1 – DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO.....   | 25 |
| 1.1 Pressupostos teóricos à abordagem da atuação administrativa.....                        | 26 |
| 1.1.1 Estado de Direito no final do século XIX e início do século XX.....                   | 26 |
| 1.1.2 Relação entre Estado e cidadão: uma relação de poder.....                             | 31 |
| 1.2 Tratamento dogmático dos instrumentos de atuação administrativa .....                   | 36 |
| 1.2.1 Ato administrativo .....  | 36 |
| 1.2.2 Contrato administrativo .....   | 43 |
| 1.2.3 Regulamento.....  | 45 |
| <br>  |    |
| Capítulo 2 – DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO .....  | 48 |
| 2.1 Pressupostos teóricos à abordagem da atuação administrativa.....                        | 48 |
| 2.1.1 Consolidação da autonomia científica de um direito administrativo em<br>formação..... | 48 |

|         |   |    |
|---------|---|----|
| 2.1.2   | Direito administrativo marcado pelas prerrogativas públicas .....   | 52 |
| 2.2     | Tratamento dogmático dos instrumentos de atuação administrativa .....   | 56 |
| 2.2.1   | Ato administrativo .....  | 56 |
| 2.2.2   | Contrato administrativo .....   | 59 |
| 2.2.3   | Regulamento .....   | 62 |
|         |   |    |
|         | PARTE II – INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NA<br>DOGMÁTICA CONTEMPORÂNEA.....  | 69 |
|         |   |    |
|         | Capítulo 3 – DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO.....   | 69 |
| 3.1     | Pressupostos teóricos à abordagem da atuação administrativa .....   | 70 |
| 3.1.1   | Recompreensão do Estado de Direito: Estado Social de Direito e a<br>Administração Prestadora.....   | 70 |
| 3.1.2   | Subjetivação do direito administrativo: a nova posição do indivíduo no<br>ordenamento jurídico alemão .....   | 75 |
| 3.2     | Tratamento dogmático dos instrumentos de atuação administrativa .....   | 83 |
| 3.2.1   | Considerações preliminares sobre a evolução do pensamento teórico<br>alemão 83  |    |
| 3.2.1.1 | Período inicial: consolidação da teoria das formas de atuação<br>jurídico-administrativa como tema central do direito<br>administrativo alemão .....                            | 83 |
| 3.2.1.2 | Transição: nascimento da teoria da relação jurídico-<br>administrativa e seu impacto na teoria das formas de atuação<br>jurídico-administrativa .....                           | 86 |
| 3.2.1.3 | Situação atual: forma de atuação e relação jurídica como<br>teorias complementares e essenciais à formação e ordenação<br>da parte geral do direito administrativo alemão ..... | 95 |



|  |     |
|--|-----|
| 5.3 Contribuições do estudo de direito comparado à dogmática administrativista<br>brasileira em matéria de atuação administrativa..... | 189 |
|--|-----|

|                  |     |
|------------------|-----|
| REFERÊNCIAS..... | 197 |
|------------------|-----|

## INTRODUÇÃO

### a. Introdução

A ciência jurídica é, por natureza, uma ciência em permanente evolução, pois constantemente são produzidas, alteradas e revogadas, pelos poderes competentes, as normas jurídicas, objeto de estudo dessa ciência.<sup>1</sup>

Tratando-se da ciência do direito administrativo – representativa do modo como se estuda o conjunto de normas constitutivo do direito administrativo<sup>2</sup> –, essas transformações são ainda mais presentes, eis que relacionadas não apenas às transformações do direito em si (norma jurídica), mas também à própria concepção e ao papel atribuído à Administração Pública, objeto desse direito.<sup>3</sup>

Em 1913, Léon Duguit (1913, p. IX) já apontava a necessidade de “transformação profunda e ativa” no direito público, especialmente com o desaparecimento da “concepção imperialista de *puissance publique*” (DUGUIT, 1913, p. 194). Na Alemanha pós-1949, são crescentes as vozes a favor da “reforma” (HOFFMANN-RIEM, 1993, p. 116), “evolução” (SCHMIDT-ASSMANN, 1993, p. 45) e construção de uma “nova ciência do direito administrativo” (VOSSKUHLE, 2012). Entre nós, temas relacionados à “evolução” (DI PIETRO e RIBEIRO, 2010), às “linhas de transformação”

---

<sup>1</sup> Remete-se aqui ao pensamento de Hans Kelsen, que, na construção de sua teoria pura do direito, delimitou o objeto da ciência jurídica ao fenômeno normativo, em contraposição à chamada teoria “egológica” do direito, que centrava na conduta humana o objeto da ciência jurídica. Em suas palavras: “Na afirmação evidente de que o objecto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objecto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas” (KELSEN, 1962, p. 135).

<sup>2</sup> A referência a conjunto de normas (ou, em outras palavras, a ramos do conhecimento) está atrelada à noção de ciência do direito, ou seja, à análise descritiva feita pela ciência de que determinado conjunto de normas constitui o direito administrativo, para fins de estudo e produção científica. Todavia, não se ignora que o direito, como fenômeno normativo, não comporta distinções específicas por ramo do conhecimento. Remete-se novamente ao pensamento de Kelsen, para quem “a ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento” (KELSEN, 1962, p. 139).

<sup>3</sup> Trabalhando com os três conceitos adotados *supra* – direito administrativo, ciência do direito e Administração Pública –, entende-se ser a Administração Pública objeto do direito administrativo (fenômeno normativo), que, por sua vez, é objeto de estudo pela ciência do direito administrativo. Sobre as transformações do direito administrativo e sua relação com as transformações tanto da Administração Pública quanto da ciência jurídica, vide Cassese (2004).

(MEDAUAR, 2003) e às “transformações e tendências” (MARRARA, 2014) do direito administrativo são também cada vez mais presentes.

Há, sem dúvida, um novo direito administrativo ainda em definição no conjunto de transformações (do direito, da ciência e da Administração<sup>4</sup>) que continuam a nos surpreender por sua celeridade e profundidade.

No âmbito da *Administração*, assiste-se atualmente à crescente expansão da Administração Pública à medida que se atribuem novas funções ao Estado, para além daquelas originalmente concebidas no contexto de um Estado liberal, com especial destaque à intervenção estatal no domínio econômico e social. Nesse contexto, a atividade estatal administrativa (em contraposição à legislativa e jurisdicional) adquire especial relevo, eis que assume a principal missão de garantir o bem-estar dos indivíduos e o convívio harmônico em sociedade.

Como indica Odete Medauar (1992, p. 126), a expansão da Administração ocorreu em dois sentidos: no campo da organização e no campo da atividade administrativa.

No campo da organização, constata-se a multiplicação dos órgãos dotados de personalidade jurídica e com certa independência em relação à Administração central. Isso ocorre tanto com a agencificação da atuação estatal, via agências reguladoras a quem se atribui função regulatória, quanto com a criação de pessoas jurídicas de direito privado (como empresas públicas e sociedades de economia mista) voltadas a atuar num setor econômico específico (e sem as amarras do direito público).

Por sua vez, no campo da atividade administrativa observa-se o crescimento quantitativo e qualitativo da atuação estatal administrativa. As inúmeras funções assumidas pelo Estado realizam-se sobretudo pelos órgãos e entidades da Administração. As atividades expandem-se, assim como passam a variar os meios de que dispõem a Administração para consecução de suas finalidades.

---

<sup>4</sup> Remete-se à distinção feita por Cassesse (2004) entre direito administrativo, Administração Pública e ciência do direito administrativo ao tratar do tema das “transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI”.

Ou seja, não só os fins, mas também o *modo de agir* da Administração passam a sofrer consideráveis transformações nos últimos tempos, com demandas de formação de consenso, de substituição ou complementação dos meios de execução forçosa com estratégias de convencimento e persuasão, de adoção de processos administrativos que deem aos indivíduos (hoje cidadão, e não mais súditos) chances reais de interferir e contribuir com a qualidade das decisões administrativas. Estas, aliás, cada vez mais direcionadas ao alcance de resultados e mensuráveis a partir de parâmetros mais complexos e menos binários (legal vs. ilegal), como os parâmetros de eficácia, eficiência e economicidade.

No que toca ao *direito administrativo*, também aqui<sup>5</sup> se constata o fenômeno da constitucionalização do direito, que parte da percepção da Constituição como fonte direta de direitos e obrigações. Esse fenômeno leva à leitura de todas as áreas do direito pela lente do direito constitucional. E o direito constitucional moderno da grande maioria dos países ocidentais é marcado pela valorização do ser humano e da dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais e pelos princípios norteadores da atividade administrativa, como legalidade, proporcionalidade e subsidiariedade.

Tais valores passam então a se irradiar para os diversos ramos do direito, inclusive pelo próprio direito administrativo, o que leva ao questionamento de certos dogmas tradicionais (soberania, supremacia, interesse público) e a um movimento de revisitação e aperfeiçoamento de certos conceitos já tradicionais à ciência do direito administrativo (como o ato e o contrato administrativo).

Esse movimento de constitucionalização provoca também o alargamento do princípio da legalidade. Se, até o advento das modernas Constituições, a lei era o principal parâmetro de toda a atuação administrativa, com o movimento recente de constitucionalização do direito esse parâmetro é consideravelmente alargado para incluir as normas e os princípios (implícitos e explícitos) contidos no texto constitucional, trazendo como consequência a ampliação do controle sobre a discricionariedade administrativa.

---

<sup>5</sup> Com isso, pretende-se destacar a constitucionalização do direito como um fenômeno extensível aos demais ramos da ciência jurídica, por exemplo, ao direito civil, ao direito processual civil, ao direito tributário, entre outros.

Ainda no campo do direito percebe-se, também, o aumento da produção normativa em matéria de direito administrativo, o que é feito tanto pelo parlamento (com a edição de leis gerais e setoriais) quanto pelo Executivo (de modo centralizado ou difuso, nesse caso por meio de entidades autônomas com poder normativo).

Tudo isso, como é de esperar, reflete na *ciência do direito administrativo*, que se vê no desafio de construir um sistema de conceitos, instituições, categorias jurídicas e princípios que facilite e oriente o manejo desse “novo direito”, atribuindo-lhe segurança e direção.

Para tanto, cabe à ciência do direito administrativo, de um lado, se valer do sistema já estabelecido, mas, por outro, contribuir com sua constante construção e revisão. É papel da ciência questionar e constantemente revalidar os conceitos e institutos outrora formulados, de modo a adequá-los à nova realidade verificável no direito administrativo.

É justamente nesse cenário de revisitação de conceitos e dogmas da ciência do direito administrativo que se insere a presente dissertação. Partindo da premissa de que a ciência do direito é, por essência, uma ciência em constante evolução, pretende-se com este trabalho avaliar como tem sido essa evolução no direito administrativo em matéria de atuação administrativa, de modo a contribuir com a reflexão sobre a coerência e a compatibilidade de certos conceitos já tradicionais à ciência com o direito administrativo hoje vigente em nosso país.

## **b. Objeto**

São objeto da presente dissertação as teorias do direito administrativo brasileiro e do direito administrativo alemão voltadas ao estudo dos instrumentos jurídicos de atuação da Administração Pública. Esse objeto engloba as explicações doutrinárias – abstratas e coletivas, já que teorias – voltadas ao fenômeno da atuação estatal, no exercício de sua função administrativa, e que tenha por finalidade a produção de norma jurídica pela Administração Pública.

Para a finalidade aqui pretendida adota-se o conceito de norma jurídica desenvolvido por Kelsen (1962, p. 7), segundo o qual regra jurídica é ato intencional, com



conteúdo prescritivo (“dever-ser”, nos seus sentidos de “ordenar”, “permitir” e “poder”) e dirigido à conduta de outrem. Assim, a atuação administrativa abrangida no presente estudo engloba as situações em que a ação estatal, no exercício da função administrativa, tenha conteúdo decisório (ato intencional prescritivo) e produza efeitos externos ao ente administrativo atuante (dirigido à conduta de outrem).

Assim delimitado o tema, três são os instrumentos jurídicos de que dispõe a Administração Pública para interferir na ordem jurídica. Ela pode fazê-lo mediante a produção de norma jurídica geral e abstrata – ou seja, por meio da edição de regulamentos administrativos – ou, então, pela produção de norma jurídica individual e concreta. Nesse caso, a norma jurídica individual e concreta pode ser emitida unilateralmente pela Administração (por meio de ato administrativo), ou, então, pode ser fruto de um acordo de vontades (contrato administrativo).

Portanto, em resumo, o objeto deste estudo abrange as teorias brasileiras e alemãs do ato administrativo, do contrato administrativo e do regulamento administrativo.

Como consequência da delimitação aqui adotada, estão excluídos do objeto de análise desta dissertação a atuação administrativa sem conteúdo decisório (por exemplo, os atos preparatórios da Administração, ou, então, aqueles com conteúdo meramente material e/ou orientativo) e, também, os atos voltados apenas à produção de efeitos internos ao próprio ente administrativo atuante (como as circulares e portarias).

Ainda com relação ao objeto da presente dissertação, cabe ressaltar que as teorias brasileiras e alemãs da atuação administrativa serão estudadas sob as perspectivas dinâmica e comparada.

Comparada, pois o presente estudo se propõe a analisar as teorias da atuação administrativa desenvolvidas pela dogmática jurídica<sup>6</sup> brasileira de modo comparado com

---

<sup>6</sup> Para fins da presente dissertação entende-se por dogmática jurídica a investigação do fenômeno jurídico que tem por objetivo criar uma estrutura sistemática de conceitos, instituições, princípios e regras, de modo a conferir coerência e uniformidade interna ao sistema legal positivo. Neste sentido, Brohm (1972, p. 246). Assim, a função da dogmática consiste em “resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, por relación a un sistema, las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 7). Nesse mesmo sentido, Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 41),

aquelas desenvolvidas pela dogmática jurídica alemã. Assim, o objeto deste estudo engloba tanto o direito administrativo brasileiro quanto o direito administrativo alemão, que serão aqui examinados mediante aplicação do método de estudo de direito comparado.

No tocante à perspectiva dinâmica, propõe-se uma análise histórico-evolutiva das teorias objeto do presente estudo, de modo que seja possível acompanhar a evolução histórica da formação, consolidação, aplicação dessas teorias em seus respectivos países.

Ainda, por meio dessa análise dinâmica pretende-se compreender os fenômenos mais recentes que levaram ao aumento da complexidade daquilo que se espera da atuação administrativa, fenômenos esses que podem estar relacionados tanto ao papel desempenhado pela Administração (por exemplo, a expansão da atuação do Estado-Administração) quanto à posição jurídica ocupada pelo indivíduo em relação à Administração Pública atuante.

Com isso, intenta-se avaliar como esses fenômenos (complexificação da atuação administrativa e valorização do indivíduo enquanto cidadão) têm impactado o reposicionamento e a reformulação das teorias do ato, do contrato e do regulamento administrativo, tanto no Brasil quanto na Alemanha.

Daí a lógica de desenvolvimento desta dissertação em duas partes: uma destinada a apresentar a formulação e a consolidação das teorias do ato, do contrato e do regulamento administrativo no Brasil e na Alemanha, e outra voltada ao estudo do movimento mais recente da dogmática de ambos os países de questionamento e reformulação dessas teorias diante da constatação, comum a ambos os países, do aumento da complexidade do fenômeno da atuação administrativa no Estado Democrático de Direito contemporâneo.

---

para quem o enfoque dogmático de estudo do direito tem por objetivo possibilitar uma decisão e orientar a ação (função diretiva).

### **c. Hipótese**

A hipótese que se admite, com relação ao objeto de estudo, é a de que é possível e pertinente a comparação das teorias do direito brasileiro e do direito alemão voltadas ao estudo da atuação administrativa.

Entende-se, de um lado, que os instrumentos jurídicos objeto de comparação (ato, contrato e regulamento) estão presentes em ambos os países e que, apesar de suas especificidades, há certa correspondência entre eles, o que torna possível a comparação pretendida.

De outro, compreende-se que ambos os países passaram por um processo de reformulação do direito administrativo a partir de fenômenos (políticos, sociais e jurídicos) comuns, sendo pertinente a comparação dos rumos seguidos pelas teorias objeto deste estudo em ambos os países.

Fenômenos como o questionamento da soberania da Administração Pública perante os cidadãos, a demanda pela participação do cidadão na tomada de decisão e por uma atuação administrativa mais consensual, a ampliação da atuação estatal para o domínio econômico e social, a previsão legal de novos parâmetros a pautar a atuação administrativa (por exemplo, eficácia, eficiência e proporcionalidade), enfim, todos esses fenômenos são verificáveis em ambos os países e serviram de impulso ao questionamento e reformulação das teorias da atuação administrativa então vigentes.

Havendo, pois, correspondência no ponto de partida (categorias da atuação administrativa) e similaridade nos fenômenos que impulsionaram seu desenvolvimento (o que torna possível o cotejamento pretendido), entende-se que a comparação dos efeitos desencadeados a partir desses impulsos pode contribuir com o aperfeiçoamento e reposicionamento da teoria da atuação administrativa em nosso país.

Aqui está a pertinência da comparação pretendida. Nesse quadro de maior complexidade da atuação administrativa, a dogmática administrativista alemã tem proposto saídas e soluções, cujas reflexões, com as devidas ponderações e análises críticas, podem ser também aproveitadas no aprimoramento da dogmática administrativista brasileira.

#### **d. Metodologia**

A dissertação tem por objetivo investigar as teorias do direito administrativo brasileiro e do direito administrativo alemão voltadas ao estudo dos instrumentos jurídicos de atuação da Administração Pública, o que será feito a partir de uma perspectiva dinâmica e comparada. Para isso, alguns recortes foram necessários.

Primeiro, com relação ao *objeto* de estudo. Por abarcar mais de um instrumento jurídico (ato, contrato e regulamento administrativos) e mais de um ordenamento jurídico (brasileiro e alemão), o estudo das teorias limitou-se aos aspectos mais gerais e conceituais relacionados a cada um desses instrumentos individualmente.

Para fins da presente dissertação não se adentrará em temas usuais a essas teorias, por exemplo, as consequências jurídicas decorrentes da invalidade dos atos administrativos, os parâmetros para reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, a classificação dos vários tipos de atos, ou, então, das várias figuras contratuais da Administração. Não se pretende aqui produzir um texto informativo ao estilo dos manuais de direito administrativo, em que se esgota a análise dogmática do regime jurídico estabelecido a cada um desses instrumentos jurídicos pelo direito positivo.

A profundidade na investigação de cada uma das teorias aqui abarcadas foi pautada pela necessidade (i) de compreensão da essência de cada um dos instrumentos jurídicos (afinal, do que estamos falando?) e (ii) de identificação de como tem sido o movimento relativamente recente de reformulação e reposicionamento dessas teorias perante o aumento da complexidade<sup>7</sup> da atuação administrativa.

Pretende-se, pois, que a análise seja profunda e detalhada o suficiente a ponto de permitir a adequada análise histórico-evolutiva que se propõe.

Para desenvolvimento da pesquisa, foi objeto de estudo a literatura jurídica selecionada de acordo com o que se revelou serem os principais autores representativos de sua época, entendimento a que se chegou não apenas a partir de uma análise individual

---

<sup>7</sup> Complexidade essa que não decorre apenas do aumento e reformulação das funções estatais, mas, também, da posição agora mais complexa ocupada pelo indivíduo perante a Administração Pública.

desta autora, mas, principalmente, em razão do reconhecimento e acolhimento desses autores entre seus pares. Ou seja, foram selecionados os principais autores referenciados pela própria comunidade científica de seu país, conforme se apurou na pesquisa empreendida para desenvolvimento da presente dissertação.

Ainda quanto ao objeto, cabe uma ressalva conceitual, especialmente sobre o que se entende por regulamento administrativo. Enquanto ato e contrato administrativos são conceitos relativamente assentes na dogmática administrativista brasileira (em que pese toda a discussão a respeito do regime jurídico a eles aplicável, ainda assim seus elementos conceituais são relativamente comuns na doutrina jurídica), o termo “regulamento” é mais polissêmico e pode gerar alguma confusão.

Diante disso, o sentido de regulamento aqui adotado é o de ato normativo, geral e abstrato, expedido pela Administração Pública com caráter materialmente legislativo. Entendida a regulamentação como espécie de ação estatal envolvendo o exercício do poder normativo pela Administração,<sup>8</sup> o regulamento é aqui compreendido como fruto do poder regulamentar pela Administração e, portanto, lei em sentido material.

Segundo recorte aqui adotado foi a respeito do *marco temporal da análise histórico-evolutiva*. Diante da pretensão de se fazer uma análise dinâmica, marcada pela evolução da teoria ao longo de determinado contexto histórico, foi preciso delimitar cronologicamente a investigação pretendida.

Para tanto, foram criadas duas “classificações temporais” (quais sejam: “clássico” e “contemporâneo”), e dentro de uma mesma classificação foram adotados marcos temporais distintos, a depender de a investigação se referir ao direito brasileiro ou ao direito alemão.

No tocante ao direito alemão, adotou-se como marco inicial do período clássico o final do século XIX, época em que Otto Mayer publica a primeira edição de seu manual sobre direito administrativo alemão (*Deutsches Verwaltungsrecht*). A razão para essa escolha reside no fato de esse autor ser considerado, até hoje, o precursor da ciência do

---

<sup>8</sup> Nesse sentido: Fernando Dias Menezes de Almeida (2005, p. 72).

direito administrativo na Alemanha, construída a partir de seu método jurídico de estudo do direito administrativo.<sup>9</sup>

Definido o marco inicial do período clássico do direito alemão, ele se estende até a promulgação da Lei Fundamental de 1949, sem compreender, contudo, o período de 1933 e 1949, época em que a Alemanha esteve submetida a um regime jurídico de exceção, que, por essa razão, não integrará o objeto de estudo desta dissertação. Em 1949, com a publicação da Lei Fundamental de Bonn, inicia-se, portanto, o período contemporâneo, que alcança até os dias atuais.

Quanto ao direito brasileiro, o período clássico inicia-se, aproximadamente, na década de 30 do século passado, período a partir do qual, segundo Fernando Dias Menezes de Almeida (2015, p. 40), é possível perceber uma continuidade na formação da teoria do direito administrativo brasileiro, agora mais próxima da experiência social e política do País.

Assim como no período clássico do direito alemão, a década de 30 é considerada o marco inicial na construção de uma teoria do direito administrativo genuinamente brasileira, em que os autores não se preocupam apenas em consolidar a legislação administrativista vigente, mas, também e principalmente, em trabalhá-la a partir de uma postura cientificamente comprometida em investigar o que é o direito administrativo no Brasil.

---

<sup>9</sup> Nesse sentido: (FLEINER, 1933), (LABAND, 1911), (STOLLEIS, 2006), (BAUER, 1992), (BUMKE, 2012), (HOFFMANN-RIEM, 2012). Entende-se por método jurídico o desenvolvimento de conceitos, institutos e estruturas gerais específicos a esse ramo de conhecimento da ciência jurídica. FLEINER (1933, p. 37-38) percorre o processo de construção do método jurídico puro de estudo do direito administrativo. Diz o autor que, inicialmente, o estudo do direito administrativo teve por base a ciência da administração e sua divisão de “ramos administrativos”, sobre os quais foi possível construir uma classificação jurídica como a polícia de incêndios, a polícia das águas, a polícia de construção. A partir dessa classificação a preocupação inicial da doutrina teria sido de compilar todo o direito positivo vigente. A partir disso, houve tentativas de construção de teorias gerais do direito, o que, para o autor “resultó a menudo deshilvanado lo que en la ciencia jurídica debía estar unido y formando un conjunto sistemático”. Assim, para o autor, “sólo en los tiempos más recientes, en la actualidad, ha podido introducirse el método estrictamente jurídico de la Ciencia del Derecho administrativo. La misma técnica jurídica, a la que la ciencia del Derecho privado debe su esplendor, fué aplicada también al estudio de los problemas del Derecho administrativo. Es Otto Mayer quien ha trazado el camino con su fundamental obra sobre Derecho administrativo alemán”.

A partir da década de 1930, o período classificado como clássico se estende até a promulgação do texto constitucional hoje vigente (1988), tido também como marco inicial do período contemporâneo. Entende-se que a nova Constituição Federal de 1988 introduziu mudanças substanciais na delimitação do papel Estado e, conseqüentemente, da própria Administração Pública, desencadeando um movimento de profunda transformação do direito administrativo brasileiro. A partir da Constituição Federal de 1988, o período contemporâneo alcança até os dias atuais.

Diante da classificação temporal aqui adotada, o plano de desenvolvimento da dissertação contempla duas grandes partes: I – Instrumentos jurídicos de atuação administrativa na dogmática clássica, e II – Instrumentos jurídicos de atuação administrativa na dogmática contemporânea.

A Parte I é destinada à análise da formação das teorias do ato, do contrato e do regulamento administrativos, tanto no direito administrativo alemão (Capítulo 1) quanto no direito administrativo brasileiro (Capítulo 2), iniciando com os primeiros movimentos de formulação de uma efetiva teoria e chegando ao período em que se entende ter havido uma transformação drástica no contexto político-jurídico que subsidiou essa formulação originária.

Nesse momento, entra-se, então, na Parte II, dedicada à análise do movimento de reformulação e reposicionamento das teorias do ato, contrato e regulamento administrativos pela dogmática contemporânea do direito administrativo alemão (Capítulo 3) e do direito administrativo brasileiro (Capítulo 4), ante o novo ordenamento jurídico que se constrói em ambos os países fundamentado em um novo marco constitucional.

Traçado esse panorama, o Capítulo 5 é destinado à apresentação do resultado da análise histórico-evolutiva e comparativa realizada.

Ressalta-se, desde já, que a abordagem do direito alemão previamente ao direito brasileiro não tem nenhuma conotação subjetiva tampouco indica qualquer tipo de predileção desta autora pelo direito alemão em detrimento do direito brasileiro.

Isso se dá apenas em decorrência dos marcos temporais adotados para definição dos períodos clássicos e contemporâneos. Tanto o marco inicial de formação de uma ciência administrativista genuinamente nacional (final do século XIX *vs.* meados do século XX) quanto o marco de guinada, questionamento e revisitação da ciência outrora formulada (1949 *vs.* 1988) ocorrem primeiro na Alemanha em comparação com o Brasil. Por isso (e apenas por isso), ambas as partes desta dissertação são inauguradas com a investigação do direito administrativo alemão, seguida, então, do direito brasileiro.

#### **e. Aspectos formais**

Algumas considerações sobre os aspectos formais utilizados nesta dissertação fazem-se necessárias. Optou-se por um dos sistemas de referência bibliográfica oficialmente adotados no Brasil, com indicação do nome do autor, ano de publicação da obra e número de página(s) em que se encontra a ideia citada. No caso de referência à obra como um todo, não se fez a indicação da página.

As indicações bibliográficas concernem tanto às obras pontualmente referenciadas nesta dissertação como àquelas estruturantes do pensamento aqui desenvolvido.

Buscou-se evitar a transcrição de citações no corpo do trabalho, salvo quando essencial ao desenvolvimento de uma ideia ou necessária à fixação do entendimento de um determinado autor. Os trechos transcritos, cujo original estivesse em língua alemã, foram traduzidos livremente por esta autora, mantido em nota de rodapé o conteúdo original.

Procurou-se também evitar o uso de letras iniciais maiúsculas, à exceção de palavras tradicionalmente assim escritas em textos jurídicos, por exemplo, Estado, Administração (para se referir à Administração Pública), Constituição e as referências a textos normativos específicos (como a Lei n.º 8.987/1995).



# PARTE I

## INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NA DOGMÁTICA CLÁSSICA

### Capítulo 1

#### DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO

O período aqui abrangido, final do século XIX até aproximadamente a década de 30 do século XX, engloba dois sistemas constitucionais bastante diferentes: a Constituição do Império alemão (1871-1918) e a Constituição de Weimar de 1919.<sup>10</sup> Ainda assim, para a análise que ora se propõe é possível identificar certa homogeneidade da teoria do direito administrativo em matéria de atuação administrativa nesse período a justificar um tratamento unificado.<sup>11</sup>

A homogeneidade refere-se, basicamente (e como se verá a seguir), à conformação de um Estado que, sem abrir mão de uma posição de supremacia, passa a ter sua atuação limitada pela lei editada pelo parlamento. Além disso, esse também foi o período embrionário de formação do que hoje se denomina como “teoria das formas de atuação da Administração Pública” (*die Handlungsformen der Verwaltung*), que, até hoje, é um dos temas centrais no estudo da parte geral do direito administrativo alemão.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Dado que o período de vigência da Constituição de Weimar é assunto bastante polêmico e muito debatido entre os doutrinadores alemães, optou-se por não indicar aqui seu período final de vigência. Tecnicamente, não houve revogação expressa da Constituição de Weimar durante o período do Terceiro Reich (1933-1945). Por outro lado, tampouco é possível e adequado defender que ela efetivamente vigorou durante esse período.

<sup>11</sup> Esse mesmo entendimento é compartilhado por Bachoff (1972) e Schmidt-De Caluwe, (1999). Já dizia Otto Mayer, “o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”.

<sup>12</sup> Em linhas gerais, a ciência do direito administrativo na Alemanha é estruturada da seguinte maneira: há uma parte geral, destinada ao estudo dos institutos, conceitos e estruturas gerais comuns ao direito administrativo como um todo (essa parte é dedicada ao estudo de temas como: conceito de Administração Pública, as fontes do direito administrativo, a legalidade administrativa, os instrumentos de atuação administrativa – ato, contrato, regulamento, atos materiais –, processo administrativo, organização administrativa, bens públicos, entre outros), e há também uma parte especial, destinada ao estudo de “sub-ramos” do direito administrativo, com destaque ao denominado direito da construção (*Baurecht*), direito municipal (*Kommunalrecht*) e o direito da polícia e da ordenação (*Polizeirecht e Ordnungsrecht*). Segundo Schmidt-Assmann (2003, p. 2), essa parte geral do direito administrativo alemão tem uma função ordenadora. Cabe a ela assegurar que cada instituição ou conceito abarque, cada vez mais, todas as nuances e complexidades do sistema do direito administrativo (parte especial), de modo que a dogmática

A teoria das formas de atuação da Administração, como o nome indica, tem por objeto de estudo os diversos instrumentos (jurídicos ou não) utilizados pela Administração Pública no cumprimento de suas funções. O momento inicial de formação dessa teoria coincide com o período de consolidação do direito administrativo alemão enquanto ciência autônoma, e, embora tenha sofrido consideráveis transformações ao longo dos anos, ela é, até hoje, objeto de estudo científico pela dogmática alemã, o que demonstra sua centralidade para compreensão da própria teoria do direito administrativo germânica.

## 1.1 Pressupostos teóricos à abordagem da atuação administrativa

### 1.1.1 Estado de Direito no final do século XIX e início do século XX

Requisito basilar e essencial ao início da formação da ciência do direito administrativo na Alemanha foi a consolidação do Estado Liberal de Direito (*bürgerliches Rechtsstaat*).<sup>13</sup> Conceito genuinamente alemão, o Estado Liberal de Direito marca o movimento de superação do Estado de Polícia até então vigente na Alemanha e de estruturação desse país como um verdadeiro Estado Moderno.<sup>14</sup>

Em sua origem, como destacado, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, marcado, essencialmente, por dois traços característicos principais: pela *primazia da lei editada pelo parlamento* e pela *separação de poderes*.

A *primazia da lei em sentido formal* enfatiza a associação do Estado Liberal de Direito à ideia de “governo da lei” (*Herrschaft des Gesetzes*). Com fundamento nela passa-

---

evolua e consiga acompanhar as transformações de todo o resto do sistema. Nas palavras do autor, a ideia ordenadora consiste na “introdução de uma teoria geral, a partir das particularidades apresentadas por cada um dos setores do direito administrativo especial”.

<sup>13</sup> Nesse mesmo sentido, Ernst Forsthoff (1950, p. 37).

<sup>14</sup> Nas palavras de Otto Mayer (1949, p. 77-78): “Ha sido necesario un movimiento completamente renovador para realizar las ideas del Estado moderno en los puntos donde no se podía – como en la Constitución – copiar a los franceses, porque ellos mismos no habían propuesto una fórmula clara y precisa. El pensamiento rector que al mismo tiempo indica el fin previsto por este movimiento, y que finalmente ha sido alcanzado – pensamiento que domina en la literatura del derecho público, en los programas de los partidos y en las medidas legislativas – encuentra su expresión en la idea del Estado bajo el régimen del derecho (*Rechtsstaat*)”.

se a exigir que toda a manifestação do poder estatal – e, em especial, a administração<sup>15</sup> – esteja submetida aos ditames da lei.

Na visão dos autores da época, Estado de Direito é sinônimo de soberania da lei, e lei era aquela editada pelo parlamento.<sup>16</sup> Por ser soberana, a lei não estaria submetida a nenhum tipo de limitação. Não haveria, a princípio, qualquer valor ou princípio prévio a pautar, guiar ou, de qualquer forma, limitar o processo legislativo.

Como expressão máxima do poder soberano,<sup>17</sup> ao parlamento, em contraposição à monarquia e à justiça, era conferida ampla liberdade para atuar. Segundo Otto Mayer (1949, p. 78), o que é limitado pelo poder soberano da vontade geral é a monarquia, o Poder Executivo: “a lei pode tudo, todos os direitos de liberdade são passíveis de restrição pela lei”.<sup>18</sup>

E essa lei, ilimitada e soberana, estaria colocada acima de todas as outras atividades do Estado, sem exceção. Assim, ao mesmo tempo em que a primazia da lei realça o papel desempenhado pelo parlamento, ela submete as demais atividades do Estado e, em especial, a atividade administrativa aos ditames da lei formal. É pressuposto do *Rechtsstaat* que toda atuação estatal com efeito imediato nos indivíduos (administração e justiça) tenha fundamento em uma ordem regulada pelo direito.

Nesse ponto, porém, Otto Mayer admitia certa flexibilidade. Ao mesmo tempo em que afirmava a vinculação da administração às regras jurídicas, o autor reconhecia que não se pode limitar a atividade do Estado à simples execução das leis existentes, “le es necesario vivir y obrar”. Daí sua conclusão de que a ação administrativa deve ser dirigida, *na medida do possível*, pelas regras jurídicas (MAYER, 1949, p. 80).

---

<sup>15</sup> Administração é colocada aqui em contraposição à justiça (na visão de Otto Mayer, outro poder executório do Estado), e, por essa razão, está escrita com letra inicial minúscula.

<sup>16</sup> Nesse sentido: Otto Mayer (1949, p. 73) e Walter Jellinek (1929, p. 83).

<sup>17</sup> Vale lembrar que a ideia de *Rechtsstaat* se formou sob as premissas de uma monarquia constitucional, em que o único momento de participação popular na formação da vontade estatal era no processo legislativo. Assim, a única maneira pela qual o povo exercia seu poder soberano era por meio do processo legislativo.

<sup>18</sup> No original: “einen Abfall von Rousseaus puissance souveraine des allgemeinen Willen. Was dadurch beschränkt wird, ist lediglich das Königtum, die vollziehende Gewalt. [...] Das Gesetz kann alles; alle Freiheitsrechte sind durch das Gesetz beschränkbar”.

No entanto, a regra geral é de uma atuação administrativa dirigida e guiada de acordo com a lei. Especialmente no caso em que essa atuação administrativa implicar restrição à liberdade ou à propriedade, cabe à lei delimitar exatamente o curso da ação estatal, assim como a esfera de liberdade dos cidadãos (MAYER, 1949, p. 79). Walter Jellinek (1929, p. 85) chega inclusive a falar em reserva de lei sempre que a atuação administrativa interferir na liberdade e propriedade do particular por ela afetado.

Destoando do pensamento da época, Fleiner acrescenta outro elemento à concepção de Estado de Direito. Para o autor, é, sim, verdade que toda a atuação estatal interventiva na liberdade e propriedade do indivíduo deve estar fundamentada em lei. Para ele, porém, é preciso mais. É necessário que a intervenção do Estado seja dirigida a todos de maneira igual, como consequência do princípio da igualdade perante a lei (FLEINER, 1933, p. 110-111).

Do princípio da igualdade jurídica Fleiner (1933, p. 111-115) extrai três consequências. A primeira, no sentido de que apenas com uma regulação geral e abstrata a igualdade será alcançada. Isso significa que, quando lei conferir ao administrador a tarefa de regulamentar alguma matéria via decreto, ele apenas pode fazê-lo por meio de instrumento normativo geral e abstrato, e não caso a caso. A segunda, a de que o administrador não se vincula apenas à lei editada pelo parlamento, mas também aos próprios atos normativos por ele editados. E a terceira é a aplicabilidade do princípio da igualdade jurídica também quando do exercício do poder discricionário pela Administração.

Assim, diferentemente dos seus contemporâneos, para Fleiner a ideia de Estado de Direito comporta um sentido material de lei. A lei a pautar a atuação administrativa não é apenas a lei editada pelo parlamento, mas também todo comando geral e abstrato expedido pelo Executivo. Privilegia-se, com isso, a isonomia dos indivíduos perante a lei.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> A igualdade jurídica acaba por ser incorporada de vez no conceito de Estado de Direito com a publicação da Constituição de Weimar que, em seu art. 109, avança da ideia de igualdade perante a lei para a de equidade da lei. Ainda assim, continua sendo igualmente mais formal, no sentido de ausentes os elementos de justiça social. Sobre o tema, vide Ingeborg Maus (1986).

Art. 109 da Constituição de Weimar: Todos os alemães são iguais perante a lei. Homens e mulheres têm, a princípio, os mesmos direitos e deveres políticos. Os privilégios e vantagens de direito público que derivem de *status* ou do nascimento ficam suprimidos [...] (No original: Alle Deutschen sind vor dem

Relativamente ao segundo traço característico aqui abordado, a *separação de poderes* é marcada, nesse período, pela posição de *proeminência do Legislativo* diante dos demais poderes.

Essa proeminência se justificava na medida em que o Legislativo, à época da monarquia constitucional, era o único poder estatal com representação popular. Não havia ainda na época a ideia de soberania popular nos moldes do modelo francês pós-revolucionário. Todo o poder do Estado permanecia ainda centrado na figura do príncipe, à exceção do Poder Legislativo, em que se garantia representação popular no processo legislativo.<sup>20</sup>

Dessarte, a saída desenhada pelos alemães para minimamente conter o poder do monarca foi a introdução de representação popular no exercício da principal manifestação desse poder (qual seja na elaboração da lei), com a consequente submissão das demais atividades do Estado (administração e justiça) à lei assim editada.

Diante disso, Otto Mayer (1949, p. 74) sugere – como ele mesmo reconhece – uma releitura do princípio da separação de poderes. Acima dos três poderes estaria o Legislativo, órgão responsável por editar a lei soberana. Abaixo dele, e em igualdade de posição, estariam a administração e a justiça, ambos vistos como atividades de execução da lei (aplicação da lei ao caso concreto).

A administração teria por competência regular seus assuntos próprios e, para tanto, corresponde-se por decisões de autoridade que determinam o que deve ser feito no caso concreto (MAYER, 1949, p. 74). Eis o berço do ato administrativo.

---

Gesetze gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten. Öffentlich-rechtliche Vorrechte oder Nachteile der Geburt oder des Standes sind aufzuheben.)

<sup>20</sup> Essa compreensão foi alterada com a Constituição de Weimar, que instituiu a república. Na Constituição de Weimar existia a figura do Presidente do Império, eleita pelo povo alemão e a quem competia, entre outras funções, nomear o chanceler e os ministros do Império, que, juntos, formavam o governo do Império (arts. 41, 52 e 53 da Constituição de Weimar). Ademais, a ideia de primazia da lei e mesmo o conceito de ato administrativo desenvolvido por Otto Mayer na época da monarquia constitucional foram transportados a esse período sem maiores questionamentos e modulações, o que tem sido atualmente objeto de diversas críticas pela doutrina alemã contemporânea – vide, nesse sentido, Schmidt-De Caluwe (1999).

Para que a administração pudesse alcançar independência e posição de igualdade com a justiça faltava-lhe um instrumento a permitir a realização do comando legal no caso concreto. Esse instrumento era, justamente, o ato administrativo. Apenas com a ideia de ato administrativo foi possível conferir à organização administrativa a mesma importância da justiça. Até então, a função de aplicação do direito ao caso concreto cabia somente à justiça, limitando-se a administração ao simples papel de gestão dos negócios do Estado, sem qualquer autoridade (MAYER, 1949, p. 75).

Portanto, a ideia de ato administrativo permite, a um só tempo, subordinar a administração à lei, bem como fornece-lhe o instrumental necessário à aplicação da lei ao caso concreto com caráter de autoridade. O ato administrativo completa a ideia de *Rechtsstaat*, dando-lhe coerência: “un Estado que no tiene para su administración ni la forma de la ley ni la del acto administrativo no es un Rechtsstaat” (MAYER, 1949, p. 83-85).

Para ilustrar a relevância do ato administrativo para a compreensão do Estado de Direito, Walter Jellinek (1929, p. 85) compara o *Rechtsstaat* com a lei penal. Para o autor, ambos pressupõem que entre a descrição legal de um fato (“tipo legal”) e a execução da lei (ou execução da pena) haja um ato formal que indique precisamente quais os direitos e deveres dos cidadãos.<sup>21</sup>

O ato administrativo surge, pois, para identificar um campo próprio de atuação da Administração Pública, essencial à formação da ciência do direito administrativo. Embora atrelado a essa ideia de “decidir o caso concreto com autoridade”, cabe lembrar que a autoridade do monarca já era, desde sempre, pressuposta.

---

<sup>21</sup> Ao lado do ato administrativo, Walter Jellinek menciona as seguintes exigências como essenciais à correta compreensão de um Estado de Direito (JELLINEK, 1929, p. 83-91): (i) separação de poderes, especialmente entre legislação e administração; (ii) sujeição da Administração à lei, assim compreendida não apenas a exigência de atuação administrativa conforme a lei, mas, também, a de que a adoção de ato administrativo oneroso ao indivíduo deve estar fundamentada diretamente na lei (legalidade estrita); (iii) delimitação precisa do poder estatal, como uma exigência de proteção da esfera de liberdade dos indivíduos; (iv) preponderância da atuação administrativa vinculada, que significa a necessária limitação da discricionariedade administrativa, especialmente quando a atuação administrativa importar em limitação à liberdade ou propriedade dos indivíduos; (v) existência de meios de proteção jurídica aos indivíduos (jurisdição administrativa ou judicial) no caso de abuso ou omissão do poder estatal.

Ainda que sirva para firmar a autoridade (ou, mais precisamente, para delimitar um campo próprio da administração perante a legislação e a justiça), o ato administrativo representa também a imposição de sólidas barreiras à atuação administrativa perante seus súditos, eis que agora pautada por parâmetros de legalidade.<sup>22</sup>

O que se pretende afirmar é que o ato administrativo não foi criado para conferir ainda mais poderes ao Estado. A relação de sujeição entre Estado-administração e súdito já era um dado pressuposto na época. A principal contribuição do ato foi, a nosso ver, a “domesticação” da atuação administrativa pelo direito, ou seja, a atribuição de contornos jurídicos a uma atuação que já ocorria na realidade (uma espécie de encapsulamento dessa atuação numa forma reconhecida pelo direito). E, ao assim fazer, submete-se a atuação administrativa à lei formal e à correção pela via jurisdicional, sempre que essa atuação não atender aos ditames da lei.

### *1.1.2 Relação entre Estado e cidadão: uma relação de poder*

A submissão da atuação administrativa à legalidade (ideia de Estado de Direito) permite que se reconheça a juridicidade das relações entre Estado e indivíduos, essencial à formação do direito administrativo.

A partir desse momento, as relações entre Administração e particulares passa a ser compreendida como uma relação jurídica. E, como toda relação jurídica, ela pressupõe a compreensão de direitos e obrigações recíprocos entre as partes envolvidas.

Logo, percebe-se nesse período uma preocupação dos doutrinadores de investigar a natureza dessa relação jurídica formada entre Administração Pública e súdito, e eles assim o fazem tendo como referência a relação jurídica de direito privado, concepção há muito tempo sedimentada no direito alemão e que permite o diálogo entre privatistas e publicistas.

O ponto de partida da relação jurídica de direito administrativo é comum aos doutrinadores da época: trata-se de uma relação assimétrica, marcada pela “desigualdade

---

<sup>22</sup> Nesse sentido: Ernst Forsthoff (1950, p. 37).

das pessoas participantes e pelo valor diferente dos interesses recíprocos” (FLEINER, 1933, p. 122). Essa relação era vista como necessariamente desigual e o fundamento para essa desigualdade jurídica estava na soberania, no poder público detido exclusivamente pelo Estado de ditar as regras de convivência em sociedade. O poder do Estado compreendia a *capacidade de um querer juridicamente superior* (MAYER, 1949, p. 67).<sup>23</sup>

Ao mesmo tempo que era *desigual*, a relação jurídica administrativa era vista também como *pessoal*.<sup>24</sup> Isso significa que as ideias hoje difundidas de relação jurídica com efeitos sobre terceiros ou de relação jurídica multilateral eram totalmente estranhas aos autores da época.

Fritz Fleiner (1933, p. 128 e ss.) chega a ser bastante enfático no tema. Para o autor, estabelecida a relação jurídica entre sujeitos específicos (súdito e Administração), um terceiro não pode extrair dessa relação um direito para si. É o caso, exemplifica o autor, do dono de uma fábrica que, para proteger seus trabalhadores, monta em suas oficinas as instalações requeridas pelo Código Trabalhista do Reich. Nesse caso, embora o dono da fábrica esteja obrigado à adoção de medidas de segurança, tal é exigível apenas pelo Estado. O trabalhador não tem nenhum direito (público subjetivo) a demandar o obrigado perante os Tribunais para que ele cumpra com o seu dever legal. No máximo, admite-se a faculdade de denunciar a situação de ilegalidade à autoridade competente.<sup>25</sup>

Em virtude de a relação Estado-indivíduo ser uma relação jurídica, surge a dúvida sobre quais deveres e direitos públicos cada sujeito pode exigir e suportar nessa relação.

Sob a perspectiva da Administração, entendia-se à época que as pretensões concretas da Administração perante os súditos não estavam fundamentadas em direitos

---

<sup>23</sup> Sobre a superioridade da Administração na relação com os súditos, marcante a seguinte passagem de Otto Mayer (1949, p. 140): “La soberanía que el Estado tiene frente a sus súbditos, la fuerza de la voluntad jurídica superior, se la denomina un derecho importante del Estado, derecho de dominar y ser obedecido”.

<sup>24</sup> Nesse sentido, em especial, Fritz Fleiner (1933, p. 128 e ss.) e Georg Jellinek (1912).

<sup>25</sup> Veja-se que a pretensão que o autor está aqui a destacar é a pretensão de cumprimento de um dever legal. Embora o autor afirme que um terceiro não detém esse tipo de pretensão, ele reconhece a esse terceiro o direito de reclamar indenização em caso de dano. Nesse caso, contudo, o pleito indenizatório será submetido aos tribunais ordinários e será regulado pelo direito civil.



públicos subjetivos, mas, ao contrário, eram emanações do poder soberano estatal.<sup>26</sup> Ou seja, esses supostos direitos subjetivos do Estado não seriam nada além do que manifestação do seu poder soberano preexistente. Daí da conclusão de Otto Mayer (1949, p. 148) de que “el Estado no tiene derechos, porque él tiene más”.

Entretanto, sob a perspectiva dos indivíduos, admitia-se a existência de um poder do súdito sobre o exercício do poder público. A esse poder denominava-se direito público subjetivo individual. Veja-se que, também aqui, é o poder que fundamenta a existência de direitos públicos subjetivos a favor dos indivíduos. No caso do súdito, porém, entendia-se que esse poder não fazia parte de sua natureza: tratava-se de um poder derivado do Estado, este sim a única fonte de todo o poder público (MAYER, 1949, p. 149-150).

Dessarte, em que pese se reconhecesse, em tese, a existência de direitos públicos subjetivos a favor dos indivíduos, a compreensão desses direitos era ainda extremamente limitada. Otto Mayer (1949, p. 149 e ss.) chega até mesmo a apresentar suas restrições quanto ao uso das expressões “direito subjetivo” e “relação jurídica” no direito administrativo.<sup>27</sup> Fritz Fleiner e Georg Jellinek, por sua vez, demonstram menor resistência ao emprego desses conceitos, embora limitassem sobremaneira sua aplicação prática. Na visão dos autores, o direito público subjetivo do indivíduo praticamente se equivaleria a um direito à legalidade, consistente na “capacidade de fazer mover as normas jurídicas no interesse do indivíduo” (JELLINEK, 1912, p. 51).

Manifestando-se contrariamente à ideia de que toda vantagem conferida ao indivíduo pelo direito objetivo constitui conteúdo para um direito público subjetivo, Fleiner (1933, p. 139) afirma existirem dois caminhos à disposição do legislador para permitir aos súditos a cobrança de prestações administrativas diante do Estado.

O primeiro, e mais frequente, é a edição de um comando normativo endereçado à autoridade pública com conteúdo de direito objetivo, apenas. Nesse caso, a realização do

---

<sup>26</sup> Nesse sentido: Fritz Fleiner (1933, p. 133) e Otto Mayer (1949, p. 148).

<sup>27</sup> Sem afastar completamente esses conceitos, o autor defende a necessidade de sua compatibilização com a realidade do poder administrativo. Para o autor a vontade manifestada pelo Estado nas relações com o súdito é necessariamente uma vontade preponderante, o que, agrega peculiaridades ao conceito tradicional de relação jurídica.

comando legal fica exclusivamente nas mãos da autoridade pública. Sob o ponto de vista do indivíduo beneficiário da atuação estatal, as pretensões de que dispõe perante o Estado são bastante reduzidas. Elas se restringem à mera execução da lei (*Gesetzvollziehungsanspruch*), não cabendo ao indivíduo exigir uma pretensão concreta e específica do Estado.

Nesse caso, entende-se que a norma contém apenas um comando objetivo, não havendo propriamente um direito público subjetivo correspondente a favor do indivíduo. Segundo o autor, o conteúdo objetivo da norma reflete na esfera jurídica do indivíduo, conferindo-lhe um mero direito reflexo à devida execução da lei. Daí a equiparação desse direito reflexo a um “direito à legalidade”, ou seja, direito a que a atuação administrativa seja conforme à lei.

O segundo caminho, por seu turno, consiste na previsão de pretensões concretas, bem definidas, ao indivíduo. Nesse caso, o indivíduo tem, de fato, um direito público subjetivo a uma prestação estatal específica, o que, segundo o autor, permite-lhe mover as normas jurídicas no interesse individual. Por meio dos direitos subjetivos, “a intenção da lei é realizada de forma individual” (FLEINER, 1933, p. 140).

Para tanto, destaca o autor, é preciso que esses direitos estejam expressamente previstos em lei. E em um contexto de Estado de Direito liberal, marcado por uma lógica estatal menos intervencionista, tem-se um número reduzido de leis, muitas delas voltadas à limitação do campo da atuação estatal, o que, por consequência, reduz sobremaneira o reconhecimento de efetivos direitos públicos subjetivos a favor dos indivíduos no período.<sup>28</sup>

O reconhecimento da juridicidade das relações entre Estado e súdito é também acompanhado da delimitação de uma esfera da atuação administrativa livre do direito. Trata-se da denominada relação de sujeição especial (ou relação especial de poder), que, em contraposição à relação de sujeição geral, compreende as relações específicas entre Estado e indivíduo que se constituem mediante a integração (forçosa ou voluntária) em

---

<sup>28</sup> Para Fleiner (1933, p. 143 e ss.), esses direitos abrangiam as seguintes categorias: (i) prestações positivas (como o direito à percepção de auxílio social no caso de invalidez); (ii) direitos políticos; e (iii) os direitos individuais de liberdade (por exemplo, liberdade religiosa, liberdade de associação, liberdade industrial etc.).

determinados âmbitos da Administração (por exemplo, escola, penitenciárias, estabelecimentos públicos, serviço militar, relação de emprego público etc.).

A sujeição do indivíduo a uma relação especial de poder acarreta uma dupla consequência. Sob a perspectiva do cidadão, isso implica a assunção de deveres especiais, para além de seus deveres cívicos gerais (FLEINER, 1933, p. 135). Todavia, sob a perspectiva da Administração, passa ela a dispor de maior liberdade para agir. Em que pese o fundamento e os limites de toda relação especial de poder advirem da lei (em sentido formal), dentro do marco definido por esta dispõe a Administração de ampla liberdade para, a seu critério, agir e criar vinculações jurídicas com os particulares a ela submetidos.

Ou seja, as relações específicas que se desenvolviam dentro do quadro geral da relação especial de poder estavam livres das amarras dos direitos fundamentais, da reserva de lei e da tutela jurisdicional. Tratava-se de uma atuação livre do direito.

Isso demonstra as limitações do reconhecimento da juridicidade das relações entre Estado e indivíduo. Além de não abarcar a totalidade das relações travadas entre a Administração e seus cidadãos, quando admitida ela dependia do reconhecimento expresso de direitos subjetivos a favor dos indivíduos, o que, num contexto de Estado liberal de Direito, era quase que uma contradição em termos.

De todo modo, ainda de que forma tímida, o reconhecimento da juridicidade das relações entre Estado e indivíduo e, conseqüentemente, da existência de pretensões jurídicas deste perante aquele (direito público subjetivo) é condição necessária ao surgimento do direito administrativo e marca o nascimento da jurisdição contenciosa-administrativa na Alemanha. Essa relação entre direito público subjetivo e acesso à jurisdição vai se perpetuar no direito alemão: desde o seu nascimento até os dias atuais é condição prévia ao acesso à jurisdição contenciosa-administrativa a comprovação da lesão a um *direito* (e não interesse) subjetivo. O movimento que se verificará ao longo dos anos não é o de substituição desse critério, mas de alargamento da compreensão de direito subjetivo, sob influência, principalmente, do novo texto constitucional e dos direitos fundamentais nele assegurados.

Voltaremos a esse tema no Capítulo 3.

## 1.2 Tratamento dogmático dos instrumentos de atuação administrativa

Analisados os pressupostos teóricos que influenciaram a formação do direito administrativo alemão, de maneira geral, e da teoria das formas de atuação administrativa, em especial, este tópico será dedicado ao estudo dos tipos de atuação administrativa concebidos à época.

Ressalte-se, desde já, que não se pretende trazer os pormenores sobre cada um dos institutos analisados, a estilo dos tradicionais tratados de direito administrativo. O que se intenta é identificar os traços característicos de cada um desses institutos, como foram concebidos, como se diferenciam entre si, e, especialmente, como concebem a relação Estado-cidadão.

### 1.2.1 *Ato administrativo*

O ato administrativo surge na Alemanha como fruto de uma construção dogmática voltada à formação e completude da ideia de Estado de Direito. Por meio dessa figura torna-se possível a “domesticação” jurídica do único poder estatal que ainda não se encontrava submetido a parâmetros de legalidade: a administração.

A ideia de Estado de Direito, como visto, pressupõe a submissão de todas as esferas de manifestação do poder estatal (legislação, administração e justiça) ao direito – compreendido, à época, como a lei formal editada pelo parlamento. A partir da construção teórica do *Rechtsstaat*, toda ação estatal, para existir e ser considerada válida, precisa estar inserida nos contornos mínimos conferidos pelo ordenamento jurídico, ainda que esse contorno se limite a regras de competências.

E aqui está a essencialidade do ato administrativo. Ele representa a forma, necessariamente jurídica, pela qual o Estado exerce sua função administrativa, agora dissociada da legislação e da justiça. A partir dessa figura, foi possível tipificar juridicamente uma atuação estatal tida até então como soberana e ilimitada, superando-se definitivamente o Estado Absoluto (*Polizeistaat*).

Afinal, o que se entendia por ato administrativo à época?

Cabe destacar, inicialmente, que a primeira definição legal de ato administrativo surgiu somente em 1948, na zona militar de proteção britânica.<sup>29</sup> Até lá, toda a construção em torno do ato administrativo foi fruto de abstrações teóricas,<sup>30</sup> com especial destaque à doutrina de Otto Mayer, preponderante no período.<sup>31</sup>

De acordo com o referido autor, o ato administrativo pode ser conceituado como *a manifestação da autoridade administrativa que determina ao súdito o que para ele deve ser de direito em um caso concreto*.<sup>32</sup>

O ato administrativo, como manifestação do poder estatal determinante para a identificação do direito aplicável no caso concreto, assemelha-se em grande medida à sentença judicial, uma vez que ambos expressam o “modo como o poder público se torna eficaz” (MAYER, 1949, p. 126).<sup>33</sup> Assim como a sentença, o ato administrativo tem por função a determinação jurídica de casos individuais. E, como na sentença, essa determinação deve estar pautada na lei.

De acordo com a definição proposta por Otto Mayer, o ato administrativo é marcado por três traços característicos principais: ele expressa uma *manifestação de*

---

<sup>29</sup> § 25 do Decreto n.º 165 do regime militar da zona de proteção britânica (Verordnung nr. 165 der Militär-Regierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet – vom 15. September 1948: Verwaltungsgerichtbarkeit in der britischen Zone – VGVO). Sobre o tema, vide: (BUMKE, 2012, p. 1138).

<sup>30</sup> Conforme ressalta Otto Bachof (1972, p. 239), “a dogmática do direito administrativo alemão surgiu com grande independência relativamente à lei. Os seus conceitos e institutos foram desenvolvidos por Otto Mayer, em parte com base no Direito Administrativo francês, em parte com base no Direito Civil alemão, mas também, em grande medida, fruto de sua própria construção criativa”. Isso levou a uma teorização original, resultado do “esforço no sentido de construir uma categoria de conceitos e uma ordenação dos elementos jurídicos que decorria em grande medida da criação e da abstração” (BACHOFF, 1972, p. 218-219).

<sup>31</sup> Nesse sentido: (FORSTHOFF, 1950, p. 45), (BUMKE, 2012, p. 1135), (SCHMIDT-DE CALUWE, 1999, p. 20), (BACHOFF, 1972, p. 203).

<sup>32</sup> “Der Verwaltungsakt, ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der den Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll” (MAYER, 1949, p. 126).

<sup>33</sup> Essa aproximação é bastante evidente na formulação proposta por Mayer, o que levou Vasco Pereira da Silva (2003, p. 66) a qualificá-lo como um “parente próximo” da sentença judicial. Essa qualidade de “parente próximo” está muito presente na seguinte passagem de Fritz Fleiner (1933, p. 156): “Las órdenes de las autoridades administrativas contienen disposiciones soberanas, de autoridad, que se dictan para casos particulares concretos, al igual que las sentencias de los Tribunales”.

*vontade da autoridade administrativa, com conteúdo normativo, voltada ao caso concreto.*<sup>34</sup>

Enquanto forma de *expressão da vontade administrativa*, o ato administrativo tem um caráter instrumental. Ele representa o meio, necessariamente jurídico, pelo qual o direito se faz aplicável no caso concreto.

Segundo Fleiner (1933, p. 146-147), duas são as maneiras pelas quais os direitos e deveres públicos se fazem aplicáveis. A primeira é diretamente da lei. A lei pode dispor que determinadas situações originem efeitos jurídicos imediatos. A segunda, e mais comum, é o ato administrativo: uma declaração de vontade da autoridade administrativa, que se interpõe entre a lei e o súdito. Por meio do ato, os direitos e deveres previstos abstratamente são configurados para um caso concreto.

Justamente por delimitar os direitos e deveres aplicáveis em um caso concreto, o ato administrativo contém um *conteúdo normativo*. Ou seja, apenas são qualificáveis como atos administrativos aquelas manifestações do poder estatal (expressas num comando, numa ordem), dirigidas à produção de consequências jurídicas.

É, pois, inerente ao ato administrativo a criação de vinculações jurídicas entre as partes envolvidas. Com ele são criadas, modificadas ou extintas relações jurídicas entre a Administração e o súdito (FLEINER, 1933, p. 149), por meio da determinação de direitos e/ou deveres recíprocos.

Ainda, terceiro traço característico do ato é sua *destinação a um caso concreto*. Isso significa que a ordem contida no ato é individual e concreta, direcionada a um caso específico ou a uma quantidade determinável de casos.

Com a conjugação desses três traços característicos na definição jurídica de ato foi possível diferenciar o ato administrativo dos dois outros principais instrumentos de

---

<sup>34</sup> Esses traços estão presentes também na definição trazida por Fritz Fleiner, bastante próxima daquela proposta por Mayer: “Pero en un sentido más estricto, hay que entender por acto administrativo nada más que la acción de una autoridad administrativa llevada a cabo en virtud de una facultad de soberanía encaminada a obtener un efecto jurídico” (FLEINER, 1933, p. 148).

ação administrativa, quais sejam o decreto regulamentar e a atuação material da Administração.<sup>35</sup>

Ademais, com a criação dessa figura foi possível congregiar, em um único instrumento, duas noções essenciais ao Estado de Direito que se formava. De um lado, a atribuição de contornos jurídicos à atuação da Administração Pública, agora vinculada ao princípio da legalidade. De outro, a proteção jurídica dos indivíduos, na medida em que o ato administrativo serve como porta de acesso à justiça.

*A vinculação do ato administrativo à lei* inaugura um debate dogmático que, de certa forma, perdura até os dias atuais. Trata-se do debate sobre o grau dessa vinculação, ou, em outras palavras, sobre a necessidade de a lei antever o conteúdo exato do ato administrativo.

Sobre o tema, Otto Mayer já reconhecia a dinamicidade da atuação administrativa e suas dificuldades perante a “estaticidade” da lei. Por isso, defendia o autor que a atividade da Administração não poderia ser reduzida à mera execução das leis existentes, “es necesario vivir y obrar” (MAYER, 1949, p. 80). Em contrapartida, uma atuação onerosa da Administração sem qualquer fundamento legal poderia constituir severa ameaça ao Estado de Direito.

Assim sendo, a saída encontrada pelo autor foi fundamentar a exigência de lei a partir do conteúdo do ato administrativo.

No caso de atos administrativos “benéficos”, ou seja, atos cujo conteúdo veicula uma vantagem para os indivíduos (como direito de posse ou de gozo), o ato produz efeito em razão de sua força própria, não se fazendo necessário que o ato tenha por base uma lei que delimite seu conteúdo (MAYER, 1949, p. 129). No caso de atos restritivos à liberdade e à propriedade dos indivíduos, o ato deve necessariamente estar fundamentado em uma lei autorizativa de seu conteúdo (caso de “reserva de lei”<sup>36</sup>). Em todos as circunstâncias,

---

<sup>35</sup> Dada a inadmissibilidade do contrato administrativo, ele não era visto, à época, como um instrumento de ação da Administração.

<sup>36</sup> A menos que haja consentimento do interessado, situação que o autor admite suprimir a reserva de lei.

porém, o ato deve ser emitido por quem tenha competência para tanto (MAYER, 1949, p. 127).

Portanto, a lei figura como o principal instrumento dos indivíduos contra arbitrariedades do poder estatal. Por isso, a exigência de lei sempre que a atuação estatal pudesse de qualquer forma interferir negativamente na liberdade ou propriedade dos indivíduos.

E, ao submeter a atuação estatal à lei, o ato administrativo abre caminho para sua *correção pela via jurisdicional*, sempre que essa atuação não atender aos ditames da lei. Como ressalta Fleiner (1933, p. 153) “en cualquiera de estos extremos ha de tener la orden un apoyo en la ley y puede ser impugnada por el ciudadano interesado en caso de ilegalidade o inoportunidad”.

Logo, importante papel desempenhado pelo ato foi justamente o de permitir o controle da atuação administrativa pelos tribunais judiciais. O enquadramento da atuação da Administração na figura do ato administrativo conferia ao particular por ele afetado a possibilidade de questioná-lo judicialmente na defesa de seus interesses.

Dessarte, determinava a Constituição de Weimar a necessidade de constituição de tribunais administrativos para proteção dos particulares contra as ordens (*Anordnungen*) e disposições (*Verfügungen*) das autoridades administrativas (art. 107<sup>37</sup>), ambas espécies do “gênero” ato administrativo. Em sentido contrário, caso a atuação da autoridade pública não pudesse ser enquadrada como ordem ou disposição, ela então não se sujeitava ao controle jurisdicional.

Veja-se que não havia na época a noção de amplo acesso à jurisdição contra qualquer ato de autoridade, tal como compreendida nos dias atuais.<sup>38</sup> Assim, a tipificação

---

<sup>37</sup> Art. 107: No império e nos territórios devem existir, de acordo com a lei, tribunais administrativos para proteção dos indivíduos contra as ordens e disposições das autoridades administrativas (No original: Im Reiche und in den Ländern müssen nach Maßgabe der Gesetze Verwaltungsgerichte zum Schutze der einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden bestehen).

<sup>38</sup> Nesse sentido, o art. 19, § 4.º, da Lei Fundamental alemã e o art. 5.º, XXXV, da CF/1988:

Art. 19, § 4.º, da Lei Fundamental alemã: “toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial” (No original: Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten



do ato administrativo nesse momento foi um importante passo para a abertura do acesso à jurisdição contra a atuação da Administração.

Tratava-se, na época, da única forma de atuação administrativa passível de controle judicial, pois, de um lado, havia ainda forte resistência à aceitação da figura do contrato administrativo (vide item 1.2.2 a seguir) e, de outro, não se previa qualquer meio de proteção jurídica dos cidadãos em face do poder regulamentar da Administração. Por conseguinte, a tipificação do ato, mesmo que representativa de uma forma de atuação administrativa marcada pelo viés da autoridade, servia como importante meio de proteção dos indivíduos perante a Administração: havia algo contra o que se insurgir.

Esse aspecto é reforçado por Vasco Pereira da Silva (2003, p. 45-46) ao tratar da dupla função do ato administrativo no Estado liberal. Em suas palavras:

Por um lado, ele [ato administrativo] é visto como um “privilégio da Administração”, manifestação do poder administrativo no caso concreto, um acto unilateral cujos efeitos são susceptíveis de ser impostos aos particulares por via coactiva. Por outro, ele constitui um instrumento de garantia dos particulares, na medida em que abre a via de acesso à Justiça, permitindo a defesa dos privados relativamente às actuações administrativas lesivas dos seus direitos. Assim, a noção de acto administrativo do Estado Liberal (à semelhança, aliás, do próprio contencioso, que funcionou como seu berço) apresenta-se, simultaneamente, como manifestação do poder administrativo e instrumento de garantia dos particulares.

Como manifestação do poder estatal, o ato administrativo foi inevitavelmente marcado por *traços de autoridade* pela dogmática clássica.<sup>39</sup> Entretanto, a reconstrução histórica da sua origem permite inferir que tais traços não decorrem do ato em si, que detém um carácter meramente instrumental, mas da própria qualidade da autoridade pública emanante do ato e do modo como ela (autoridade) se coloca perante seus cidadãos.

---

verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt).

Art. 5.º, XXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>39</sup> Já dizia Fritz Fleiner (1933, p. 156) que “las órdenes de las autoridades administrativas contienen disposiciones soberanas, de autoridad, que se dictan para casos particulares concretos”. Enquanto disposição soberana “hasta que oficialmente se declare tal nulidade o revocación, la orden ha de ser considerada como dotada de validez jurídica” (FLEINER, 1933, p. 165).

Na afirmação evidente do ato administrativo como manifestação da vontade estatal está embutida uma constatação menos evidente que é o fato de que a natureza dessa vontade depende essencialmente da qualidade de quem a emana.

Portanto, o ato administrativo não veio para fundamentar a relação de sujeição dos indivíduos perante a Administração, que, como visto, era pressuposta. Todavia, por estar inserido numa relação assim marcada, ao ato foi atribuída essa imagem de “expressão da autoridade”.

A inovação do conceito não está na afirmação do caráter autoritário da manifestação estatal, e sim na necessidade de adequação e compatibilização dessa manifestação com a lei formal editada pelo parlamento. O ato administrativo é apenas uma forma de expressão desse poder soberano, agora com a exigência de conformidade com o direito. Com a figura do ato administrativo foi possível explicar a vinculação do Executivo ao direito, sem, com isso, violar a soberania do Estado.

Diante do exposto, pretende-se traçar três importantes conclusões sobre tão mencionado caráter autoritário do ato administrativo.

Primeiro, que essa autoridade não é causa, mas consequência da posição de supremacia da Administração.

Segundo, que esse caráter autoritário é fruto de abstração dogmática, construída num contexto histórico específico (Estado Liberal de Direito) e sem qualquer fundamento em lei.

Terceiro, que, dado o caráter instrumental do ato, esse viés autoritário é mutável conforme sejam alterados os pressupostos sob os quais ele se fundamenta, em especial as funções desempenhadas pelo Estado-Administração e o modo como se relaciona com os particulares submetidos ao poder estatal. A autoridade não faz parte da essência do ato, é uma qualidade circunstancial.

### 1.2.2 Contrato administrativo

Nesse momento inicial de consolidação do método jurídico de estudo do direito alemão, é possível perceber uma grande relutância da doutrina administrativista em reconhecer e aceitar a figura do contrato administrativo. Marcante no período o debate travado diretamente entre Paul Laband (1911) e Otto Mayer (1888).

Desde a primeira edição de seu livro *Staatsrecht des deutschen Reiches*, de 1878, Laband já admitia a possibilidade de o Estado se valer da figura contratual para manifestação de sua vontade.<sup>40</sup> Para o autor, tudo o que o Estado possa querer e fazer é passível de ser contemplado no objeto de um contrato.<sup>41</sup>

O principal argumento utilizado por Laband para admitir a figura do contrato administrativo é também empregado por Otto Mayer para rechaçar essa possibilidade: a supremacia estatal. Para Laband, o Estado, em sua supremacia, poderia se valer da fórmula jurídica que quisesse para expressar sua vontade.

Apesar de reconhecer a figura contratual, os exemplos utilizados pelo autor para justificar a existência do contrato são bastante restritos. Eles envolvem os contratos celebrados entre entes estatais (contratos internacionais – *Staatsvertrag*) e, no âmbito interno do Estado, a contratação de servidores públicos e a naturalização de indivíduos (LABAND, 1911, p. 189).

Em sentido diametralmente oposto posiciona-se Otto Mayer em texto direcionado a enfrentar abertamente a posição sustentada por Laband.

Para tanto, o autor parte da distinção entre direito civil e direito administrativo. Para Mayer (1888, p. 31), a Administração submete-se ao direito civil sempre que se relaciona com os indivíduos em posição de igualdade jurídica, o que acontece quando essa atuação envolve questões pecuniárias.

---

<sup>40</sup> Foram consultadas a primeira e a quinta edição de seu livro, de 1878 e 1911, respectivamente. Após esse período, houve ainda novas edições da obra, póstumas ao autor, cuja atualização coube a Otto Mayer.

<sup>41</sup> Nas palavras do autor: “[...] so ist auch alles, was der Staat überhaupt wollen und tun kann, geeignet, zum Gegenstand eines Staatsvertrags gemacht zu werden” (LABAND, 1911, p. 125).

Nos demais casos, porém, a Administração se porta com superioridade diante dos seus súditos. Os direitos por ela detidos são direitos superiores: apenas a ela compete impor regra jurídica vinculativa no caso concreto, por exemplo, por meio de ordens e concessões. Assim, sempre que presente esse traço de superioridade, o direito aplicável à Administração é o direito administrativo.

E, segue o autor, no âmbito das relações jurídicas, só existe um instrumento jurídico-público de ação estatal: a ordem (*Befehl*).<sup>42</sup> Para comprovar sua afirmação, o autor passa então a investigar a natureza do ato que constitui a relação de carreira pública (servidor público): seria um ato administrativo ou um contrato administrativo?

A divergência decorre do fato de que a entrada na carreira pública depende da aceitação do particular. Para Mayer, porém, essa dependência da aquiescência do particular impede que a relação de emprego público tenha por fundamento um contrato administrativo.

Isso porque o contrato pressupõe consenso mútuo das partes, e, para ele, consenso é algo mais do que a mera concordância de uma das partes afetadas. Para haver consenso deve ser conferida a ambas as partes a possibilidade de criar vinculações jurídicas recíprocas. Para que possa ser parte num contrato o Estado precisaria conceder ao indivíduo a possibilidade de colaborar na formação da relação jurídica, algo que é inimaginável no campo do direito administrativo (MAYER, 1888, p. 40-41).

Daí a conclusão do autor de que “verdadeiros contratos do Estado no campo do direito público é absolutamente inconcebível” (MAYER, 1888, p. 42). Mesmo no caso da contratação de servidor público está-se diante de um ato administrativo, em que a concordância do particular afetado é condição para sua validade (MAYER, 1888, p. 56).

Em sentido semelhante posiciona-se Fritz Fleiner. Para esse autor (1933, p. 169), apenas é possível falar em contrato se a vontade de cada uma das partes possui a

---

<sup>42</sup> Nas palavras do autor: “In dem Verhältnisse der Verwaltung zu den Unterthanen gibt es nur eine einzige eigenthümlich öffentlichrechtliche Form staatlicher Einwirkung; das ist der Befehl” (MAYER, 1888, p. 4-5).

mesma força jurídica para formação da relação jurídica, o que “não ocorre geralmente nas relações de direito público, porque são reguladas unilateralmente pela vontade do Estado”.

Logo, para o autor, os casos usualmente citados pela doutrina para comprovar a existência de contratos públicos são atos administrativos unilaterais cuja legitimidade está sujeita ao consentimento do interessado (FLEINER, 1933, p. 169).

Cabe ressaltar, porém, que, não obstante esses autores apresentarem fortes resistências à figura do contrato administrativo (o que refletiu por muito anos na teoria dos contratos administrativos germânica), eles próprios aceitavam a figura do contrato de direito privado, especialmente quando as questões envolvidas eram questões pecuniárias. Assim, as principais figuras hoje consideradas contratos administrativos, por exemplo, o fornecimento de bens, a prestação de serviços e a realização de obras eram vistas como contratos de direito privado, regidos, pois, pelo direito civil.<sup>43</sup>

Ou seja, mesmo sem reconhecer a figura do contrato administrativo, os autores aqui contemplados admitiam a possibilidade de a Administração contratar com particulares bens e insumos necessários ao desempenho de suas atividades, sob o fundamento de que, nesses casos, a Administração se coloca em situação de igualdade com o particular, de modo que os contratos por ele celebrados são contratos de direito privado.

Isso posto, ao mesmo tempo que doutrina majoritária negava a existência de contratos administrativos, admitia-se que a Administração poderia recorrer aos contratos de direito privado. A aceitação da figura do contrato administrativo vem apenas mais tarde, quando se passou a admitir a contratualização de tarefas verdadeiramente públicas.

### *1.2.3 Regulamento*

Enfim, com relação ao terceiro instrumento jurídico de atuação administrativa aqui abordado, percebe-se que, na época da dogmática clássica, seu estudo era feito exclusivamente pelo viés das fontes do direito administrativo. Enquanto o ato administrativo era visto como o principal instrumento pelo qual o Estado-Administração se

---

<sup>43</sup> Nesse sentido: Laband (1911, p. 189) e Mayer (1888, p. 34).

relacionava com seus súditos, o regulamento administrativo estava inserido no estudo das fontes do direito, ao lado da lei e dos costumes.<sup>44</sup>

Reconheciam-se, à época, dois tipos de regulamentos (atos normativos gerais e abstratos): o decreto (*Rechtsverordnung*) e o estatuto autônomo (*Satzung*).

Por decreto entende-se “un acto del Estado que tiene fuerza obligatoria general y no se emite en forma de ley” (MAYER, 1949, p. 165). Ele pressupõe uma delegação do Poder Legislativo para que o Executivo regule determinada matéria de modo geral e abstrato. Como a lei, o decreto é norma jurídica direcionada à coletividade.

Segundo Mayer (1949, p. 166), essa delegação pode ser expressa, quando a própria lei autoriza sua complementação por decreto do Executivo, ou tácita, assim compreendida a autorização constitucional para que, uma vez promulgada a lei, o Executivo estabeleça as regras de direito necessárias à sua execução. De todo modo, expressa ou tacitamente deve haver uma autorização legislativa para que a autoridade administrativa edite norma jurídica com caráter geral e abstrato, e essa delegação deve indicar tanto a pessoa autorizada quanto o conteúdo e o alcance da delegação.

Para Fleiner, várias seriam as razões a justificar a delegação da competência normativa do Legislativo ao Executivo, por exemplo: (i) a necessidade de se dispor de um organismo mais simples que possa criar direito com mais facilidade e prontidão que o aparato do Poder Legislativo, especialmente quando seja conveniente regular situações suscetíveis a uma rápida variação; (ii) a conveniência de que à regulação de determinada matéria seja conferida certa abertura que permita levar em consideração as necessidades e concepções das distintas localidades; (iii) o fato de que para regular aspectos técnicos as autoridades administrativas, que estão mais em contato com a realidade, possuem melhores elementos de juízo que o legislador (FLEINER, 1933, p. 60).

---

<sup>44</sup> Assim, por exemplo, a sistematização adotada por Fleiner (1933, p. 56 e ss.). Sua obra é dividida em duas partes: parte geral e parte especial. A parte geral é composta por quatro capítulos: 1. Ideias fundamentais; 2. Sujeitos da Administração Pública; 3. Relações fundamentais entre a Administração Pública e seus cidadãos; 4. Proteção jurídica. A parte especial, por sua vez, é dividida em dois capítulos: 1. Estabelecimentos públicos; e 2. As obrigações administrativas dos cidadãos. O ato e o contrato administrativo são objeto de estudo do capítulo 3 da parte geral, enquanto o regulamento o é no capítulo 1 dessa mesma parte.

Ao lado do decreto, a doutrina administrativista germânica reconhece o estatuto autônomo (*Satzung*). A possibilidade de editar *Satzung* decorre da autonomia conferida a certos entes da Administração Pública, como as corporações administrativas autônomas (Municípios e Províncias).

Como destaca Fleiner (1933, p. 65), essas corporações exercem um poder corporativo autônomo sobre seus membros, no qual está incluída também a faculdade de criar direitos. Esses direitos devem estar circunscritos aos membros da corporação e ter por objeto os assuntos próprios da Administração autônoma.

Portanto, diferentemente do que ocorre no caso do decreto, por meio do estatuto autônomo a autoridade administrativa regula assunto próprio, em seu nome (e não em nome do Estado), restrito aos indivíduos que se situam sob seu poder. As normas editadas pelas corporações autônomas têm força de lei.

Enfim, seja por meio de decreto, seja por meio de estatuto autônomo, fato é que a doutrina clássica reconhecia a possibilidade de as autoridades administrativas criarem normas jurídicas gerais e abstratas. Tais normas implicavam a criação de direito e, por essa razão, tanto o decreto quanto o estatuto eram reconhecidamente aceitos como fontes do direito administrativo.

## **Capítulo 2**

### **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Conforme indicado brevemente na Introdução, o recorte temporal aqui adotado corresponde àquele realizado por Fernando Dias Menezes de Almeida, em sua obra dedicada ao estudo da formação da teoria do direito administrativo no Brasil.

O período abrangido, que vai de 1930 até a instauração da ordem constitucional hoje vigente, engloba momentos políticos e sistemas constitucionais bastante distintos entre si. Todavia, entende-se pertinente o tratamento unificado do período pelas mesmas razões desenvolvidas por Menezes de Almeida.

Em linhas gerais, entende o autor que a homogeneidade identificada no período se refere à conformação de um Estado mais intervencionista, voltado também à realização de direitos econômicos e sociais. Os diversos regimes políticos abarcados no período são marcados, pois, pela presença mais forte do Estado no domínio econômico e social. Foi também nesse período que ocorreu um adensamento da teoria do direito administrativo brasileira, o que levou o autor a sustentar haver certa continuidade teórica na formação dessa teoria (MENEZES DE ALMEIDA, 2015, p. 241 e ss.).

#### **2.1 Pressupostos teóricos à abordagem da atuação administrativa**

##### *2.1.1 Consolidação da autonomia científica de um direito administrativo em formação*

De acordo com Menezes de Almeida (2015, p. 243), a partir de 1930 é possível identificar um movimento de formação da continuidade teórica do direito administrativo brasileiro, marcado pelo adensamento da teoria do direito administrativo, agora mais próxima da experiência social e política do País.

Nesse período, destaca Menezes de Almeida (2015, p. 250), é possível identificar um conjunto de obras, maioria naquele período, ensejadoras de formulações teóricas cientificamente neutras e que transitam por um acervo de conhecimento supostamente de caráter universal.



Nessas obras é possível identificar a apresentação de conceitos, classificações e interpretações pelos autores com certa independência científica em relação aos demais ramos do conhecimento, o que permitiu ao autor identificar nesse período um marco de continuidade na formação teórica do direito administrativo brasileiro (MENEZES DE ALMEIDA, 2015, p. 255).

Nesse momento histórico, portanto, é possível encontrar um acervo teórico mais substancial sobre os principais temas do direito administrativo, abordados muitas vezes em forma de tratados bastante extensos e que se utilizam de uma “abordagem enciclopédica da matéria” (MENEZES DE ALMEIDA, 2015, p. 248).

Diferentemente do contexto alemão, percebe-se nesse período uma postura dos autores mais preocupada em demonstrar a abrangência e solidez do conhecimento até então acumulado, do que em propor uma organização científica desse conhecimento, por meio de tratamento sistemático à matéria, por exemplo.

Após o período de iniciação da formação da ciência do direito administrativo no Brasil, constata-se nesse momento histórico uma preocupação dos autores de demonstrar domínio dessa ciência, o que lhes permite dar continuidade ao seu processo formativo. Ainda não se alcança, contudo – como aponta Menezes de Almeida –, o ponto de maturidade da teoria, que o autor identifica apenas nos dias atuais.

Se, por um lado, há um perceptível incremento no tratamento científico conferido ao direito administrativo à época – seja por sua abordagem mais neutra, seja pela maior densidade do seu conteúdo –, por outro percebe-se a ausência de coordenação e sistematização desse tratamento.

Portanto, não é possível identificar no direito administrativo brasileiro – até os dias atuais, aliás – uma única teoria voltada à análise da atuação administrativa de maneira geral. Ou seja, uma teoria que busque examinar as diferentes formas de interação da Administração Pública com os administrados, extraindo daí abstrações e sistematização que permitam sua abordagem unificada, sob uma mesma chave de análise.

Existem, é certo, teorias autônomas relacionadas a esse tema, como a teoria do ato administrativo, a teoria do contrato administrativo e a teoria do regulamento. Fala-se também, e cada vez mais, sobre a atuação consensual da Administração, mas sem que isso leve à formulação de uma teoria propriamente dita, que reflita de modo mais abrangente e em termos conceituais (por meio de abstrações técnico-jurídicas) sobre os meios de interação da Administração com os administrados.

Como destaca Menezes de Almeida (2015, p. 255), nessa abordagem mais enciclopédica e cientificamente neutra do direito administrativo observa-se que os textos dos autores comportam construções que contêm conceitos, classificações e interpretações propostos por diversos autores, tanto nacionais como estrangeiros, de modo que o leitor possa ter uma visão panorâmica do tema apresentado, seguida então do posicionamento do próprio autor da obra.

É ainda bastante perceptível nesse período a influência da doutrina estrangeira na formação da teoria do direito administrativo brasileiro. Nos tratados e cursos de direito administrativo é comum que o tratamento de cada tema se inicie com a apresentação de sua compreensão no estrangeiro, para que então os autores passem à ponderação sobre sua aplicação ao direito brasileiro.

Veja-se, por exemplo, a obra de José Cretella Júnior (1967, p. 22 e ss.). Ao tratar da definição do direito administrativo, o autor apresenta as diversas definições elaboradas por autores estrangeiros a partir de classificações por ele criadas. A visão dos franceses, por exemplo, pode ser apreendida do “critério legalista” ou do “critério dos serviços públicos”. Os alemães estão representados no “critério das relações jurídicas”. E assim sucessivamente, a partir dos critérios adotados, o autor mostra a visão da doutrina estrangeira, para, então, expor sua conceituação.

Ao abordar as classificações do ato administrativo, Cretella Júnior (1967, p. 133), após discorrer sobre as classificações sustentadas por autores estrangeiros e nacionais, apresenta sua própria classificação que busca agrupar as visões anteriormente assinaladas.

O mesmo ocorre na abordagem do contrato administrativo por Themístocles Brandão Cavalcanti (1973, p. 243 e ss.). Antes de expor sua visão sobre o contrato administrativo, o autor aborda a teoria de diversos autores como Duguit, Hauriou, Fleiner, Otto Mayer. Somente após a exposição de todas essas visões é que se passa à formulação de conceitos próprios.

A análise dessa abordagem leva também a outra constatação: a influência preponderante da doutrina na formação do direito administrativo brasileiro. Percebe-se que muitos dos institutos do direito administrativo, como o ato e contrato administrativo (e como adiante se verá), foram construídos a partir de formulações doutrinárias, só depois acompanhadas pela jurisprudência e reconhecidas pelo direito positivo brasileiro.

Parte-se, muitas vezes, de conceitos construídos pela doutrina estrangeira, que são recepcionados pela ciência do direito administrativo brasileiro e apenas mais tarde recebem então tratamento legislativo.<sup>45</sup>

Exemplo típico dessa situação – tratamento majoritariamente doutrinário a certo tema do direito administrativo – é o contrato administrativo. Menezes de Almeida (2012, p. 168-169) expressa esse entendimento:

Da análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais referidos, percebe-se, como de início indicado, que a teoria do contrato administrativo, nos moldes franceses, sobretudo, foi progressiva e majoritariamente sendo acolhida no Brasil, ao longo do século XX, resultando no tratamento legislativo surgido (somente) na década de 80.

As constatações aqui apontadas permitem identificar uma diferença de método na abordagem científica do direito administrativo pela doutrina alemã e brasileira. Na Alemanha verifica-se uma preocupação efetiva com o método de estudo do direito administrativo, enquanto no Brasil a preocupação parece estar ainda centrada numa etapa anterior, de autoafirmação da doutrina quanto ao domínio da ciência do direito administrativo.

---

<sup>45</sup> Nesse mesmo sentido, Menezes de Almeida (2012, p. 50-51): “o Direito administrativo brasileiro, sobretudo nas primeiras décadas do século XX, é antes decorrente de formulação doutrinária, consolidada jurisprudencialmente – tomando-se, na prática, as afirmações da doutrina como dogma –, do que decorrente de produção legislativa, a qual, a seu turno, quando surge, em grande medida é influenciada pelas teorias elaboradas em doutrina e acolhidas na jurisprudência”.

Como dito, atribui-se a Otto Mayer a criação do método jurídico de análise do direito administrativo, método esse preocupado em ir além da mera compilação da matéria e legislação: buscava-se, agora, a formulação de abstrações que assegurassem não só a autonomia científica desse ramo do direito, mas também seu tratamento uniforme e sistemático.

É certo que, para tanto, a doutrina administrativista na época também se valeu de conceitos, institutos e classificações já consolidados na teoria geral do direito, ou no direito administrativo francês, cuja influência em Otto Mayer é indiscutível.<sup>46</sup> Ainda assim, há uma efetiva preocupação do autor na validação científica dos institutos e no tratamento sistemático da matéria.

No Brasil, como visto, há um inegável acúmulo de conhecimento entre os doutrinadores, especialmente a partir da década de 30 do século XX, o que é refletido na abrangência e profundidade das obras produzidas nesse período histórico. Ainda assim, a preocupação da ciência nesse período parece estar centrada no mapeamento da matéria e na formação da opinião pessoal de seus autores sobre os mais diversos temas do direito administrativo. Ainda não se vislumbra, nesse período, uma preocupação em conferir tratamento sistemático ao direito administrativo de maneira geral.

Como traço comum, é possível afirmar que o momento inicial de formação do direito administrativo, tanto no Brasil quanto na Alemanha, é impulsionado sobretudo pela doutrina, que formula suas abstrações com grande independência da lei.

### 2.1.2 *Direito administrativo marcado pelas prerrogativas públicas*

No período clássico, a produção doutrinária em matéria de atuação administrativa é assinalada também pela forte presença das prerrogativas públicas como marco teórico de justificação do modo de agir do Estado.

---

<sup>46</sup> Vale lembrar que a primeira obra do autor publicada, em 1886, foi sobre o direito administrativo francês (*Theorie des französischen Verwaltungsrecht*). Só em 1895 e 1896, respectivamente, o autor publicou o primeiro e segundo volume do seu livro sobre o direito administrativo alemão.

Na concepção que se tinha na época, ditas prerrogativas públicas seriam consequência do poder político detido pela Administração Pública, enquanto ente estatal, e da sua posição de supremacia na relação administrativa. Desse poder administrativo resultariam as prerrogativas públicas exorbitantes do direito comum, traço marcante e distintivo do agir administrativo quando em comparação com o agir das pessoas privadas.

Nas palavras de José Cretella Júnior as prerrogativas públicas designam

[...] a situação toda especial que cerca a Administração, dotando-a de atributos necessários e suficientes para conferir-lhe uma série de *prerrogativas* – e também de *restrições* ou de *sujeições* –, exorbitantes do direito comum, inexistentes nas pessoas jurídicas de direito privado. A Administração pode e o particular não pode tomar uma série de medidas, quando sujeitos de uma relação jurídica; a Administração, entretanto, que desfruta de posição privilegiada na relação jurídica, está sujeita a inúmeras restrições ou imposições, ausentes nas relações jurídicas do direito privado (CRETILLA JÚNIOR, 1971, p. 18).

Por essa perspectiva, as prerrogativas públicas consistiriam em verdadeiros privilégios conferidos à Administração para exercício de suas funções, como consequência da posição de superioridade por ela ocupada na relação jurídica com o administrado.

Em defesa da utilidade prática desses privilégios, Themístocles Brandão Cavalcanti (1973, p. 113) afirma não ser possível considerá-los como excessivos, na medida em que tais privilégios correspondem aos graves ônus a que se sujeita a Administração na defesa e proteção dos interesses coletivos, além de constituírem, muitas vezes, imperiosa necessidade para que o poder público possa realizar seus fins.

Passagens como essas, comuns dentre a dogmática administrativista no período, demonstram como a ideia de prerrogativa pública estava imbricada no próprio conceito de direito administrativo, funcionando como o principal critério de distinção desse ramo de estudo científico do direito, especialmente quando em comparação com o direito civil. Prerrogativas públicas, supremacia estatal e regime jurídico especial (derrogatório do direito comum) eram expressões sempre interligadas entre si, representantes do modo de ser e de agir do Estado-Administração.

Conforme indicam os próprios autores do período, as prerrogativas públicas destacam-se por duas notas características fundamentais: a exorbitância e a instrumentalidade.<sup>47</sup>

A exorbitância está relacionada à própria concepção de direito administrativo da época, formado por um conjunto de instrumentos, institutos, princípios e regras exorbitantes do direito comum, eis que voltados à realização do interesse público. Ainda com a preocupação de limitar o objeto de estudo científico do direito administrativo (e, com isso, reafirmar sua autonomia relativamente aos demais campos de estudo do direito), o direito administrativo era marcado essencialmente pela exorbitância, pela supremacia estatal, e as prerrogativas públicas eram um meio de assegurar a manutenção dessa relação de superioridade, que se justificaria em razão da qualidade dos interesses tutelados pela Administração Pública.<sup>48</sup>

Por sua vez, a instrumentalidade ressalta justamente o papel auxiliar das prerrogativas públicas, no sentido de servirem como instrumento para viabilizar e otimizar a atuação administrativa no alcance do interesse público por ela tutelado. Por essa perspectiva, as prerrogativas justificar-se-iam na medida em que cumprissem uma função instrumental de prover a Administração Pública dos meios e instrumentos necessários à consecução dos seus fins.

Se, por um lado, a Administração, com sua atuação, assume o ônus de promover e alcançar o interesse público (eis a razão última da função administrativa), de outro caberia à ordem jurídica prover-lhe dos “poderes instrumentais” (MEIRELLES, 1976, p. 80) para tanto. Hely Lopes Meirelles desenvolve essa lógica:

[...] para bem atender ao interesse público, a Administração é dotada de *poderes administrativos* – distintos dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas. Daí o serem considerados *poderes instrumentais*, diversamente dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos,

---

<sup>47</sup> Sobre o tema, conferir o brilhante trabalho de Juliana Bonacorsi de Palma (2015).

<sup>48</sup> Nesse sentido, vide, por todos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem: “ao contrário, se leva a efeito diverso, de superioridade, autoritário, quando a outra parte em confronto tem posição social diferente, segundo a finalidade que busca, menos geral, ou mesmo, particular ou individual, que a coloca, então, de certo modo, em situação dependente, ante a prevalência do interesse mais geral sobre o menos geral, e, principalmente, sobre o particular ou individual” (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 25).

porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional (MEIRELLES, 1976, p. 80).

Como se vê, a ideia de instrumentalidade está associada à de funcionalidade, no sentido de servirem as prerrogativas públicas como verdadeiros “instrumentos de trabalho”, que se justificam ante a relevância dos fins visados pela atuação estatal. Na relação com os administrados, a Administração é, pois, beneficiada com uma série de privilégios que a colocam numa posição de superioridade.

São justamente as prerrogativas públicas que justificam e fundamentam a atuação administrativa mediante atos unilaterais autoexecutáveis, sem os quais a “Administração ficaria inerte, paralisada” (CRETELLA JÚNIOR, 1971, p. 20). Elas estão presentes nos mais diversos conceitos e institutos do direito administrativo, tais como: autoexecutoriedade dos atos administrativos, presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, poder expropriatório, poder de polícia, poder de modificação e rescisão unilateral dos contratos administrativo, requisição de bens e serviços, poder de autotutela, poder de polícia, entre outras.

As prerrogativas públicas reforçam a ideia de que a relação Estado-indivíduo é, necessariamente, uma relação de poder, marcada pela desigualdade da situação jurídica e pela diferença do valor atribuído aos interesses de cada um dos sujeitos dessa relação. A Administração soberana desfruta de uma posição de supremacia na relação com particulares e os interesses públicos por ela tutelados devem prevalecer sobre os interesses individuais e concretos dos administrados.

Sob essa perspectiva, percebe-se uma aproximação da dogmática administrativista germânica e brasileira, ao tempo aqui estudado e em matéria de atuação administrativa: ambas partem do pressuposto de que a relação jurídico-administrativa é, por essência, uma relação desigual. E, por ser desigual, à Administração seriam conferidos poderes especiais voltados a garantir o alcance da finalidade pública por ela perseguida.

## 2.2 Tratamento dogmático dos instrumentos de atuação administrativa

### 2.2.1 *Ato administrativo*

O desenvolvimento teórico do ato administrativo, nos seus primórdios, pressupõe a delimitação das funções estatais e se baseia, em parte, em elementos da teoria dos atos jurídicos construída pelo direito civil.

Entendia-se, naquele momento, que a função administrativa do Estado era dominada pelo princípio da legalidade, assim compreendida a submissão das decisões administrativas a parâmetros de legalidade, formados “por um conjunto de regras de direito, consubstanciadas, em sua maior parte, nas leis formais” (CRETELLA JÚNIOR, 1967, p. 14).

Como consequência desse entendimento, sustentava-se que todas as atividades das autoridades administrativas deveriam obedecer às regras jurídicas previamente delimitadas, cabendo à Administração apenas a tarefa de “aplicar a lei de ofício” (SEABRA FAGUNDES, 1967, p. 16). A função administrativa era compreendida, pois, como “espécie do gênero funções de execução” (SEABRA FAGUNDES, 1967, p. 19), voltada à concretização da vontade geral e abstrata contida na lei em sentido formal.

Assim delimitada a função administrativa, os doutrinadores passavam então à definição do ato administrativo, considerado o principal produto do exercício da função administrativa.<sup>49</sup> Para tanto, a dogmática administrativista clássica valia-se, em grande medida, da teoria civilista dos atos jurídicos.

O caminho percorrido pelos doutrinadores à época era bastante similar: a distinção entre fato e ato jurídico do direito civil era transposta para o direito administrativo com o adjetivo “administrativo”, e, após apresentação do que se entendia por fato administrativo, a doutrina passava à abordagem do conceito de ato administrativo, que, em geral, continha o seguinte conteúdo básico: “aquele pelo qual o Estado estabelece ou modifica uma situação jurídica individual, ou, ainda, concorre para a sua formação”

---

<sup>49</sup> Nas palavras de Caio Tácito (1975, p. 55): “O ato administrativo é a forma primária de exercício da função administrativa, que por seu intermédio adquire objetividade”.



(TÁCITO, 1975, p. 56).<sup>50</sup> Ou, ainda: “a manifestação da vontade do Estado, enquanto poder público, individual, concreta, pessoal, na consecução do seu fim, de criação de utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito” (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 413).

Embora nesse período a doutrina administrativista já reconhecesse a figura do contrato administrativo, o ato administrativo era tido como a forma primária de exercício da função administrativa (TÁCITO, 1975, p. 55) e seu estudo “o problema fundamental do direito administrativo” (CAVALCANTI, 1973, p. 35).

O ato administrativo era visto como o principal instrumento de exteriorização da vontade do Estado-Administração em suas relações com particulares, e, por essa razão, havia uma grande preocupação da dogmática clássica de assegurar a legalidade e a efetividade da ação administrativa via ato administrativo.

Essa preocupação se exteriorizou nos denominados atributos do ato administrativo (presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade), bastante presente na doutrina administrativista desse período. Tais atributos tinham por fundamento a soberania estatal, por meio da qual se reconhecia que a vontade estatal seria, em essência, superior à vontade privada, donde decorre a posição de supremacia da Administração Pública dentro do território do Estado e, especialmente, em suas relações com indivíduos situados dentro desse território.

Segundo o entendimento na época, os atributos do ato administrativo seriam simples desdobramentos dessa posição de supremacia da Administração e se justificariam em razão dos superiores interesses tutelados pela Administração, que não seriam alcançados se, à simples oposição do sujeito passivo, carecesse o administrador de meios coercitivos imediatos para garantir a execução da atividade administrativa (SEABRA FAGUNDES, 1967, p. 216).

Como consequência da presunção de legitimidade, pressupõe-se que, até prova em contrário, os atos administrativos são legítimos (e, portanto, válidos) pelo simples fato

---

<sup>50</sup> Em sentido bastante semelhante seabra fagundes (1967, p. 37): “os atos administrativos são aqueles através dos quais o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para a sua formação”.

de emanarem de autoridades administrativas revestidas do poder estatal. Em razão da autoexecutoriedade, admite-se que a Administração está autorizada a, por meios próprios, pôr em execução os atos administrativos por ela editados. Com isso, a decisão administrativa se aproximaria de um título executivo, no sentido de conter, ela própria, força executória, no caso, porém, passível de ser exercida diretamente pela Administração, sem intervenção do Judiciário, salvo raras exceções.<sup>51</sup> A imperatividade, por seu turno, consiste na força obrigatória do ato com relação ao seu destinatário.

No tocante especificamente a esses dois últimos atributos, ressalta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que a imperatividade e a autoexecutoriedade se justificam por razões de ordem jurídica, política, social, administrativa e econômica:

Jurídica, em face da presunção de legitimidade dos atos públicos; política, ante a necessidade de satisfazer o bem comum; social, pela circunstância de que o uso da força pela Administração não perturba a ordem social; administrativa, porque há casos em que só se realiza o interesse coletivo pela aplicação do ato administrativo; econômica, em virtude da possibilidade de indenização do dano por parte do poder público (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 543-544).

Vê-se que, em última instância, os atributos do ato administrativo decorrem da posição suprema do Estado inerente ao seu papel de promotor e garantidor do interesse público. O Estado, como entidade suprema destinada à promoção do interesse público, necessita de meios para tornar efetiva sua finalidade, e os atributos do ato se enquadram, justamente, nesses meios.

O foco no ato administrativo não condenou ao esquecimento os atos materiais da Administração, inclusive aqueles preparatórios à tomada de decisão. Ao tema, contudo, simplesmente não foi dada a mesma atenção em comparação com o ato administrativo. Admitia-se a sua existência, que logo era condenada à insignificância. Tais atos, segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 415), são “partes do procedimento jurídico-administrativo, quando supõe uma série de operações, mas só a manifestação de vontade tem relevância jurídica”.

---

<sup>51</sup> Por exemplo, a cobrança de multas ou tributos.

Tratando-se de procedimento jurídico-administrativo, havia autores, como José Cretella Júnior (1967), que chegavam a dedicar um título ao tema.<sup>52</sup> Contudo, sua aceitação era restrita ao tema do funcionalismo público e, mais especificamente, à aplicação de sanção disciplinar. Embora reconhecido, o processo era a indicação de uma anomalia, de que “houve algo de anômalo no serviço público e que alguém precisa responder pela irregularidade verificada” (CRETELLA JÚNIOR, 1967, p. 394).

### 2.2.2 *Contrato administrativo*

Como aponta Menezes de Almeida em sua obra dedicada ao estudo do contrato administrativo, a partir do recorte temporal adotado nesta dissertação (1930), é possível identificar no Brasil a aceitação da figura do contrato administrativo pela doutrina majoritária que, influenciada pelo direito francês, reconhecia o contrato administrativo como sujeito a um regime jurídico-administrativo especial. Essa situação se manteve até meados da década de 1980, quando o autor passa a identificar um aumento na complexidade no fenômeno contratual da Administração (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 157).

Marcante nesse período para a consolidação da aceitação da figura do contrato administrativo é a tese desenvolvida por Mário Masagão para a cátedra de direito administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo, versando sobre a “natureza jurídica da concessão de serviço público”.

Como o título indica, o objetivo da tese não é apenas abordar a concessão de serviço público, mas, especialmente, investigar sua natureza jurídica: trata-se de ato administrativo? Ou de contrato? É possível à Administração Pública contratar com os particulares? Donde conclui o autor que “a natureza da concessão de serviço público é a de um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo e realizado *intuito personae*” (MASAGÃO, 1933, p. 101).

Percebe-se que, a partir desse período, os autores administrativistas passam a aceitar sem grandes dificuldades a figura do contrato administrativo, contemplando-a em

---

<sup>52</sup> Na primeira edição do *Curso*, por exemplo, o autor dedica todo o título sexto ao estudo do processo administrativo (p. 385-420).

suas obras dedicadas ao direito administrativo, que passam a ter, em regra, um capítulo específico destinado ao tema.

Nesse sentido, Fernando Henrique Menezes de Almeida (1956, p. 168 e ss.), José Guimarães Menegale (1957, p. 349 e ss.), José Cretella Júnior (1967, p. 238 e ss.), Caio Tácito (1975, p. 292 e ss.).

Também parece ser consenso entre esses autores não só o reconhecimento da figura do contrato administrativo, mas sua submissão a um regime jurídico especial, derogatório do direito civil e que confere à Administração Pública prerrogativas especiais perante os particulares com ela contratantes.

O aspecto derogatório do direito privado está presente, por exemplo, em Masagão (1960, p. 302), para quem o contrato de concessão de serviço público, por sua finalidade, por seu objeto e pela natureza das relações por ele estabelecidas, não se subordina às normas de direito privado; ao contrário, está submetido à regência integral do direito público.

Sobre o aspecto da exorbitância, diz Caio Tácito (1975, p. 292) que, como o contrato administrativo pressupõe a satisfação do interesse público, é inerente a essa figura contratual a existência de cláusulas especiais aptas a assegurar prerrogativas próprias, exorbitantes do direito comum, à Administração Pública.

Também com fundamento na primazia do interesse público sobre o privado conclui Tito Prates da Fonseca (1939, p. 426) pela “distensão” do contrato “pelos campos do direito público”, marcados pela assimetria das posições ocupadas pelas partes contratantes.<sup>53</sup>

Percebe-se que o caminho construído pelos autores para se chegar a essas conclusões é bastante parecido: percorre-se a divergência doutrinária outrora existente sobre a existência do contrato de direito público, aborda-se, na sequência, a teoria

---

<sup>53</sup> Nas palavras do autor, a característica do contrato administrativo “está na finalidade da convenção e na igualdade proporcional, e não quantitativa, aritmética, dos direitos das partes” (PRATES DA FONSECA, 1939, p. 241).

desenvolvida por Gaston Jèze na França e, com base nela, são então apresentados o conceito, elementos constitutivos e regime jurídico aplicáveis ao contrato administrativo no Brasil.

Como observa Fernando Dias Menezes de Almeida, a construção teórica do contrato administrativo na primeira metade do século XX é formulada com bastante independência do direito positivo. À época, havia o Código de Contabilidade Pública da União (Decreto n.º 4.536/1922) e o Regulamento de Contabilidade Pública (Decreto n.º 15.783/1922), que sequer eram objeto de estudo pelos autores brasileiros ao tratarem do contrato administrativo.

Exceção a esse tipo de abordagem – e ao tratamento do contrato administrativo, de maneira geral – pode ser encontrada em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. O autor, após contextualizar o debate sobre a existência do contrato de direito público e do contrato administrativo, trazendo a abordagem no problema na Alemanha, na Itália e na França, conclui pela inexistência desses tipos contratuais.

Em um primeiro momento, Bandeira de Mello chega a essa conclusão a partir de uma abordagem estritamente teórica, que leva em consideração as características gerais dos contratos regidos pelo direito civil, de um lado, e as supostas prerrogativas públicas, de outro (por exemplo, a possibilidade de alteração unilateral do contrato pela Administração). Após essa análise teórica, conclui o autor que:

[...] inexistente contrato administrativo. Alguns atos administrativos são complementados por contratos sobre a equação econômico-financeira a eles pertencentes. Aliás, tal se dá tão somente com a concessão de obra ou de serviço público. Os outros pretensos contratos administrativos não passam de contratos de direito privado, com regime especial, porque a lei assim dispôs e os administrados, ao perfazerem o acordo de vontades, aderiram aos seus dispositivos, que se tornaram cláusulas contratuais, ou as próprias partes, no ajuste, aquiesceram em lhe dar regime especial (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 611-612).

Para reforçar sua conclusão, Bandeira de Mello parte então para análise da legislação vigente à época e, após abordar o regime jurídico estabelecido pelos decretos de 1922, reconhece que não se admite, no direito brasileiro, à Administração alterar unilateralmente os contratos firmados com os administrados. Logo, constata uma vez mais o autor que “inexistente o contrato de direito público, ou o contrato administrativo, com

regime jurídico diferente do contrato de direito privado, ou se direito civil, quanto aos elementos que especificam sua natureza” (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 613).

No caso da concessão de serviços públicos – típico contrato administrativo reconhecidos pelos autores na época –, Bandeira de Mello defende ter ela a natureza de ato jurídico administrativo bilateral. Contratual seria apenas o acordo de vontades sobre a equação econômico-financeira da concessão, porque inalterável pelas partes, mas, ainda assim, seria um contrato adjetivo ao ato jurídico administrativo e regido pelo direito privado (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 611).

Esse entendimento – frise-se uma vez mais – foi fundamentado com base nos decretos de 1922 que vigoraram até 1986, quando foram revogados pelo Decreto-lei n.º 2.300.<sup>54</sup> Nesse momento, consolida-se pela primeira vez na legislação brasileira, seguindo a compreensão doutrinária predominante, um regime jurídico do contrato administrativo fundamentado em prerrogativas da Administração.

De todo modo, ainda que tardiamente refletido na legislação (em termos de lei formal), pode-se concluir que a teoria do contrato administrativo brasileiro no início do século XX é assinalada pela aceitação majoritária da figura do contrato administrativo, marcado por um regime jurídico especial de prerrogativas da Administração Pública perante o particular contratante. Os principais contratos administrativos reconhecidos à época eram os contratos de concessão de serviço público e de obra pública.

### 2.2.3 *Regulamento*

Antes de adentrar na análise do tratamento dogmático conferido à figura do regulamento administrativo no período, cabe lembrar que o período histórico aqui compreendido abrange momentos políticos e sistemas constitucionais bastante diferentes entre si. Ele inicia com a Era Vargas (marcada por duas Constituições, a de 1934, de aparência liberal-democrática e a 1937, de tendência evidentemente autoritária), passando

---

<sup>54</sup> Vide art. 48 do Decreto-lei n.º 2.300/1986: “O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído por este decreto-lei, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-lo unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público, II – extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 69, III – fiscalizar-lhes a execução, IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução, total ou parcial, do ajuste”.

pela abertura democrática de 1949 e se estendendo ao longo de todo o novo regime autoritário iniciado em 1964, que é então definitivamente superado em 1988 com a publicação da atual Constituição Federal.

Essa ressalva é especialmente importante, dado o inequívoco fortalecimento do Poder Executivo durante os regimes autoritários, o que poderia influenciar o modo como a doutrina aborda o tema da produção normativa pela Administração (seja apoiando-a, seja limitando-a). Contudo, a pesquisa demonstrou que, em que pese a diversidade de momentos histórico-políticos aqui compreendidos, é possível perceber certa homogeneidade no tratamento dogmático conferido à matéria durante o período contemplado.

A pesquisa demonstrou que o período é marcado por uma produção doutrinária bastante independente da lei e da prática administrativa (salvo raras exceções). Observa-se também forte dissenso doutrinário a respeito da abrangência e dos limites do poder regulamentar da Administração, independentemente do período contemplado. Ou seja, há dissenso entre os autores mesmo nos períodos mais ou menos autoritários.

Por conta disso, entende-se que o tratamento conjunto desses períodos é adequado também em matéria de regulamento administrativo.

Como adiantado, uma característica marcante do período é o fato de que as concepções dogmáticas em torno do regulamento administrativo, salvos raras exceções, são construídas com notável distanciamento da legislação vigente e da prática administrativa.

É o caso, por exemplo, da análise de José Cretella Júnior (1967, p. 109). O autor trata do regulamento dentro do capítulo destinado ao estudo do aspecto formal dos atos administrativos. Nessa abordagem, suas considerações são bastante teóricas e abstratas, sem referência específica ao texto constitucional então vigente. A referência, quando existente, é feita de modo igualmente genérico e abstrato, por exemplo, quando ele afirma que, “pelo nosso sistema constitucional, são os regulamentos aprovados por decreto executivo e a sua amplitude só encontra limites nos textos legais regulamentados”. Não há, nessa passagem (nem nos trechos seguintes) qualquer menção ao dispositivo constitucional

referido, tampouco maiores aprofundamentos sobre os limites apontados em termos genéricos.

Em abordagem semelhante, José Guimarães Menegale (1957, p. 73) constrói suas considerações sobre o regulamento administrativo sob forte influência da doutrina estrangeira, especialmente de Kelsen, Merkl, Laband, Jellinek e Fleiner. Sua conclusão de que “não se cria direito novo no regulamento” é mera importação dos pensamentos de Laband e Jellinek, sem qualquer referência ao texto constitucional vigente ou à prática administrativa.

Duas exceções a essa tendência de distanciamento da lei e da prática administrativa são dignas de nota.

Primeiro, a produção científica de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 313). O autor inaugura seu tópico destinado ao estudo do regulamento no direito pátrio com a indicação do fundamento constitucional para edição de regulamentos no Brasil. A partir daí, as conclusões do autor sobre a extensão e limites do poder regulamentar da administração são todas fundamentadas no texto constitucional vigente.<sup>55</sup>

Segundo, o reconhecimento por Diógenes Gasparini, quando da primeira edição de seu livro *Poder Regulamentar* (em 1978), da insuficiência das construções dogmáticas em torno do regulamento administrativo para explicar a complexa realidade da prática normativa pela Administração. Em clara oposição ao entendimento majoritário de que os regulamentos estariam adstritos à mera execução da lei, pontua o autor que “a atribuição regulamentar não é só isto e a prática vem demonstrando, a cada instante, a verdade de tal assertiva. O Executivo expede um ato que não está fundado em uma lei. Submetido tal ato ao crivo do Poder Judiciário é mantido” (GASPARINI, 1982, p. 35). Trata-se de um dos poucos autores com olhar para a realidade prática da Administração Pública.

---

<sup>55</sup> Vejam-se, nesse sentido, as considerações do autor sobre os regulamentos delegados: “Não podem os regulamentos autorizados ou delegados ser elaborados *praeter legem*, porquanto o seu campo de ação ficou restrito à simples execução de lei. Certo, a Constituição, como já salientado no art. 55, prevê a possibilidade de delegação dos poderes ao Presidente da República, e, portanto, do Legislativo ou Executivo. Porém, essa delegação legislativa não se confunde com os regulamentos autorizados ou delegados. Recebendo o Executivo poderes apenas para baixar aqueles, não lhe é lícito exceder ao exercício de tal prerrogativa, fazendo leis, como se tivesse obtido tal delegação” (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 314).



Independentemente da abordagem conferida (se mais teórica ou prática), os doutrinadores à época chegavam a um conceito de regulamento bastante semelhante. Citem-se alguns: “regulamentos são regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, em desenvolvimento da lei, referentes à organização e ação do Estado, enquanto poder público” (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 303); “os regulamentos são normas expedidas pelo Poder Executivo para facilitar a execução das leis” (MASAGÃO, 1960, p. 182); “regulamento é a norma jurídica de caráter geral editada pela autoridade administrativa, em matéria de sua competência conferida pela lei formal, com o objetivo de facilitar-lhe a aplicação” (CRETILLA JÚNIOR, 1967, p. 300).

Assim, são elementos comuns às definições trazidas por esses autores (i) o reconhecimento do regulamento como norma jurídica, (ii) expedida pelo Poder Executivo, (iii) voltada à execução da lei. Partindo do mesmo núcleo comum, a doutrina divergia, porém, com relação ao limite da subordinação do regulamento à lei, ou, em outras palavras, aos limites impostos ao exercício do poder regulamentar pelo Estado-Administração.

Sobre o tema, é possível perceber duas principais correntes.

A primeira voltada à *limitação da atividade normativa do Executivo*, responsável pela formulação de dogmas doutrinários até hoje presentes nos debates acadêmicos sobre o tema. De acordo com essa corrente, a competência para edição de regulamentos é privativa do Chefe do Poder Executivo, que deve exercê-la *secundum legem*, eis que destinada “à fiel execução da lei”. Como consequência, por ser subordinado à lei formal, o regulamento não poderia inovar na ordem jurídica, não podendo, portanto, criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações.<sup>56</sup>

Trata-se de posicionamento compartilhado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969), Mário Masagão (1960), José Cretella Júnior (1967) e Miguel Seabra Fagundes (1967).

---

<sup>56</sup> Nesse sentido, expressamente Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 319): “Assim, [o regulamento] não cria, nem modifica, sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originariamente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei”.

Seabra Fagundes parece ser o mais radical entre os autores, chegando até mesmo a negar a função regulamentar do Estado.<sup>57</sup> Para o autor, a função administrativa do Estado serviria à mera “aplicação da lei de ofício” (SEABRA FAGUNDES, 1967, p. 16-17). Os atos administrativos, por consequência, “apenas realizam o direito pela individualização das regras gerais e abstratas constitutivas do direito positivo” (SEABRA FAGUNDES, 1967, p. 21).

Cretella Júnior, por sua vez, chega a negar a força de lei aos regulamentos.<sup>58</sup> Para o autor, regulamentar é “editar regras que se limitem a adaptar a atividade humana ao texto, e não o texto à atividade humana”, e segue dizendo que “onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso de poder regulamentar”. Dado o risco permanente de o regulamento pretender ocupar o lugar da lei, o autor conclui que, “quanto menos se regulamenta, melhor” (CRETELLA JÚNIOR, 1967, p. 169).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 319) e Mário Masagão (1960, p. 182) posicionam-se de modo semelhante, afirmando expressamente a impossibilidade de o regulamento inovar na ordem jurídica.

Como bem aponta Juliana Bonacorsi de Palma (2014, p. 67), chama a atenção o fato de que boa parte desse posicionamento mais restritivo à atividade normativa do Estado foi firmada sob um regime autoritário, marcado pela proeminência do Executivo na produção legislativa nacional, inclusive por meio dos atos institucionais. Ainda assim, mesmo diante dessa realidade (ou, talvez, justamente diante dela) a doutrina administrativista manteve-se firme em seu posicionamento restritivo.

A segunda corrente, por seu turno, apesar de contemplar autores com posicionamentos político-ideológicos bastante divergentes entre si, compartilha de um posicionamento mais favorável à atividade normativa da Administração.

---

<sup>57</sup> Nas palavras do autor: “Também há quem cogite da existência na vida do Estado de uma *função regulamentar*. Mas, ainda aqui, todos os atos decorrentes do poder regulamentar se contem dentro da classificação tríptica. Ou são atos legislativos, ou atos administrativos” (SEABRA FAGUNDES, 1967, p. 17 - nota de rodapé nº 2).

<sup>58</sup> Em suas palavras, regulamento é o “conjunto de regras de caráter geral, que não têm força de lei, e cuja finalidade está em cumprir a lei” (CRETELLA JÚNIOR, 1967, p. 169).

Themístocles Brandão Cavalcanti, reconhecendo que o Executivo paulatinamente absorveu funções notadamente legislativas, entende ser legítima a criação de direito pelos regulamentos com conteúdo material de lei. Para o autor, “o que importa, portanto, é considerar de preferência o conteúdo do ato, qualquer que seja o poder de que emana, sem consideração de sua forma e do poder que expediu o ato” (CAVALCANTI, 1955, p. 266).

Nessa linha, sustenta o autor que o poder regulamentar não pode ser compreendido como mero complemento do Poder Legislativo a ele subordinado, mas deve sê-lo como competência própria (CAVALCANTI, 1973, p. 154). E isso por duas principais razões. A primeira, aponta o autor, a necessidade de alargar o poder normativo do Poder Executivo em áreas em que a sua ação é constante. A segunda, a natural expansão das atividades do Executivo. Diante disso, conclui o autor que

[...] o poder regulamentar abandonou, em certos casos, os laços de subordinação à norma legal e, de outro, tomou características próprias, que se enquadra em uma ampla competência, em razão da matéria fixada no texto constitucional. Ampliou-se, com isso, a área dos atos administrativos de natureza normativa (CAVALCANTI, 1973, p. 155).

Em sentido semelhante, Caio Tácito reconhece a possibilidade de os regulamentos inovarem na ordem jurídica, do mesmo modo que o fazem as leis formais. Em sua visão, “o processo legislativo moderno prestigia a presença do Executivo na criação do direito”, de modo que, quando o Presidente da República exercita o poder regulamentar, “não se limita à mecânica execução das leis” (TÁCITO, 1997 p. 480).

Ainda nesse contexto, Hely Lopes Meirelles admite a edição de regulamento pela Administração Pública também para “prover situações não previstas pelo legislador, mas correntes na prática administrativa”, afastando por completo, pois, a ideia de um regulamento voltado meramente à fiel execução da lei. Para o autor, “a faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se exaure, remanescendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos” (MEIRELLES, 1976, p. 100 e ss.).

Portanto, a segunda corrente comunga do entendimento de que o Executivo, ao editar regulamento, não o faz apenas como mero braço mecânico de execução a lei, mas dispõe de competência própria para inovar na ordem jurídica.<sup>59</sup>

Apontada a divergência, percebe-se que esse período é marcado pelo dissenso doutrinário em torno da amplitude e limites do regulamento administrativo, o que dificulta a formação de uma efetiva teoria, ainda mais quando construída sem muita atenção à legislação vigente e à prática administrativa.

---

<sup>59</sup> Esse também o posicionamento de Diógenes Gasparini (1982, p. 37) a seguir transcrito: “pensamos que os regulamentos de execução inovam a ordem jurídica. Com mais amplitude, os regulamentos autônomos criam o direito tal qual as leis. Se assim não fosse, os primeiros seriam inúteis ou, quando não, despiciendos e até mesmo impraticáveis”.

## **PARTE II**

# **INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NA DOGMÁTICA CONTEMPORÂNEA**

### **Capítulo 3**

## **DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO**

Partimos de um cenário em que as principais figuras de manifestação do poder estatal reconhecidas pela dogmática clássica eram o ato administrativo e o decreto regulamentar. Ambos representavam a forma como a Administração interferia na vida dos cidadãos e se diferenciavam especialmente em relação à sua finalidade e ao seu alcance: o ato administrativo direcionado a originar relações jurídicas no caso concreto e o decreto regulamentar voltado à criação de norma jurídica geral e abstrata.

Essas figuras foram concebidas dogmaticamente num contexto histórico, político e jurídico específico e dialogavam com a concepção de Estado que se tinha na época. A principal atribuição do ato e do regulamento era conferir um mínimo de contorno jurídico a uma atuação administrativa até considerada pressupostamente livre e autoritária.

A superioridade do poder estatal, herdada do final do Estado de Polícia e transposta aos períodos da monarquia constitucional e da Constituição de Weimar, parece ser finalmente questionada ao final da Segunda Guerra Mundial, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn de 1949.

Essa transformação é fruto da evolução de diversos fatores essenciais à própria compreensão do Estado e do papel por ele desempenhado na sociedade. Tudo isso conduz inevitavelmente a uma transformação de como esse novo Estado, situado em uma nova posição e com novas funções, relaciona-se com um destinatário reconhecido constitucionalmente como cidadão (e não mais súdito). Assim, antes de adentrar na análise do movimento de evolução da teoria das formas de atuação jurídico-administrativas até o momento em que ela hoje se encontra, examinar-se-ão, a seguir, os pressupostos teóricos que levaram a essa evolução.

### 3.1 Pressupostos teóricos à abordagem da atuação administrativa

#### 3.1.1 *Recompreensão do Estado de Direito: Estado Social de Direito e a Administração Prestadora*

Como visto no item 1.1.1 desta dissertação, a concepção de Estado de Direito predominante no final do século XIX até meados do século XX era de um Estado liberal, submetido ao império da lei em sentido formal. A introdução de direitos fundamentais sociais já na Constituição de Weimar, apesar de sinalizar uma mudança, não foi suficiente para provocar uma profunda transformação na concepção de Estado na época.<sup>60</sup>

Um novo modelo de Estado emerge efetivamente a partir do final da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, com a Lei Fundamental alemã de 1949. O novo texto constitucional, marcado pela reafirmação dos direitos fundamentais (arts. 1 a 19 GG) e pela consagração da república federativa da Alemanha como um Estado federal, democrático e social (arts. 20 e 28 da GG<sup>61</sup>), impulsionou a reconstrução do Estado de Direito no país, agora com forte viés social.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> As dificuldades de compreensão e interpretação dos direitos sociais previstos na Constituição de Weimar são destacadas por Ernst Forsthoff em sua conferência sobre o conceito e a essência do Estado de Direito Social. Segundo o autor, o Estado de Direito Social foi levado a sério desde a Constituição de Weimar, que já previa uma série de garantias sociais. No entanto, dadas as dificuldades de interpretação dos direitos fundamentais à época, essas garantias sociais positivadas, em sua maior parte, tiveram que ser compreendidas como meras normas programáticas, e não como efetivos direitos passíveis de reivindicação pelos cidadãos. Essa situação começa a se alterar apenas com a publicação da Lei Fundamental de Bonn. (No original: “Die Weimarer Reichsverfassung machte auf ihre Weise mit dem sozialen Rechtsstaat ernst, indem sie in ihre Grundrechte zahlreiche soziale Verbürgungen aufnahm. Die Schwierigkeiten, die gerade diese Verfassungsartikel der Auslegung bereiteten, sind bekannt. Die sozialen Normierungen mußten zum überwiegenden Teil als bloße Programmsätze sozusagen in den Vorhof des geltenden Verfassungsrechts verwiesen werden” (FORSTHOFF, 2013, p. 11).

<sup>61</sup> Art. 20 da GG: “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”.

No mesmo sentido, o art. 28 da GG determina que a organização constitucional dos Estados-Membros alemães deve observar os princípios republicano, democrático e social do Estado de Direito, nos termos da Lei Fundamental (Art. 28: “Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetz entsprechen”).

<sup>62</sup> Nesse sentido, afirmou Ernst Forsthoff em 1950 que a característica principal da moderna Administração, que a diferencia do Estado de Direito liberal, é justamente a sua relação com a ordem social. No original: „Das auszeichnende Merkmal der modernen Verwaltung, das sie von der des bürgerlichen Rechtsstaats unterscheidet, ist ihr besonderes Verhältnis zur Sozialordnung“ (FORSTHOFF, 1950, p. 52).

Nesse novo modelo, não basta ao Estado alemão garantir a paz e a ordem social. Além de suas tradicionais funções, o Estado passa a assumir novas tarefas voltadas ao alcance da denominada justiça social (*die soziale Gerechtigkeit*). Só assim o Estado estaria apto a assegurar a igualdade de todos perante a lei (art. 3.º, §§ 2.º e 3.º)<sup>63</sup> e a dignidade humana (art. 1.º).<sup>64</sup>

Como aponta Otto Bachof em conferência sobre o tema,<sup>65</sup> a igualdade de todos perante a lei não deve ser compreendida como mera abstração da Lei Fundamental. Ao contrário, essa igualdade deve ser interpretada como uma exigência de ação do Estado, ou seja, uma imposição para que o Estado atue efetivamente, por meio de ações concretas, contra as desigualdades sociais existentes. Na visão do autor, apenas com a provisão de meios materiais mínimos que garantem a segurança social dos indivíduos seria possível ao povo alemão viver com dignidade (BACHOF, 2013, p. 42).<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Art. 3.º, Abs. 2. Homens e mulheres têm direitos iguais. O Estado promoverá a realização efetiva da igualdade de direitos das mulheres e dos homens e empenhar-se-á pela eliminação de desvantagens existentes. Abs. 3. Ninguém poderá ser prejudicado ou favorecido por causa do seu sexo, da sua descendência, da sua raça, do seu idioma, da sua pátria e origem, da sua crença ou das suas convicções religiosas ou políticas. Ninguém poderá ser prejudicado por causa da sua deficiência.

No original: (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. (3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

<sup>64</sup> Art. 1.º, Abs. 1. A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais. (No original: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.)

<sup>65</sup> Conferência realizada em 1953 pela Associação dos Professores de Direito Público da Alemanha (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*). Sobre a importância dessa conferência como fórum de debate e modernização do direito público alemão, vide Stolleis (2006, p. 104). De acordo com o autor, nas primeiras décadas após a promulgação da Lei Fundamental alemã, a doutrina do direito administrativo retornou aos autores clássicos, como Mayer, Laband, Jellinek. Uma efetiva mudança na dogmática do direito administrativo começa a ocorrer por volta da década de 1970, impulsionada pela edição de importantes marcos regulatórios, por exemplo, a lei de processo administrativo. Um dos temas abordados na conferência de 1953 foi justamente o conceito e a natureza do Estado Social de Direito e, segundo Stolleis (2006, p. 105), essa conferência foi um importante marco para aceitação do Estado de Direito alemão também como um Estado com fins sociais.

<sup>66</sup> No original: “Das gilt besonders für Art. 3 GG, der keine abstrakt-schematische Gleichheit, sondern eine den vorgefundenen sozialen Ungleichheiten Rechnung tragende, konkret-wertende Gleichheit verlangt. [...] Jedoch scheint mir noch der Hinweis notwendig, daß die an den Ausgangspunkt der Grundrechte gestellte Würde des Menschen nicht nur Freiheit, sondern auch ein Mindestmaß an sozialer Sicherheit verlangt”.

Consolida-se, assim, o que se denomina de Estado de Direito material,<sup>67</sup> em contraposição ao Estado de Direito formal, vigente sob a Constituição do Império alemão de 1871 e sob a Constituição de Weimar de 1919. Nesse período, como visto, a concepção de Estado de Direito se aproxima à de um Estado de Legalidade, em que se submete a vontade estatal à lei editada pelo parlamento. O Estado de Direito material vai além: além de conforme ao Direito, a atuação estatal deve ser voltada à promoção de fins sociais e ao alcance na justiça social. Como diz Wilhelm Henke (2013, p. 181):

[...] o direito de polícia e, com ele, os principais institutos da parte geral do direito administrativo se baseiam na combinação da proteção dos cidadãos contra perigos externos com a sua proteção perante o Estado, que os protege contra os perigos externos. [...] A proteção de perigos é apenas à custa da liberdade. A isso se denominou de Estado liberal ou formal e se afirmou que o princípio social confere um novo conteúdo ao Estado de Direito, a saber, a justiça social.<sup>68</sup>

Essa mudança no modelo de Estado implicou transformações no âmbito da função administrativa, uma vez que a Administração passa a ser entendida como o principal instrumento para alcance da justiça social. A Administração deixa de ser vista como agressiva aos direitos individuais de liberdade e propriedade (*Eingriffsverwaltung*) para assumir uma dimensão prestadora de serviços sociais (*Leistungsverwaltung*).

Essa nova função torna-se tão relevante que desencadeia novo equilíbrio entre os poderes estatais.

Se o Estado liberal de Otto Mayer era estruturado em forma de pirâmide, com o Poder Legislativo situado acima dos Poderes Executivos e Judiciário, com a consolidação do Estado Social surge o “Estado-Administração” (*Verwaltungsstaat*), marcado pela centralidade da Administração (e não mais da legislação ou da atividade jurisdicional) na promoção do bem-estar social e, conseqüentemente, na atividade estatal de maneira geral.

---

<sup>67</sup> Sobre o tema, vide: (MAUS, 1986), (HENKE, 2013), (BACHOF, 2013).

<sup>68</sup> No original: „Das Polizeirecht und mit ihm die wichtigsten Institute des allgemeinen Verwaltungsrechts beruhen auf der kunstvollen Verbindung des Schutzes der Bürger vor Gefahren mit ihrem Schutz vor dem Staat, der sie vor Gefahren schützt, auf der Verbindung der Eingriffsermächtigung zum Zweck der Gefahrenabwehr mit der rechtlichen Sicherung des Störers. Sie beruhen auf der Einsicht, daß Schutz vor Gefahren nur auf Kosten der Freiheit zu haben ist. Recht und Gerechtigkeit sind hier die Lösung der Aufgabe, Sicherheit und Freiheit in jedem einzelnen Fall im Gleichgewicht zu halten. Man hat das liberal und formal genannt und gesagt, das soziale Prinzip habe dem Rechtsstaat einen neuen materialen Gehalt gegeben, nämlich die soziale Gerechtigkeit“.



De fato, para o alcance das novas funções estatais passam a ser exigidas atuações positivas da Administração, especialmente no domínio econômico e social.

Esse crescimento da esfera administrativa estatal, por seu turno, impacta os próprios meios com que a Administração age e se relaciona entre si e com os cidadãos. Como pontua Vasco Pereira da Silva (2003, p. 99), observam-se tanto o crescimento do número de atuações administrativas como a diversidade de modalidades de que elas se revestem.

Na época do Estado liberal, a atuação administrativa agressiva era marcada por ser esporádica e intermitente. Como consequência, o ato administrativo representava sua principal forma de expressão: seus traços característicos (aplicação do direito ao caso concreto) atendiam às exigências impostas à Administração-agressiva.

A transformação do Estado em um Estado Social passa a exigir uma atuação da Administração-prestadora que até então lhe era desconhecida: não basta apenas uma atuação esporádica e pontual; muitas vezes, para alcançar a finalidade a que se destina, essa atuação tem que ser regular, frequente, e, até mesmo, duradoura.

A Administração-prestadora, diferentemente da Administração-agressiva, não está voltada apenas à solução de um caso concreto, mas, sobretudo, à prossecução de interesses públicos.

Por conseguinte, o ato administrativo deixa de corresponder à principal forma de atuação administrativa. Passam a ser cada vez mais frequentes a atuação contratual, os regulamentos, os contatos e tratativas informais com os administrados, a utilização de instrumentos do direito privado, enfim, o uso de instrumentos outros que permitam à Administração a consecução de suas diversas finalidades.

Se para o Estado liberal o ato administrativo era quase que um conceito a ele inerente, a expressão máxima da “domesticação” jurídica da atuação administrativa, agora os desafios alçados ao Estado de bem-estar social levam quase inevitavelmente à busca de novos instrumentos que permitam uma atuação administrativa permanente, eficaz e adequada às demandas que lhe são impostas.

Como consequência, a centralidade do ato administrativo no estudo do direito administrativo alemão passa a ser compartilhada com outros instrumentos até então pouco atentados pela dogmática administrativista clássica.

Nesse novo equilíbrio entre os poderes estatais percebe-se, ainda, uma nova perspectiva de compreensão do princípio da legalidade, especialmente ante a nova tarefa conferida à Administração Pública de realização do direito.<sup>69</sup> A atribuição de conteúdo material à ideia de Estado de Direito faz com que a visão da Administração como mera executora de um direito previamente definido não seja suficiente ao alcance da equidade social. É preciso ir além; é necessário compreender a atuação administrativa como realização do direito, ou seja, que esta se dá também por meio da atuação da Administração Pública (uma Administração que aplica, mas que também realiza o direito).

Não se quer dizer, como bem ressalva Schmidt-Assmann, que a Administração deixa de se submeter à lei, nas suas duas vertentes *primazia da lei e reserva de lei*. “A lei segue sendo pedra angular insubstituível do direito administrativo” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 93). Entretanto, o princípio da legalidade passa a comportar uma nova dimensão: ele atua não só como limite, mas, também (e, muitas vezes, primordialmente), como objetivo a ser alcançado pela Administração.

E mais: ante expresso comando constitucional,<sup>70</sup> a lei a ser realizada pela Administração não é apenas a lei formal editada pelo parlamento, mas o próprio direito como um todo. Ou seja, o próprio texto constitucional alemão passou a adotar uma acepção ampla da legalidade, subordinando a Administração à ordem jurídica como um todo, a qual engloba a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos,<sup>71</sup> os

---

<sup>69</sup> Sobre o tema, vide também Vasco Pereira da Silva (2003, p. 83 e ss.).

<sup>70</sup> Nesse sentido, o art. 20, § 3.º, da Lei Fundamental alemã, segundo o qual o Poder Executivo está vinculado “à lei e ao Direito” (Art. 20, Abs. 3, da GG. O Poder Legislativo está submetido à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judiciário estão submetidos à lei e ao direito. No original: (3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden).

<sup>71</sup> Veja-se 3.1.2 a seguir. Adiante-se, desde já, que a própria Lei Fundamental prevê a aplicação imediata dos direitos fundamentais: Art. 1.º, Abs. 3. Os direitos fundamentais discriminados a seguir vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como direito diretamente aplicável (No original: “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”).

princípios gerais do direito, as normas internacionais, as disposições de caráter regulamentar etc..<sup>72</sup>

Percebe-se, pois, que a Lei Fundamental alemã inaugura um novo modelo de Estado de Direito na Alemanha, cujas principais características podem ser assim sintetizadas:

- a) atribuição de nova finalidade ao Estado, o alcance da justiça social, o que leva à expansão da presença do Estado na sociedade, especialmente na ordem econômica e social;
- b) superação da supremacia do parlamento sobre a Administração, com a conseqüente valorização e maior autonomia da função administrativa estatal: a Administração passa a ser vista como a principal promotora das novas funções atribuídas ao Estado;
- c) ampliação da legalidade administrativa, com vinculação da atuação administrativa à lei e ao direito.

### *3.1.2 Subjetivação do direito administrativo: a nova posição do indivíduo no ordenamento jurídico alemão*

Com a passagem do Estado de Direito liberal ao social, a Administração Pública deixa de ser concebida como meramente executiva, assumindo cada vez mais atividades constitutivas e prestacionais. A Administração-prestadora trouxe para si um conjunto de tarefas que não podem mais ser reduzidas à singela fórmula de aplicação do direito ao caso concreto. Atualmente, a Administração passa a ser vista, veementemente, como um poder autônomo voltado à concretização dos fins e metas do Estado.

---

<sup>72</sup> Sobre o tema, destaca Wahl (2013, p. 62): “Si antes de 1949 la ley era el eje y el criterio de toda actuación administrativa, en los años cincuenta se aprendió que las normas reguladoras de las licencias y autorizaciones contenidas en la Ley de farmacias o en la Ley de oficios industriales y artesanales podían atentar contra el art. 12 de la GG; o, al menos, que primero había que interpretarlas de modo conforme a la Constitución. El cambio producido – que, no obstante no impide que siga rigiendo el importante principio anterior – también se puede describir así: si antes solo contaba el principio de la legalidad de la Administración, ahora cuenta, adicionalmente, la constitucionalidad de la ley”.

A configuração piramidal da tripartição dos poderes é então superada com a atribuição de responsabilidade a todos os poderes estatais para que eles realizem e alcancem um ideal de justiça. Rompe-se, assim, com um modelo de Estado de Direito puramente formal e a Administração Pública passa a assumir uma feição criadora, voltada à promoção dos objetivos do Estado.

Esse novo ideal de justiça, consagrado no texto constitucional alemão de 1949, leva não apenas a uma nova compreensão do papel do Estado, mas também ao reposicionamento do indivíduo no novo ordenamento jurídico que se constrói sob a base da Lei Fundamental.

A valorização da figura do indivíduo pelo novo texto constitucional é descrita por Rainer Wahl (2013, p. 38) como “a nova imagem constitucional do homem”, que tem por objetivo expressar a transformação radical da relação do indivíduo com o Estado.

Em reação à ordem político-jurídica vigente até então, marcada “pelo desprezo pelo indivíduo e por sua total dissolução na comunidade política de um povo”, a Lei Fundamental rompe com o passado ao reconhecer o indivíduo como sujeito de direito em todas as relações que ele venha a travar, inclusive com o próprio Estado.

A nova imagem constitucional do homem representa o reconhecimento de que o indivíduo não era mais mero objeto da ação estatal. Afinal, como destaca Otto Bachof (1955, p. 302):

[...] é contrário a uma ordem fundamental democrática e liberal que os particulares, nas suas relações com o Estado, sejam tratados como meros objetos da ordem jurídica, sejam considerados como súditos (“Rechtsuntertan”), em vez de ativos colaboradores na realização dos fins do Estado e do direito, equiparados com os correspondentes poderes jurídicos, os direitos pessoais, como sujeitos de direito.

Com a Lei Fundamental, o homem deixa ser visto como súdito para ser aceito e protegido constitucionalmente como cidadão, como sujeito de direitos, inclusive perante o Estado. Como consequência, se antes as relações Estado-indivíduo eram compreendidas como meras relações de poder, a Lei Fundamental impulsionará uma nova formulação dogmática: as relações Estado-indivíduo passam finalmente a ser concebidas como

relações jurídicas, formadas por sujeitos de direitos autônomos com direitos e obrigações contrapostos.

A nova ordem constitucional, assente na dignidade do homem, cujos direitos fundamentais vinculam diretamente todos os poderes estatais (art. 1, Abs. 3 da GG),<sup>73</sup> impulsiona uma nova compreensão da relação do indivíduo com o Estado. O homem, titular de direitos fundamentais, deixa de ocupar uma posição de subalternidade perante as autoridades estatais para ser visto como “el punto de partida de todo pensar y todo construir políticos” (WAHL, 2013, p. 39).

Essa nova posição do homem no ordenamento jurídico alemão é reforçada pela previsão constitucional de ampla de tutela jurisdicional (art. 19, Abs. 4 da GG).<sup>74</sup> A conjugação (nova imagem constitucional do homem associada à previsão de amplo acesso à justiça) leva ao entendimento de que, na dúvida, o indivíduo, sujeito de direito autônomo, deve poder contrapor seu direito ao Estado.

Isso tudo impulsiona um movimento de reforma do direito público alemão nos anos seguintes à promulgação da Lei Fundamental.<sup>75</sup> Antigas teorias, institutos, conceitos e classificações passam por um período de validação e reformulação dogmática visando a sua adequação à nova posição ocupada pelo indivíduo no ordenamento jurídico alemão.

Exemplo marcante dessa transformação, com consequências para a teoria das formas de atuação administrativa, é a reformulação do conceito de direito público subjetivo.

À época do período aqui classificado como clássico, autores como Otto Mayer e Fritz Fleiner, embora conhecessem (e aceitassem) a figura dos direitos públicos subjetivos,

---

<sup>73</sup> Art. 1, Abs. 3, da GG. Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como direitos diretamente aplicáveis. (No original: Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.)

<sup>74</sup> Art. 19, Abs. 4, da GG. Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. (No original: Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.)

<sup>75</sup> Sobre as transformações vivenciadas pelo direito público alemão nos anos seguintes à promulgação da lei fundamental, vide Rainer Wahl (2013, p. 32-69).

limitavam sobremaneira as hipóteses de sua aplicação. Sob a nova ordem constitucional, marcada pela valorização do homem e pela garantia de ampla tutela jurisdicional, inicia-se um movimento de expansão dos direitos públicos subjetivos, levada a cabo pela doutrina e pela jurisprudência alemãs.

Nesse sentido, decisivo o papel desempenhado pelo Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) nos anos que se seguiram à promulgação da Lei Fundamental de 1949. Dois casos paradigmáticos bem ilustram o que aqui se afirma.

Uma das primeiras decisões em que a jurisprudência administrativa alemã reconhece a juridicidade das relações Estado-indivíduo foi no caso envolvendo pedido de aumento de auxílio assistencial por um senhor de 73 anos. Na decisão de 24 de junho de 1954, o Tribunal Administrativo Federal alemão despede-se expressamente do termo “súdito”, passando a considerar o indivíduo como cidadão e, mais ainda, como sujeito de direito, inclusive em suas relações com o Estado:

O direito constitucional é formado não apenas pelas normas escritas da Constituição, mas também por princípios e ideias orientadoras gerais [...]. Uma dessas ideias orientadoras é a concepção sobre a relação do indivíduo com o Estado: o indivíduo está, sem dúvida, submetido ao poder público, porém não é súdito, e sim cidadão. Por isso, como regra geral, ele não deve ser mero objeto da atuação estatal. Antes disso, ele é reconhecido como personalidade independente e moralmente responsável e, portanto, como portador de direitos e obrigações. [...] Seria incompatível com a ideia de Estado democrático (art. 20) que inúmeros cidadãos, que participam do poder estatal na qualidade de eleitores, ao mesmo tempo se confrontem com esse poder em relação à sua existência sem direitos próprios.<sup>76</sup>

Com base nessa construção, conclui o Tribunal que o indivíduo, de maneira geral, teria direito de exigir prestações sociais do Estado,<sup>77</sup> embora as pretensões

<sup>76</sup> No original: „Das Verfassungsrecht besteht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen [...]. Eine solche Leitidee ist die Auffassung über das Verhältnis des Menschen zum Staat: Der Einzelne ist zwar der öffentlichen Gewalt unterworfen, aber nicht Untertan, sondern Bürger. Darum darf er in der Regel nicht lediglich Gegenstand staatlichen Handelns sein. Er wird vielmehr als selbständige sittlich verantwortliche Persönlichkeit und deshalb als Träger von Rechten und Pflichten anerkannt. [...] Mit dem Gedanken des demokratischen, Staates (Art. 20) wäre es unvereinbar, daß zahlreiche Bürger, die als Wähler die Staatsgewalt mitgestalten, ihr gleichzeitig hinsichtlich ihrer Existenz ohne eigenes Recht gegenüberstehen“ (BwerGE, 1, 159).

<sup>77</sup> Nesse sentido: „22. Der Kläger kann demnach eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung über die von ihm erhobenen Fürsorgeansprüche verlangen“ (BwerGE, 1, 159).

reivindicadas no caso concreto não tenham sido concedidas ao reclamante. De todo modo, o caso se faz marcante justamente por reconhecer a qualidade de sujeito de direito dos indivíduos e, com isso, a possibilidade de o indivíduo contrapor pretensões jurídicas perante o Estado.

Igualmente paradigmática foi a decisão do Tribunal Administrativo Federal alemão de 18 de fevereiro de 1955. A questão de fundo girava em torno do reconhecimento da utilidade pública de determinadas associações e empresas quando cumpridos os requisitos previstos em lei.

Mais especificamente, uma associação ingressou em juízo objetivando o reconhecimento de sua utilidade pública, o qual havia sido negado pela autoridade administrativa competente. Esse reconhecimento lhe interessava para fim de atendimento do quanto disposto no regulamento de pequenas explorações e arrendamentos agrícolas (*Kleingraten- und Kleinpachtordnung*), que permitia apenas às corporações ou instituições de direito público, ou, então, às empresas reconhecidas como de utilidade pública, arrendar a terra para plantação de hortas familiares (*Kleingarten*).<sup>78</sup> Instaurada a controvérsia, o Tribunal deveria decidir se essas empresas teriam direito de exigir o reconhecimento de sua utilidade pública.

A solução foi paradigmática, uma vez que o Tribunal decidiu que “o Estado de Direito contemporâneo revela e comprova sua essência especialmente no fato de que, em caso de dúvida, deve-se interpretar que a norma concede ao cidadão direitos frente ao poder público”.<sup>79</sup> E mais adiante:

[...] uma disposição legal que permita à Administração agir discricionariamente, mesmo no caso em que todos os pressupostos de fato da norma que regula essa atuação estejam cumpridos, teria que outorgar expressamente essa faculdade de decisão discricionária. Caso contrário,

---

<sup>78</sup> § 5, Abs. 1, do *Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung* de 31 de julho de 1919: “Grundstücke dürfen zum Zwecke der Weiterverpachtung als Kleingärten (§ 1 Abs. 1) nur durch Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts oder ein als gemeinnützig anerkanntes Unternehmen zur Förderung des Kleingartenwesens gepachtet und nur an solche verpachtet werden. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig”.

<sup>79</sup> BVerwGE 1, 321: „ 20. Der Rechtsstaat der Gegenwart offenbart und bewährt sein Wesen gerade auch darin, daß er dem Bürger gegenüber der öffentlichen Gewalt im Zweifel Rechtsansprüche einräumt“.

há uma presunção de que, nesses casos, a autoridade pública está vinculada.<sup>80</sup>

Esses julgados ilustram a tendência, que se confirmará nos anos seguintes, de valorização da figura do homem pela dogmática do direito público alemão, especialmente nas suas relações com o Estado, o que leva à expansão dos direitos públicos subjetivos a favor do indivíduo.

A expansão dos direitos públicos subjetivos é também impulsionada pela ampliação da legalidade à ideia de conformidade da atuação administrativa com o direito. Até então, para reconhecer a existência de verdadeiros direitos públicos subjetivos, a dogmática clássica exigia expressa previsão legal nesse sentido: era necessário que a lei conferisse ao cidadão a faculdade de reclamar diretamente uma prestação pública (FLEINER, 1933, p. 141).

Com a ampliação da legalidade, doutrina e jurisprudência passam a reconhecer cada vez mais direitos públicos subjetivos resultantes da própria Constituição, das normas regulamentares ou mesmo dos atos e dos contratos administrativos. Os próprios direitos fundamentais previstos no texto constitucional passam a ser aplicados diretamente às relações jurídico-administrativas, como fundamento imediato das pretensões jurídicas dos particulares perante a Administração.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> No original: „Sine gesetzliche Regelung, die der Verwaltung ein Handeln nach ihrem freien Ermessen selbst dann gestattet, wenn alle tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für ein solches Handeln erfüllt sind, müßte daher den dahin gerichteten Willen eindeutig zum Ausdruck bringen. Andernfalls spricht eine Vermutung dafür, daß die Behörde in solchem Falle gebunden ist“ (BverwGE 1, 321).

<sup>81</sup> Nesse sentido, aliás, o art. 1, Abs. 3, da GG: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como direitos diretamente aplicáveis”. Sobre o tema, destaca Rainer Wahl (2013, p. 55-56) que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser considerada a inovação teórica mais importante no campo do direito público alemão após a Lei Fundamental de 1949. Impulsionados pela atuação do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), os direitos fundamentais se tornaram as normas materiais de mais alto nível no ordenamento jurídico alemão. Em suas palavras: “En relación con la fase inicial de la República Federal se puede hablar; por ello, de un (re)nacimiento del ordenamiento jurídico desde el espíritu de los derechos fundamentales. Además, los derechos fundamentales, tan fuertemente expansivos en su significación, fueran la base material para el triunfo de la jurisdicción constitucional alemana, cuyas competencias tienen un alcance desconocido en otros países. Por último, esa dimensión objetiva de los derechos fundamentales fue – y sigue siendo – un descubrimiento determinante para todo el Derecho público alemán, porque ha contribuido decisivamente al alto grado de juridización de la vida política, a mantener la cercanía entre Derecho constitucional y Derecho ordinario y a la omnipresencia del Derecho constitucional en todo el ordenamiento. Nada en la ley es ajeno a la Constitución, podría decirse” (WAHL, 2013, p. 56).



Também aqui a jurisprudência alemã desempenhou papel decisivo. Como ressaltava Vasco Pereira da Silva (2003, p. 233), por ação da jurisprudência começam a ser reconhecidos mais direitos públicos subjetivos que não decorrem diretamente de uma norma jurídico-administrativa, nem têm como titulares os imediatos destinatários da atividade administrativa. Trata-se do fenômeno que doutrina e jurisprudência passaram a denominar como “direitos de terceiros”.

Nesse movimento de alargamento dos direitos públicos subjetivos, a jurisprudência passou a reconhecer esses direitos não só aos destinatários diretos da ação estatal, mas também àqueles “terceiros” por ela afetados. Por conseguinte, também ao particular lesado pela atuação estatal, ainda que não lhe seja possível invocar uma norma jurídica que dê imediata cobertura à sua posição jurídica, são admitidos direitos públicos subjetivos.

Essa tendência é marcante, especialmente nos domínios do direito da construção (*Baurecht*), com reconhecimento de direitos dos vizinhos afetados pelas autorizações administrativas de construção, e do direito ambiental (*Umweltrecht*), com reconhecimento de direitos aos particulares acometidos, por exemplo, pelas autorizações de funcionamento de empresas e fábricas.

A título ilustrativo, cite-se um exemplo do direito ambiental. Uma das primeiras decisões do Tribunal Administrativo Federal alemão a reconhecer a existência de direitos públicos subjetivos no domínio do direito ambiental foi no caso do pescador de chalupa (*Kutterschiffers*).

O caso envolvia, de um lado, os proprietários de uma fábrica que haviam obtido autorização administrativa para despejar, até um determinado montante, os resíduos de sua atividade industrial em um lago e, de outro, um pescador, dono de um barco pesqueiro (chalupa), que viu sua atividade ameaçada pelo desaparecimento dos peixes, provocado pela descarga de resíduos da fábrica.

A primeira questão enfrentada pelo tribunal foi justamente a de saber se, no caso, havia ou não um direito subjetivo a favor do pescador que lhe conferisse legitimidade para impugnar a autorização administrativa concedida. Instaurada a controvérsia, entendeu

o Tribunal que a posição jurídica do pescador é protegida pelo seu direito fundamental de propriedade (que, no caso do direito alemão, abrange também o direito à livre-iniciativa econômica), o que, portanto, assegura-lhe um direito de defesa contra agressões administrativas à sua propriedade.<sup>82</sup>

Observa-se, assim, que a jurisprudência e doutrina alemãs, especialmente nos anos que se seguiram à publicação da lei fundamental de 1949, vão progressivamente alargando o âmbito de aplicação dos direitos públicos subjetivos, como consequência do reposicionamento do indivíduo nas suas relações com o Estado. Se, por um lado, a nova configuração do Estado de Direito amplia os campos de atuação da Administração Pública, de outro, a doutrina e jurisprudência alemãs parecem reagir a esse crescimento como o alargamento dos direitos subjetivos reconhecidos aos particulares em suas relações com a Administração.

Essa crescente subjetivação do direito público alemão levou ao que Rainer Wahl (2013, p. 41) apontou como o “giro copernicano”<sup>83</sup> experimentado por esse ramo do direito após a promulgação da Lei Fundamental de 1949, com reflexo em diversas teorias tradicionais no direito administrativo alemão, inclusive na teoria das formas jurídicas de atuação administrativa.

---

<sup>82</sup> Sobre o tema, destaca Rainer Wahl (2013, p. 59) que, “como resultado de la ampliación de los derechos públicos subjetivos de terceros y vecinos, fue aumentando progresivamente el número de las normas que se entendían tanto como normas que concedían facultades a la Administración como, al mismo tiempo, en calidad de normas que reconocían derechos a los terceros; y ello sin que su tenor literal hubiese cambiado a respecto de la época del Derecho administrativo clásico”.

<sup>83</sup> A referência a Nicolau Copérnico tem por objetivo ressaltar esse reposicionamento do indivíduo no centro do ordenamento jurídico alemão promovido pela Lei Fundamental de 1949 e levado adiante pela doutrina e jurisprudência no período subsequente à promulgação do novo texto constitucional.

## 3.2 Tratamento dogmático dos instrumentos de atuação administrativa

### 3.2.1 Considerações preliminares sobre a evolução do pensamento teórico alemão

#### 3.2.1.1 Período inicial: consolidação da teoria das formas de atuação jurídico-administrativa como tema central do direito administrativo alemão

O restabelecimento do Estado de Direito na Alemanha fez com que, num primeiro momento, a dogmática administrativista à época retornasse aos autores clássicos como Otto Mayer, Fritz Fleiner e Walter Jellinek, como forma de preenchimento da lacuna deixada pelo abandono da doutrina nacional-socialista.<sup>84</sup>

Importante teoria resgatada nesse período inicial do pós-guerra foi a denominada teoria das formas de atuação administrativa (*die Lehre von der Handlungsformen der Verwaltung*), que ocupa, até hoje,<sup>85</sup> papel central no administrativo alemão (parte geral).

O pensamento em “forma jurídica” está associado, aponta Martin Schulte (1995, p. 189), a duas ideias fundamentais a orientar o trabalho da dogmática administrativista germânica: a de *abstração* e a de *atribuição de consequência jurídica*. Essas ideias correspondem ao que Eberhard Schmidt-Assmann (1989, p. 533) denomina como ideias de “conformação” e de “sistema”.

*Abstração* indica o trabalho atribuído à dogmática de, a partir da complexa realidade da atuação administrativa, identificar certos padrões de atuação da Administração Pública, os quais, uma vez identificados, deveriam então ser desenvolvidos conceitualmente, a partir de categorias jurídicas minimamente genéricas.

Daí a ideia de *conformação* ou, em outras palavras, de atribuição de forma, que, num primeiro momento, tem por objetivo isolar determinados elementos (no caso, padrões

---

<sup>84</sup> Sobre o desenvolvimento e evolução histórica da ciência do direito administrativo alemã vide (STOLLEIS, 2006).

<sup>85</sup> Nesse sentido, cite-se alguns exemplos: (FORSTHOFF, 1950, p. 153 e ss.), (ACHTERBERG, 1986, p. 355 e ss.), (STOBER e KLUTH, 2007, p. 485 e ss.), (IPSEN, 2015, p. 79), (REMMERT, 2016, p. 569 e ss.).

de comportamento) em meio à complexa realidade da atuação administrativa e desenvolvê-los conceitualmente, a partir de generalizações.

Por sua vez, a finalidade da *atribuição de consequência jurídica* é justamente associar as categorias jurídicas criadas a determinadas consequências sistemáticas fixas. Por isso sua correlação com a ideia de *sistema*, que, segundo Schmidt-Assmann, pressupõe a ordenação dos padrões de comportamento isolados e a vinculação de consequências jurídicas a eles. A associação da qualificação da ação com as consequências jurídicas confere previsibilidade e maior segurança jurídica à atuação estatal.

A associação dessas duas ideias “abstração/conformação” e “atribuição de consequência jurídica/sistema” permite o alcance do que o mesmo autor denomina como a dupla função da teoria das formas de atuação jurídico-administrativa: as funções de ordenação e de “armazenamento” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 307).

De acordo com a função ordenadora, as formas jurídicas devem ordenar a ação administrativa conforme os dois princípios: o da concentração, que permite que se alcance maior “distância” ou objetividade, e o da adequação, que busca atingir a correspondência adequada da forma com as consequências jurídicas que dela decorrem.

A função de armazenamento, por seu turno, tem um viés jurídico-prático: a identificação de determinada forma jurídica facilita o reconhecimento de soluções concretas de questões jurídicas e desencadeia, graças a essa função auxiliar, a aplicação do direito. Portanto, se certa decisão administrativa reúne as características de uma forma jurídica estabelecida como tal, ela estará submetida a todos os pressupostos e consequências jurídicos previstos pelo ordenamento jurídico para essa forma. De tal classificação podem derivar, por exemplo, respostas às questões sobre o regime jurídico aplicável, o procedimento a ser observado, a validade da decisão, as formas para sua impugnação, as ações de tutela jurídica que podem ser manejadas pelo destinatário da decisão etc.

Com base nessas ideias, a teoria das formas de atuação jurídico-administrativa responde a duas necessidades urgentes do direito administrativo alemão pós-Segunda Guerra: submissão da atuação administrativa aos ditames do Estado de Direito (atribuição

de forma jurídica) e proteção do indivíduo perante a atuação estatal (previsão de consequências jurídicas). Conforme já advertia Otto Mayer (1949, p. 92), a teoria das formas de atuação administrativa desempenha uma relevante função ordenadora e protetora, na medida em que lhe cabe, “no fluxo da atividade administrativa, fazer emergir, aqui e ali, pontos sólidos que forneçam apoio ao indivíduo e lhe indiquem, com segurança, para onde se está indo”.

Dessarte, a necessidade de reconstrução do Estado de Direito alemão (e, por consequência, do próprio direito administrativo) faz com que a dogmática administrativista alemã retome a ideia de atribuição de forma jurídica à atuação estatal, e, ao fazê-lo, consolide de vez sua importância como elemento estruturador da sistemática do direito administrativo alemão.<sup>86</sup> As formas de atuação jurídico-administrativas passam a ser vistas como o principal contraponto à arbitrariedade estatal.

Percebe-se que nesse período de consolidação da teoria das formas jurídico-administrativas de atuação estatal dá-se ainda grande relevo à figura do ato administrativo, que volta a ocupar um papel central na dogmática administrativista alemã de maneira geral. Isso porque já havia uma forte tradição nos tribunais administrativos alemães de reconhecer o direito de proteção jurídica dos administrativos perante a atuação estatal via ato administrativo. Portanto, sempre diante de uma decisão administrativa qualificável como ato administrativo o direito à tutela jurisdicional era inquestionável.

Nesse momento inicial de reconstrução do Estado Democrático de Direito, após um período de grave afronta aos direitos e liberdades individuais, é natural que a preocupação da dogmática administrativista esteja centrada sobretudo na ideia de proteção jurídica dos cidadãos perante o poder estatal. E essa proteção passa quase que inevitavelmente pela figura do ato administrativo, até então a principal figura apta a dar contornos jurídicos à atuação estatal e a fazer frente à arbitrariedade estatal.

---

<sup>86</sup> Sobre o significado da ideia de sistema para a ciência do direito administrativo, vide, por todos, Eberhard Schmidt-Assmann (2003).

### 3.2.1.2 *Transição: nascimento da teoria da relação jurídico-administrativa e seu impacto na teoria das formas de atuação jurídico-administrativa*

Esse período de consolidação da teoria das formas de atuação jurídico-administrativa se estende até a década de 1970, aproximadamente, quando os doutrinadores administrativistas alemães passam a questionar a suficiência dessa teoria para explicar a complexidade do fenômeno da atuação administrativa.

As diversas e constantes alterações no papel do Estado (especialmente a transição de Estado-agressor para Estado-prestador), o reconhecimento do indivíduo como cidadão (e não mais como súdito), a vinculação da atividade estatal aos direitos fundamentais e o movimento de subjetivação do direito administrativo, tudo isso levou ao questionamento, pela doutrina, da adequação e suficiência da teoria das formas de atuação jurídico-administrativa como elemento de ordenação dogmática apto a explicar a complexidade do fenômeno da atuação administrativa.

Inseridos num contexto mais amplo de “reforma” (HOFFMANN-RIEM, 1993, p. 116), “evolução” (SCHMIDT-ASSMANN, 1993, p. 45) e ruptura do direito administrativo com suas bases tradicionais, que vai atingir seu ápice na década de 1990,<sup>87</sup> os autores concentram sua crítica ao estudo excessivamente centrado em formas e, especialmente, à especial atenção dedicada até aquele momento pela doutrina administrativista à figura do ato administrativo.

Diz-se que o olhar estritamente voltado a instrumentos jurídicos de atuação era insuficiente para captar os mais diversos fenômenos jurídico-administrativos abarcados na atuação do Estado-Administração, em especial as diversas posições jurídicas, ativas e passivas, dos particulares e da Administração, ao longo de todo o processo de tomada de

---

<sup>87</sup> Marcante nesse novo período de transição da dogmática administrativista alemã a publicação de uma série de livros organizada por Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann e Schuppert, composta por dez volumes (o primeiro publicado em 1993 e o último em 2004), todos eles destinados a abordar o tema da reforma do direito administrativo alemão (nome original da série em alemão: “Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts”). Essa publicação consolida a nova orientação dogmática do direito administrativo alemão e tem sido a principal referência dos estudiosos do assunto. Posteriormente, as matérias discutidas nessa série sobre a reforma do direito administrativo foram incorporadas em um manual organizado por Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann e Vosskuhle, composto por três volumes (título dos livros: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*).

decisão (que inclui, até mesmo, um olhar para as posições jurídicas que se formam *em consequência* da decisão).

O pensar em “formas jurídicas” fez com que a doutrina administrativista alemã se concentrasse, por muitos anos, na análise do resultado obtido com a atuação estatal (sobretudo no ato administrativo), sem se preocupar com o processo que conduz até esse resultado e com as vinculações jurídicas criadas ao longo de todo esse percurso e, até mesmo, após a tomada da decisão administrativa.

Nesse contexto, o conceito de relação jurídica passa a ser a nova aposta da dogmática administrativista alemã. Por meio dela os administrativistas buscam conferir novo tratamento jurídico, compatível com os ditames do Estado Democrático de Direito, às mais diversas relações travadas entre a Administração e os particulares – estes agora concebidos e reconhecidos como sujeitos de direito, e não como meros objetos da ação administrativa – e, também, entre as autoridades administrativas entre si.

Para fazer frente aos inúmeros questionamentos e desafios que a realidade social impunha à dogmática tradicional seria preciso algo novo. E o recurso a uma categoria jurídica já consagrada na teoria geral do direito, que, ao mesmo tempo, não fosse estranha à dogmática clássica, foi a saída encontrada pela doutrina administrativista naquele momento.

Até aquele momento, autores mais clássicos como Fritz Fleiner, Otto Mayer e Walter Jellinek também se valiam da relação jurídica para explicar as especificidades do direito administrativo como ramo autônomo de estudo do direito. No entanto, o recurso a essa figura era desprovido de qualquer tecnicidade, mais com o intuito de facilitar a comunicação entre privatistas e publicistas. À relação jurídica não era atribuída qualquer relevância, teórica ou prática.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Exemplo de postura nesse sentido é a diferenciação apresentada por Fleiner (1933, p. 115) entre direito administrativo e direito civil. Para o autor, diferentemente do que ocorre no direito civil, em que as partes têm autonomia para estabelecer relações jurídicas entre si, no direito administrativo as relações jurídicas são derivadas da lei. É a lei que determina sob quais requisitos os sujeitos de direito (Estado e súdito) podem exigir prestações entre si. Em suas palavras: “el Derecho privado deja amplio cargo a las partes para crear y modificar discrecionalmente sus relaciones jurídicas. Tal es el ancho campo que ofrece la libertad de contratación. Por el contrario, en el Derecho administrativo la situación es otra. Aquí se trata

A relação jurídica passa a ganhar importância como elemento de ordenação dogmática do direito administrativo num contexto de ruptura com essa doutrina clássica, em que se refuta a qualificação da relação entre Estado e cidadão como uma relação de poder e passa-se a ser compreendida, cada vez mais, a dinamicidade da vida em sociedade, na qual Estado e indivíduo se relacionam e se comprometem reciprocamente, nas mais diversas situações.

Importante fator impulsionador na busca de novo elemento de ordenação dogmática do direito administrativo foram as transformações ocorridas em importantes campos de referência à parte geral do direito administrativo, em especial nos campos do direito ambiental e do direito social.<sup>89</sup>

Esses campos de referência se viram desafiados a estruturar modelos próprios de solução de conflitos e de articulação de interesses, que, muitas vezes, colocavam em xeque conceitos e institutos-chave da parte geral do direito administrativo, despertando a necessidade de sua revisão e eventual reformulação.

O direito ambiental, por exemplo, trouxe à tona importantes questões, por exemplo: (i) a necessidade de obtenção de informações como importante arma à prevenção de danos ambientais; (ii) a necessidade de alteração da estrutura dos interesses envolvidos numa atuação administrativa, o que leva a uma dupla consequência: de um lado, o reconhecimento de que os interesses não são meramente individuais (daqueles afetados com a atuação administrativa, mas também coletivos), e, de outro, a constatação da existência de múltiplos interesses, mesmo internamente à própria Administração, todos eles igualmente públicos, o que leva à necessidade de sopesamento do interesse a ser alcançado com aquela atuação específica; (iii) a importância da cooperação dos particulares no alcance de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, posto que o Estado, sozinho e sem aceitação e cooperação dos indivíduos, jamais poderia atingir esse resultado.

---

de relaciones jurídicas trazadas principalmente a priori por la ley” (FLEINER, 1933, p. 115-116). Fleiner, contudo, não se preocupa em desenvolver o conceito de relação jurídica, tampouco em analisar as diferentes relações jurídicas passíveis de serem estabelecidas entre Estado e súdito, para, a partir daí, atribuir-lhes tratamento sistemático.

<sup>89</sup> Sobre o tema: (HOFFMANN-RIEM, 1993), (SCHMIDT-ASSMANN, 1993), (SCHOCH, 1994).



O direito social, por seu turno, põe em evidência outras formas de atuação administrativa que não aquela matizada de juridicidade. Nesse ramo do direito é comum que a Administração se manifeste por meio de aconselhamentos, esclarecimentos, assistência material, atuações que não se enquadram no conteúdo normativo-regulatório do ato administrativo.

Percebeu-se, assim, que esses ramos de referências, desafiados pelas transformações ocorridas na realidade social, política, econômica e jurídica da sociedade, reagiram com a formulação de modelos e soluções relativamente aos quais a teoria geral do direito administrativo havia ainda pouco se atentado.

Tudo isso induziu a que a teoria geral revisitasse antigos conceitos e formulasse novas explicações dogmáticas aptas a abarcar toda essa nova e complexa realidade enfrentada pela Administração. Em meio a todos esses questionamentos, num primeiro momento a doutrina se voltou a uma categoria jurídica já consagrada na teoria geral do direito, qual seja a ideia de relação jurídica.

A ideia de relação jurídica representa, pois, a resposta da dogmática administrativista aos desafios que a realidade social lhe impunha para explicar a relação dos entes administrativos entre si e, principalmente, da sua relação com os administrados, nos mais diversos setores econômicos e sociais.

Partiu-se de uma categoria jurídica já consagrada na teoria geral do direito para, com base nela, ampliar o espectro de análise das relações Estado-cidadão e dos próprios entes administrativos entre si. Tanto assim que não havia uma preocupação da doutrina administrativista à época em propor um novo conceito de relação jurídica, específico para as relações envolvendo a Administração Pública.

Com o recurso à relação jurídica administrativa não pretendiam os autores administrativistas reformular esse conceito, visando a sua adequação ao direito administrativo. Ao contrário, a grande contribuição da aplicação da relação jurídica ao direito administrativo seria, de um lado, o rompimento definitivo com a ideia de relação de poder típica da Administração agressiva (e bastante presente na doutrina administrativista

clássica), e, de outro, a possibilidade de aplicação desse “conceito-quadro”<sup>90</sup> para explicação dos diversos vínculos jurídicos existentes entre o Estado-Administração e os indivíduos (e, também, entre as entidades administrativas entre si), anteriores ou posteriores à prática do ato administrativo.

Propulsores desse movimento de valoração dogmática da figura da relação jurídica foram, sobretudo, os trabalhos desenvolvidos por Achterberg (1986), Häberle (1980), Gröschner (1997), Henke (2013), Bachof (1972) e Bauer (1992).

Todos eles partiam de um conceito de relação jurídica bastante próximo. Bauer (1992, p. 317), por exemplo, valia-se do conceito adotado por Achterberg (1986, p. 381), para quem relação jurídica é uma ligação entre dois ou mais sujeitos de direito constituída e conformada pelas normas jurídicas. No mesmo sentido, Erichsen (1995, p. 209) define relação jurídica como a ligação entre dois ou mais sujeitos jurídicos regulada pelo direito, razão pela qual qualifica como relação jurídico-administrativa todas as ligações entre dois ou mais sujeitos jurídicos reguladas pelo direito público (ERICHSEN, 1995, p. 210).

Partindo de conceitos semelhantes, a principal divergência entre os autores refere-se ao *momento de criação da relação jurídica*. Para autores como Bauer, Henke e Achterberg a relação jurídica decorre diretamente da norma jurídica. Achterberg (1986, p. 367) chega até mesmo a afirmar que o ordenamento jurídico consiste numa variedade de relações jurídicas. Assim, para esses autores, entre Estado e cidadão existe, desde logo, uma relação jurídica geral (eis que submetidas aos ditames do direito), ao lado relações jurídicas especiais, que podem nascer a partir de qualquer fato juridicamente relevante (por exemplo, a partir de um ato ou contrato administrativo).<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Expressão utilizada por Silva (2003, p. 160).

<sup>91</sup> Veja-se, nesse sentido, a seguinte passagem de Henke (1980, p. 624): “no Estado de Direito não há lugar para relações de poder, pelo contrário, todas as relações entre o Estado e os cidadãos são relações jurídicas. Existem, portanto, certamente, relações jurídicas especiais com direitos relativos, quando entre autoridades administrativas e cidadãos determinados existem direitos e deveres determinados. Mas existe também, pura e simplesmente, uma relação jurídica geral entre o Estado e os cidadãos, que contém direitos absolutos e pretensões legais latentes”.

Para autores como Bachof, Erichsen e Maurer – que representam a posição hoje dominante no direito alemão<sup>92</sup> –, o nascimento de uma relação jurídica depende da concretização de um fato juridicamente relevante que lhe dê origem. Ou seja, diferente da outra corrente, esses autores não entendem a relação jurídica como diretamente criada pela norma jurídica. Para eles, trata-se de um instituto que, para nascer, depende da concretização de um fato criador, havendo, portanto, uma distinção entre a previsão legal da relação e sua efetiva concretização em uma situação fática. É a circunstância fática que transforma a previsão legal de direitos e deveres numa relação jurídica.

Enfim, independentemente do entendimento adotado, fato é que o pensar em relação jurídica permitiu à doutrina administrativista alemã compreender a generalidade dos fatores e dos efeitos relacionados à atuação administrativa, em especial no que diz respeito ao relacionamento da Administração com os particulares.<sup>93</sup>

A relação jurídica enfatiza a posição dos indivíduos como sujeitos de direitos e, conseqüentemente, como detentores de direitos públicos subjetivos perante as autoridades administrativas. Como destaca Schmidt-Assmann (2003, p. 19), a Lei Fundamental alemã qualifica a posição exercida pelo indivíduo diante da comunidade estatal como uma relação jurídica. E relação jurídica é um conceito que pressupõe a existência de sujeitos e titulares de direitos.

A relação jurídica reconhece o indivíduo como sujeito de direito e permite-lhe atuar de modo autônomo perante o Estado. Ela se contrapõe à relação de poder, que tem

---

<sup>92</sup> Entendimento firmado pelos próprios tribunais administrativos, a exemplo do julgado do Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) de 23.01.1992, no qual o Tribunal estatuiu que relação jurídica, para fins de acesso à justiça (§ 43, Abs. 1, VwGO), é aquela resultante de um caso concreto. Apenas quando a aplicação de uma norma de direito público num caso concreto for discutível é que será possível caracterizar uma relação jurídica para fins de acesso à justiça. (No original: “Als Rechtsverhältnis im Sinne des §43 Abs. 1 VwGO werden gemeinhin die rechtlichen Beziehungen angesehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer diesen Sachverhalt betreffenden öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben. Rechtliche Beziehungen eines Beteiligten zu einem ändern haben sich mithin erst dann zu einem bestimmten konkretisierten Rechtsverhältnis verdichtet, wenn die Anwendung einer bestimmten Norm des öffentlichen Rechts auf einen bereits überschaubaren Sachverhalt streitig ist” – BVerwG 89, 327-334).

<sup>93</sup> Como destaca Silva (2003, p. 158): “Já não se está, como nas teorizações clássicas, perante um conceito meramente formal de relação jurídica, que esconde o desequilíbrio de posições de uma Administração agressiva e um administrado submetido a esse poder, antes se adopta uma noção material de relação jurídica, em que Administração e privados actuam como sujeitos de direito, dotados de direitos e deveres recíprocos”.

como pressuposto a posição de supremacia da Administração em face de seus súditos, e à ideia de relação de sujeição especial, concebida como uma relação interna da Administração livre do direito (atuação administrativa livre da lei). Agora, a relação entre Estado e indivíduo é concebida, sempre, como uma relação jurídica, em que ambos os sujeitos são titulares de deveres e direitos recíprocos.

A relação jurídica tornou possível explicar as transformações no modo de relacionamento entre as autoridades administrativas e os particulares, acentuando, sobretudo, a posição jurídica destes e os direitos por eles detidos diante do Estado. Ela retira o cidadão da posição de mera subalternidade perante a Administração e amplia o leque das vinculações intersubjetivas que podem ser criadas entre Estado-indivíduo.

A relação jurídica serviu como uma chave de análise que permitiu aos doutrinadores na época explicar a generalidade do fenômeno da atuação da moderna Administração, oferecendo alternativas de resposta a questões que a teoria das formas jurídico-administrativas de atuação não conseguia solucionar, em especial:<sup>94</sup>

- a) A diversificação das formas de atuação da Administração Pública, especialmente nos casos em que tal atuação não é matizada de juridicidade. A teoria da relação jurídica permite a compreensão do posicionamento dos entes administrativos, tanto nas situações clássicas em que sua atuação tem um conteúdo normativo (voltado à delimitação do direito aplicável, por exemplo, no caso do ato e do contrato administrativo) quanto nos casos em que a atuação administrativa não produz efeitos jurídicos imediatos (atuação material e informal, por exemplo). Independentemente da forma de atuação escolhida, é possível perquirir a existência, ou não, de uma relação jurídico-administrativa;<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Segundo Bachof, só por meio do recurso à relação jurídica, e não apenas ao ato administrativo, é que “outros institutos e formas de atuação podem se desenvolver e se intensificar, na sua diversidade, o que constitui uma necessidade do direito administrativo para se adequar às tarefas da Administração” (BACHOF, 1972, p. 232).

<sup>95</sup> Nesse sentido, ver Martin Schulte (1995). Achterberg (1986, p. 382) cita como exemplo desse tipo de atuação sem conteúdo normativo o ato de pagamento da aposentadoria ao beneficiado. Trata-se, a um só de tempo, de exemplo de relação duradoura, uma vez que esse pagamento é feito em parcelas periódicas, que se concretiza por meio de um ato material (de fato).

- b) O plexo de posições jurídicas ativas e passivas da Administração e dos particulares surgido anterior ou posteriormente à tomada da decisão administrativa. A relação jurídica permite compreender os instrumentos de atuação jurídico-administrativa como um momento de interação entre Administração Pública e particulares, sem a pretensão de esgotar todo o universo de relacionamento que pode se desenvolver entre eles. Como diz Bachof (1972, p. 231): “o ato administrativo é apenas uma fotografia instantânea que representa relações em movimento”;
- c) A melhor compreensão das relações jurídicas duradouras, característica, sobretudo, da Administração prestadora, em que o relacionamento da Administração e dos indivíduos se estende no tempo. Como destaca Schmidt-Assmann (1989, p. 540), a relação jurídica permite uma melhor compreensão da dimensão “tempo” nos relacionamentos firmados entre Estado e indivíduos;
- d) A identificação da posição jurídica de terceiros,<sup>96</sup> nos casos de atuações jurídicas multipolares, ou seja, em que os efeitos da atuação administrativa não se dirigem apenas ao destinatário da medida, mas refletem também em terceiros por ela diretamente afetados (por exemplo, no caso de uma autorização para construção, que produz efeitos não só sobre o dono da obra, mas também sobre seus vizinhos);
- e) A ampliação da proteção jurídica dos particulares perante a Administração, visto que a análise de um quadro fático sob o prisma da relação jurídica permite a constatação da existência, ou não, de direitos públicos subjetivos dos particulares;<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Vale lembrar o posicionamento de Fleiner (1933, p. 128), no sentido de que a relação jurídica administrativa é uma relação puramente pessoal, o que afasta a possibilidade de derivação de um direito de terceiro a partir dessa relação.

<sup>97</sup> Vale lembrar que, no direito alemão, a comprovação da violação a um direito público subjetivo (e não a um mero interesse) é condição essencial para o acesso à justiça. Nesse sentido, o conteúdo do art. 19, Abs. 4, da GG: Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. (No original: Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm

- f) A compreensão dos diversos direitos e deveres abarcados em uma única atuação administrativa, em especial determinações acessórias (*Nebenpflichten*), como no caso de estabelecimento de condicionantes à concessão de uma licença ambiental;
- g) A explicação do fenômeno da participação no procedimento, na medida em que a relação de procedimento constitui uma das modalidades de relação jurídica. Como destaca Silva (2003, p. 189), o entendimento da relação procedimental como uma relação jurídica permite a compreensão da participação no procedimento como forma de defesa preventiva dos interesses dos atuantes no processo.<sup>98</sup>

Curioso notar que, na Alemanha, o aparecimento do pensar processual no direito administrativo foi quase que inevitavelmente acompanhado da ideia de relação jurídico-administrativa.<sup>99</sup> Enquanto a teoria da relação administrativa se propõe a analisar os processos comunicativos entre Administração e particulares para avaliação da existência de verdadeiras relações jurídicas, com direitos e obrigações recíprocos, o procedimento é visto como ordenação dos múltiplos contatos que se produzem entre a Administração e os cidadãos em um esquema previamente ordenado e regulado pelo direito.<sup>100</sup>

Nessa sistemática, a ideia de processo parece estar mais ligada à ordenação da troca de informações entre Estado e sociedade. Partindo-se da premissa de que essa troca de informações contribui com a tomada de decisões mais adequadas e eficazes, o processo tem por foco principal ordenar como essas interações devem ocorrer dentro de uma estrutura previamente delimitada e regulada pelo direito. Por meio do processo busca-se sistematizar como se dará a interação entre os diversos agentes, de modo a assegurar que a troca de informações aconteça num ambiente controlável e, mais ainda, conduza efetivamente a uma tomada de decisão mais consciente e acertada.

---

der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.)

<sup>98</sup> Ilustrativa desse entendimento a seguinte passagem de Erichsen (1995, p. 210): “é irrelevante para a dogmática se os direitos provêm do direito material ou formal, enquanto as vinculações jurídicas e as consequências da violação ao direito estejam claramente reguladas”.

<sup>99</sup> Sobre o tema, vide Schulte (1995, p. 66).

<sup>100</sup> Nesse sentido, Schmidt-Assmann (2003, p. 358).

A teoria da relação jurídica, por sua vez, tem por enfoque analisar as mais diversas relações travadas entre Estado e indivíduo, seja antes, durante ou após o procedimento. A partir de uma análise da realidade empiricamente observável, busca-se identificar a existência, ou não, de vinculações jurídicas entre as partes, ou seja, de direitos e obrigações recíprocos, que qualifiquem como juridicamente relevantes as relações objeto de estudo. O processo corresponderia ao *locus* onde se estabelecem e se desenvolvem as relações jurídico-administrativas, mas esse conceito, por si só, não é suficiente para identificar a existência de direitos públicos subjetivos dos particulares perante a Administração. Essa identificação é tarefa da teoria da relação jurídica.

Ambas as teorias (do processo e da relação jurídica) têm em comum o fato de ampliarem o objeto de análise dos juristas, não mais focado apenas no resultado obtido com a atuação administrativa, mas agora preocupado com todo o processo de formação da decisão administrativa e com as consequências inerentes a essa decisão.

### 3.2.1.3 *Situação atual: forma de atuação e relação jurídica como teorias complementares e essenciais à formação e ordenação da parte geral do direito administrativo alemão*

Num primeiro momento, o recurso à figura da relação jurídica teve por objetivo agregar um novo elemento à ordenação dogmática administrativista, elemento esse potencialmente apto a ser erigido como a nova noção central ao direito administrativo contemporâneo, ocupando posição até então pertencente às formas jurídicas de atuação administrativa (e ao ato administrativo, em especial).

Como destaca Bauer (1992, p. 317), o interesse científico atrelado a essa figura seria o de detectar no direito administrativo classes típicas de relações jurídicas, ordená-las dogmaticamente segundo pressupostos de constituição, objeto e configuração de conteúdo e trazê-las do direito administrativo especial para a parte geral, com as regras determinantes para seu manejo jurídico.

Ou seja, não se pretendia apenas introduzir um novo conceito na parte geral do direito administrativo. Além disso, esperava-se que esse novo conceito permitisse a classificação de classes típicas de relações jurídicas, que, uma vez ordenadas, fossem suficientes para explicar a complexidade do fenômeno da atuação administrativa.

Exemplo nesse sentido é o tratamento dogmático conferido por Achterberg (1986, p. 382-391) à relação jurídica em seu *Manual de direito administrativo*. Após apresentar o conceito de relação jurídica e trabalhar seus principais elementos, o autor adota classificação própria de relações jurídico-administrativas, destacando para cada uma qual o principal instrumento jurídico que consubstancia essa relação.

Assim, por exemplo, o caso da relação por ele denominada de “relação entre uma organização e seus membros” (*Organisation-Organisationsmitglied-Verhältnis*), cujo principal exemplo é a relação Estado-cidadão. Segundo o autor, a relação membro-organização engloba a relação geral de poder e a relação especial de poder.

A primeira (relação geral) abrange as relações entre Estado e todos aqueles que se encontram sob o poder estatal. A atuação estatal nesse tipo de relação, aponta o autor, ocorre usualmente por meio de regulamento (ato normativo), ato administrativo e contrato administrativo (ACHTERBERG, 1986, p. 383). A relação especial de poder, equivalente à relação de sujeição especial, por sua vez, compreende as relações entre Estado e parte dos indivíduos submetidos ao poder estatal, por exemplo, servidores públicos, alunos de escolas públicas, detentos do sistema prisional, entre outros.

Para Achterberg, a identificação dessas relações de sujeição especial como relações jurídicas tem o condão de submetê-las aos ditames do Estado do Direito e, especialmente, à exigência de lei a legitimar essa atuação. Até então a doutrina clássica entendia que, nessas situações, a atuação administrativa seria livre, no sentido de não submetida à lei. Falava-se efetivamente em “Administração livre da lei” (*gesetzfreier Verwaltung*): justamente no campo da discricionariedade administrativa, a Administração estaria livre para agir conforme seu discernimento, sem se vincular a qualquer parâmetro legislativo.

Agora, entende o autor que também a relação de sujeição especial também está submetida ao princípio da legalidade, especialmente quando essa atuação puder restringir algum direito fundamental do indivíduo. Nesse caso, é necessário que a atuação administrativa esteja fundamentada em lei, o que, se não ocorrer, abre as portas à tutela jurisdicional.



Outro exemplo de relação jurídico-administrativa trabalhada pelo autor é a relação jurídica entre um órgão e seu representante (*Organ-Organwalter-Verhältnis*). Segundo Achterberg, dessas relações resultam atos jurídicos internos, como as instruções e portarias, que, diferentemente dos atos administrativos, não são passíveis de anulação nos termos da lei de processo administrativo, dado que não produzem efeitos externos.

Esse, pois, um exemplo do que se propunha a doutrina administrativista ao resgatar a figura da relação jurídica e, com ela, elidir a necessidade de um estudo focado apenas nos instrumentos jurídicos de atuação administrativa. Entendia-se que o conceito de relação jurídica seria suficiente para, a um só tempo, contemplar os instrumentos jurídicos de atuação administrativa e os meios de proteção jurisdicional da posição dos indivíduos perante as autoridades administrativas.

Com o passar dos anos, porém, é possível perceber um abrandamento dessa postura de ruptura com a teoria das formas de atuação jurídico-administrativa (e com o ato administrativo, em especial) e, até mesmo, um esgotamento da teoria da relação jurídica como marco de ordenação, único e nuclear, do direito administrativo.

Se, por um lado, a relação jurídica conquistou seu lugar nos principais tratados e manuais de direito administrativo,<sup>101</sup> por outro, não provocou toda a revolução dogmática inicialmente esperada, a ponto de se prescindir dos instrumentos jurídicos de atuação administrativa. O mesmo se pode dizer sobre o direito legislado. Embora assente na doutrina, o conceito de relação jurídica é ainda pouco empregado na legislação administrativista,<sup>102</sup> que, por outro lado, refere-se frequentemente à figura do ato e do contrato administrativo.

Por tudo isso, percebe-se atualmente uma nítida mudança de postura dos doutrinadores diante da figura da relação jurídica, não mais invocada como o novo “ponto

---

<sup>101</sup> Vide, por exemplo, as seguintes obras: (ERICHSEN, 1995), (MAURER, 2011), (IPSEN, 2015), (FABER, 1995), (HOFFMANN-RIEM, 2012), (REMMERT, 2016).

<sup>102</sup> Suas principais aparições são no § 54, Abs. 1, da VwVfG, segundo o qual uma relação jurídica no campo do direito público pode ser constituída, alterada ou extinta por meio de contrato, e no § 41 do VwGO, que admite a proposição de ação declaratória no âmbito dos tribunais administrativos para atestação da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Nesse segundo caso, a relação jurídica serve como fundamento à pretensão que se apresenta em juízo.

de Arquimedes do direito administrativo”,<sup>103</sup> mas como um conceito que, com os instrumentos de atuação jurídico-administrativa, forma o *sistema da ação administrativa*.<sup>104</sup>

Nesse sistema, não só são introduzidos novos elementos (relação jurídica), como seus elementos tradicionais são revisitados e, quando o caso, reformulados. Esse é o caso dos instrumentos jurídicos de atuação administrativa que, nesse movimento por reforma do direito administrativo, ganham uma nova dimensão.

Originalmente concebidos para atribuir contornos jurídicos à atuação administrativa e, por conseguinte, proteger os cidadãos contra arbitrariedade estatal, a partir da década 70 do século passado é possível perceber uma tendência da dogmática administrativista em agregar uma nova função a esses instrumentos, qual seja a de orientação e direção da atividade administrativa, avisando a obtenção de resultados mais eficientes e conformes às demandas vigentes.

O pensar em relação jurídica agrega dinamismo ao estudo dogmático da ação administrativa, que, por sua vez, reflete-se na própria compreensão do direito administrativo. De acordo com a doutrina contemporânea,<sup>105</sup> a “nova ciência do direito administrativo”, em contraposição ao método jurídico de Otto Mayer, deve se preocupar não apenas com o aspecto estático da ação administrativa, mas, sobretudo, com seu aspecto dinâmico.

---

<sup>103</sup> “der Archimedische Punkt” é expressão utilizada por Häberle (1980, p. 60). Nesse mesmo sentido, Bachof (1972, p. 231) para quem: “Se um conceito e se um instituto merece ocupar uma posição central no direito administrativo, então que seja a relação jurídica”. (No original: “Wenn ein Begriff und wenn ein Institut eine beherrschende, meinerwegen auch „zentrale“ Stellung im Verwaltungsrecht einzunehmen verdienen, so ist es das Rechtsverhältnis”).

<sup>104</sup> A formação de uma dogmática administrativista orientada sistematicamente é a tese defendida por Schmidt-Assmann (2003) em seu livro sobre a teoria geral do direito administrativo como sistema. No capítulo dedicado ao sistema da ação administrativa o autor defende que esse sistema é constituído pela teoria das formas de atuação jurídico-administrativas e da relação jurídico-administrativa, pelo direito processual administrativo e pelos princípios de atuação da Administração.

<sup>105</sup> Sobre o tema, ver especialmente (HOFFMANN-RIEM, 1993), (SCHUPPERT, 1993), (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 23 e ss.) e (SCHULZE-FIELITZ, 1994).

Sob essa nova perspectiva o direito administrativo assume um caráter instrumental, de conformação da realidade social e realização das mais diversas funções estatais (*Gestaltung- und Bewirkungsfunktion*).<sup>106</sup>

Ao destacar essa nova função do direito administrativo, o que a doutrina pretende é deslocar a perspectiva de análise desse ramo do direito para que ela não se restrinja apenas ao ponto de vista dos particulares, em regra preocupados com os limites da atuação estatal e com os instrumentos jurídicos de que dispõem para defesa de seus interesses, mas abranja também o ponto de vista da Administração e, conseqüentemente, a preocupação com os meios para realização de suas funções e atividades. Nessa visão, a ciência do direito administrativo não poderia se conformar apenas com a construção dogmática de técnicas, categorias e regras jurídicas. É preciso ir além. Caberia a ela também se ocupar das condições e pressupostos para que as regras jurídicas viabilizem a realização eficaz e eficiente das funções estatais e, conseqüentemente, dos fins perseguidos pelo Estado.

Ilustrativo desse entendimento o pensamento de Schmidt-Assmann (2003, p. 25 e ss.). Para o autor, o direito administrativo não pode ser concebido exclusivamente como um sistema voltado apenas a garantir a proteção do indivíduo perante o Estado. Os fins e objetivos do direito administrativo vão muito além da concessão da melhor garantia em favor das situações jurídicas consolidadas em face da ingerência dos poderes públicos. Embora não se negue a importância dessa dimensão – em suas palavras, o direito administrativo foi, é e continuará sendo *também* o direito dos atos unilaterais dotados de *imperium* –, para ele isso é apenas uma parte do tema. Em sua visão, o direito administrativo deve assegurar, ainda, o adequado cumprimento e a execução dos objetivos do Estado e facilitar o exercício da ação administrativa e sua eficácia. Daí sua conclusão no sentido de que

[...] el Derecho administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa. Ello obliga, entre otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad), sino también el de la prohibición de

---

<sup>106</sup> Isso leva a que Andreas Funke (2015, p. 375) defina o direito administrativo como norma de conduta, para a Administração, e norma de avaliação, para os tribunais administrativos. (No original: “Das Verwaltungsrecht ist für die Verwaltung Verhaltensnorm, für das Verwaltungsgericht Beurteilungsnorm.”)

defecto. Y es que es un Derecho administrativo enmarcado en una Constitución de las libertades habrá de tener también su sitio la idea de la eficacia, de la funcionalidade, de la capacidade de actuación efectiva (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 26).

Dessarte, essa nova visão do direito administrativo acaba por refletir também no sistema da ação administrativa, que hoje contempla diferentes enfoques, em especial, a teoria das formas jurídicas de atuação administrativa, a teoria da relação jurídico-administrativa e o direito processual administrativo.

### 3.2.2 *Instrumentos de atuação administrativa na visão da dogmática*

Apresentadas a evolução e as tendências do pensamento teórico alemão em matéria de ação administrativa, analisa-se a seguir o impacto destas na compreensão dogmática de cada instrumento de atuação administrativa individualmente.

#### 3.2.2.1 *Ato administrativo*

Se, por um período, o conceito de relação jurídico-administrativa ameaçou extinguir a teoria das formas de atuação administrativa, a superação dessa oposição leva à necessidade de releitura do ato administrativo, o que foi feito pela dogmática administrativista tendo por base (i) a regulamentação do tema pelo legislador infraconstitucional; (ii) os novos fundamentos do Estado Democrático Social de Direito alemão; e (iii) os novos marcos de ordenação dogmática do direito administrativo, em especial as ideias de processo e de relação jurídico-administrativa.

A iniciar pela *regulamentação do tema pelo legislador infraconstitucional*, a mera positivação do ato administrativo e sua incorporação a um ordenamento jurídico fundado em normas, valores e princípios distintos daqueles vigentes na época da monarquia constitucional agrega especificidades próprias a essa figura, transformando-a substancialmente.

Vale lembrar que, na época da dogmática clássica, o ato administrativo era fruto de criação dogmática voltada à completude da noção de Estado de Direito, sem correspondência no direito legislado. A primeira positivação do conceito de ato administrativo ocorre apenas em 1948, com o já mencionado decreto militar de regulação

da jurisdição contenciosa na antiga zona de ocupação britânica (*Verordnung* n.º 165 der *britischen Militärregierung*, de 1948).<sup>107</sup>

O principal marco regulatório do ato administrativo, porém, advém com a edição da lei de processo administrativo alemã (*VwVfG*), de 1976 e ainda vigente, que, em seu § 35 define o ato como “toda determinação, decisão ou outras medidas expedidas por uma autoridade administrativa para regramento de casos individuais no campo do direito público e que se direcionam para produção de efeitos jurídicos externos imediatos”<sup>108</sup>.

Como observa Bumke (2012, p. 1138-1139), a conformação legislativa do ato administrativo faz com que sua concepção seja agora fruto de um processo legislativo democrático, o que delimita e condiciona o trabalho da dogmática. Hoje, as características e os efeitos jurídicos do ato são definidos pelo sistema jurídico, e não mais por um modelo teórico tradicional concebido sem qualquer respaldo legal. Como consequência, sua interpretação e aplicação devem ser conformes ao ordenamento jurídico em que ele está inserido.<sup>109</sup>

A abstração dogmática, ainda que possível e necessária ao alcance da coerência e unidade interna do sistema jurídico, parte agora de balizas previamente definidas pelo próprio ordenamento jurídico.

---

<sup>107</sup> De acordo com o § 25 do referido decreto, considera-se ato administrativo toda determinação, decisão ou outra medida adotada por uma autoridade administrativa para regramento de um caso individual no campo do direito público. (No original: “jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Massnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird”.)

<sup>108</sup> No original: “Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist”. Em sentido similar o § 118 do Código Tributário (AO): “Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist”. E, também, o § 31 do Código de Seguridade Social (SGB X): “Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist”. Esses diplomas legais também contemplam a definição de disposição geral (“Allgemeinverfügung”) como “um ato administrativo direcionado a um grupo determinado ou determinável de pessoas de acordo com características gerais, ou que se refere às características de direito público de um bem ou de seu uso pela coletividade” (§ 35 VwVfG).

<sup>109</sup> No original: “Denn es handelt sich nunmehr um einen vom demokratischen Gesetzgeber verantworteten und in die grundrechtsdemokratische Verfassungsordnung eingebundenen Rechtsakt” (BUMKE, 2012, p. 1139).

Não se trata mais do ato administrativo concebido por Otto Mayer, mas do ato administrativo positivado na lei de processo administrativo, que, por sua vez, está inserida no ordenamento jurídico alemão, que encontra seu fundamento último de validade na Lei Fundamental de 1949. É nesse contexto que o ato administrativo deve ser concebido e trabalhado dogmaticamente. Esse é o ponto de partida da dogmática.

Definido o ponto de partida, ainda assim houve um grande esforço da dogmática administrativista em romper de vez com essa visão de “ato de autoridade” e de *adequar a figura – agora positivada – do ato administrativo aos novos ditames do Estado Social Democrático de Direito alemão*.

Como visto, a requalificação do Estado de Direito como um Estado social e democrático amplia as funções do Estado e impulsiona um novo equilíbrio entre os poderes estatais, em que a Administração passa a ocupar posição de destaque.

Em reação a esse movimento, a dogmática administrativista passa a questionar o papel do direito administrativo na realização dos novos fins visados pelo Estado. Inicialmente, nesse contexto, os primeiros debates sobre a função instrumental do direito administrativo, que parte da concepção do direito administrativo não apenas como limitador do arbítrio estatal, mas também como instrumento de direcionamento da ação estatal à realização dos fins últimos a que se destina o Estado.

Essa discussão sobre a dupla função do direito administrativo vai se refletir também na teoria das formas de atuação jurídico-administrativa.<sup>110</sup> Segundo a crítica, a ideia do direito administrativo como um limitador do poder estatal fez com que a dogmática administrativista focasse, por muitos anos, no estudo dos instrumentos de ação administrativa apenas sob o viés da proteção jurídica dos indivíduos perante o Estado.

No caso do ato administrativo, isso levou a que a dogmática administrativista clássica enfatizasse o que Schoch (1994, p. 201-202) denomina de “função estabilizadora” do ato, que é a de individualizar e esclarecer o direito aplicável no caso concreto, de um

---

<sup>110</sup> Nesse sentido, por exemplo, a afirmação de Schmidt-Assmann (2003, p. 310) de que “la teoría de las formas de actuación administrativa sirve para proveer la acción de la Administración con instrumentos jurídicos y disciplinarla en el ámbito del Estado de Derecho”.

lado, e, de outro, de indicar os meios de tutela jurídica de direitos individuais eventualmente lesados.

A atribuição de uma nova função ao direito administrativo faz com se compreenda o direito administrativo como um instrumento e, conseqüentemente, o ato administrativo como um meio (entre outros) à disposição da Administração para realização de suas atividades.<sup>111</sup>

Essa compreensão do ato não apenas como um fim em si mesmo (determinação do direito aplicável ao caso concreto), mas, principalmente, como um meio à realização de finalidades predefinidas pelo Estado, aumenta o arsenal de instrumentos à disposição da Administração Pública para o exercício de suas funções, ao mesmo tempo em que aumenta a exigência daquilo que se espera da atuação estatal via este instrumento.

Agora, não basta ao ato administrativo sua conformidade à lei. É preciso ir além: o ato administrativo deve estar apto a efetivamente realizar o direito e, conseqüentemente, atender às diversas demandas (sociais e econômicas) que hoje permeiam a realidade da atuação administrativa.

Destaca-se especialmente a crescente demanda por uma atuação administrativa eficiente, assim entendida como aquela que alcance os objetivos visados de modo menos oneroso possível, tanto à Administração (aspecto financeiro-orçamentário) quanto às liberdades e direitos dos cidadãos.

Enquanto o ato administrativo era visto como mero instrumento de aplicação do direito, o único parâmetro a pautar essa atuação era sua conformidade (ou não) com a lei. Na medida em que se passa a incorporar novas funcionalidades a essa figura, esses parâmetros de controle tendem a se sofisticar e a incorporar outros aspectos que até então não eram objeto de estudo da dogmática.

---

<sup>111</sup> Esse aspecto é ressaltado por Schoch (1992, p. 207). Segundo o autor, o ato administrativo, enquanto elemento das formas de atuação administrativa e produto do processo administrativo, compartilha a dupla tarefa da teoria das formas e do processo administrativo: ele representa um instrumento de realização das funções administrativas e de defesa de direitos e interesses. Isso leva ao entendimento hoje sedimentado de que não se trata apenas de uma atuação administrativa conforme o direito, mas, além disso, de uma atuação materialmente conforme a aspectos outros como sociais, econômicos e ecológicos.

Isso tudo demonstra a insuficiência do conceito de ato administrativo de Otto Mayer a explicar a atual complexidade do fenômeno da atuação estatal. E é nesse contexto que o ato administrativo passa a ser visto não só como um instrumento da ação administrativa, mas, também, como *fonte do direito*.<sup>112</sup>

Com essa afirmação busca a doutrina afastar a antiga comparação do ato administrativo com a decisão judicial, que levava à compreensão do ato como mero instrumento de aplicação do direito já predefinido na lei. Entende-se atualmente que o papel da Administração não é simplesmente o de *revelar* o direito aplicável no caso concreto, mas sim o de aplicar programas normativos complexos por meio de um *processo de concretização* do direito para o caso concreto. E, ao *concretizar* direito, a Administração *cria* direito.

Reconhece-se que o atual conteúdo e a estrutura das leis (cada vez mais genéricas e programáticas) não mais permitem a simplificação da tarefa da execução da lei a um modelo de subsunção. Executar (no sentido de exercer uma função administrativa) passa a ser compreendido como realização de um programa normativo, algo que se alcança mediante um processo de concretização do direito que tem por baliza, é claro, os preceitos contidos na lei (em sentido formal). A lei, contudo, deixa de ser o único centro de programação da atuação estatal,<sup>113</sup> abrindo espaço para que também os instrumentos de atuação administrativa cumpram essa função.

O reconhecimento do ato administrativo como fonte do direito diminui a dicotomia outrora existente entre instrumentos de ação administrativa, de um lado, e fontes do direito, de outro. A expansão da presença do Estado na sociedade, atrelada ao aumento da complexidade das relações Estado-indivíduo daí decorrentes, faz com que a doutrina passe a enxergar todos os meios jurídicos de que dispõe a Administração para realização de suas funções como instrumento de ação estatal e fonte do direito, ou seja, todos eles cumprem a função de *realização e criação* de direito.

---

<sup>112</sup> Neste sentido, ver, por todos, Christian Bumke (2012).

<sup>113</sup> Neste sentido: (ROSSEN-STADTFELD, 2008).



Constatações como essas comprovam que as transformações ocorridas no âmbito do princípio da legalidade e do papel da lei no Estado Democrático de Direito contemporâneo influenciam diretamente a nova concepção dogmática do ato administrativo, o que, por seu turno, desencadeia um novo fenômeno, a *necessidade de adequação dessa nova concepção também aos novos marcos de ordenação do direito administrativo e, em especial, à ideia de processo administrativo*.

A necessidade de processo administrativo previamente à edição do ato administrativo faz-se assente especialmente ante o reconhecimento do ato como fonte do direito. O raciocínio é simples: se o direito aplicável a um caso concreto não está previamente definido na lei, então a concretização desse direito deve ser fruto de um processo de construção do conteúdo normativo a ser aplicado no caso concreto. E esse processo, para ser minimamente legítimo e democrático, deve contar com a participação dos cidadãos afetados.

Enquanto a lei (sem sentido formal) era a principal fonte de programação da atuação estatal, a legitimidade democrática dessa atuação estava assegurada na própria lei (fruto de um processo legislativo com representação popular). No entanto, quando a lei deixa de ocupar essa posição, então a ideia de intervenção no processo, participação e influência na tomada da decisão administrativa passam a ganhar especial relevância. Daí a afirmação de Brohm (1972, p. 87) de que, “quanto mais uma decisão administrativa se afasta da imagem de pura aplicação da lei, maior o significado da participação dos afetados na tomada de decisão”.<sup>114</sup>

O ato deixa então de ser visto apenas como uma forma (estática) de atuação administrativa e passa a ser compreendido como fruto do processo administrativo<sup>115</sup> – processo esse no qual, por lei, se resguarda o direito de participação do interessado, há obrigação de audiência prévia do afetado e dever de motivação. Ou seja, o ato não depende apenas da vontade unilateral do administrador, mas é concebido pelo próprio direito

---

<sup>114</sup> No original: “Je mehr eine Verwaltungsentscheidung sich von dem Bilde des reinen Gesetzesvollzuges entfernt, desto größere Bedeutung gewinnt die Beteiligung der Betroffenen am Entscheidungsprozeß”.

<sup>115</sup> Cabe ressaltar que, de acordo com a lei de processo administrativo alemã (VwVfG), a prática de qualquer ato administrativo deve ser precedida de processo administrativo. Daí a compreensão do ato administrativo como fruto do processo, posto que agora a adoção de procedimento é condição para edição do ato. O mesmo vale para a celebração do contrato administrativo.

legislado como o “resultado de um entrelaçamento de relações comunicativa”<sup>116</sup> das quais os indivíduos são parte. Brohm (1972, p. 286) chega até mesmo a definir o ato administrativo como a “conclusão vinculativa para a Administração a que se chega após um processo de formação da vontade e de processamento da informação no exercício de suas funções administrativas”.<sup>117</sup>

Construções como essas, comuns no debate contemporâneo do direito administrativo alemão,<sup>118</sup> revelam como a discussão teórica em torno do ato administrativo passou a incorporar aspectos que lhe eram, até então, indiferentes. E, cada vez mais, o ato administrativo de hoje – fruto de um processo administrativo, em que há participação, que estabelece direitos e obrigações às partes envolvidas e pode produzir efeitos a longo prazo e perante terceiros – afasta-se daquela ideia original de determinação ao súdito do direito aplicável no caso concreto.

Esses novos contornos hoje atribuídos ao ato, atrelados à valorização da função instrumental (e não só protetiva) das formas jurídicas de ação administrativa, agregam ainda um novo elemento à discussão, que é o *reconhecimento da alternatividade entre essas formas*, o colabora para que seu uso pelo administrador público seja fruto de um *processo de escolha* (que, por sua vez, deve ser eficiente e adequado ao alcance das finalidades definidas pelo administrador).

---

<sup>116</sup> Expressão utilizada por Schmidt-Assmann (2003, p. 319). Nesse mesmo sentido, Henke (2013, p. 160), ao investigar o significado da unilateralidade inerente ao ato administrativo. Para ele: “se unilateral significa que cabe ao administrador dizer ao cidadão o que para ele deve ser de direito, ainda que sem seu consentimento – em contraposição ao contrato administrativo –, não há nada a se opor contra isso. No entanto, a exemplo do direito social, isso não pode significar que a emanção de uma manifestação de vontade objetiva do Estado seja correta apenas por si, sem olhar para o seu destinatário, e, portanto, que isso seja o único determinante para a posição do cidadão. A aplicação da lei e discricionariedade inerentes ao ato administrativo não são unilaterais no sentido de: sem referência à pessoa em causa”. (No original: “Gewiß kann der Verwaltungsakt im Verwaltungsrecht nicht entbehrt werden, und wenn „einseitig“ bedeutet, daß die behördliche Bestimmung dessen, was für den Bürger rechtens ist, nur als Ausspruch der Behörde ohne Zustimmung des Bürgers Geltung erlangt – im Gegensatz zum Vertrag –, so ist dagegen nichts einzuwenden. Es kann aber, wie die am Beispiel des Sozialrechts aufgezählten Rücksichten zeigen, nicht bedeuten: Emanation eines objektiven Staatswillens, der an und für sich und ohne Ansehen der Person richtig und gerecht und darum für die Rechtsstellung des Bürgers allein maßgebend ist. Die Anwendung des Gesetzes und das Ermessen, die den Verwaltungsakt tragen, geschehen nicht einseitig im Sinne von: ohne Bezug auf den Betroffenen”).

<sup>117</sup> Definição no original: “für die Verwaltung verbindlichen Abschluß eines Willensbildungs- und Informationsverarbeitungsprozesses im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Hoheitskompetenzen, unabhängig davon, ob er eine Regelung gegenüber dem Bürger enthält oder nicht”.

<sup>118</sup> Neste sentido: (ROSSEN-STADTFELD, 2008), (BUMKE, 2012), (SCHOCH, 1994), (SCHOCH, 1992), (SCHMITT GLAESER, 2013).

Sob a perspectiva da Administração, tanto o ato quanto o contrato, bem como o regulamento, são, todos eles, instrumentos, ou seja, meios de que dispõe a Administração Pública para realização de suas atividades. Se o direito administrativo opera como um instrumento de condução da ação do Estado na sociedade, as formas do ato, do contrato e do regulamento, por seu turno, figuram como um meio à execução da função administrativa do Estado.

Essa constatação, por mais banal que soe nos dias atuais, agrega importantes reflexões à dogmática administrativista contemporânea que sequer seriam imagináveis num contexto em que o estudo do ato administrativo é centrado exclusivamente em seu aspecto estático (da forma em si e das consequências jurídicas a ela inerentes).

A visão centrada apenas no instrumento em si, seu conceito jurídico e no que ele se diferencia dos demais instrumentos (visão típica do período de consolidação da teoria das formas pós-1949) acaba por não adentrar na análise da eficiência instrumental da forma de ação, ou seja, na sua capacidade de efetivamente levar a cabo uma tarefa administrativa.

O que pode ser alcançado com cada forma de atuação só pode ser compreendido quando, de um lado, se olha para o instrumento sob sua perspectiva funcional, e, de outro, se leva em consideração todo o processo de tomada de decisão (e as consequências daí decorrentes). É isso o que a doutrina administrativista contemporânea passa a fazer com todo esse movimento de reformulação dogmática do ato administrativo.

Todo o contexto de reconhecimento do ato como fonte de direitos e obrigações, como declaração de vontade fruto de um processo administrativo voltado ao aprimoramento da informação e à composição de interesses, como instrumento de proteção dos indivíduos, mas também como instrumento de realização (efetiva e eficiente) das funções administrativas, enfim, tudo isso leva a doutrina contemporânea a enxergar o ato como mais um instrumento de atuação administrativa, e não como o instrumento central, como a única forma de expressão dos entes administrativos no caso concreto a exemplo da decisão judicial.

Por ser um dentre outros instrumentos à disposição da Administração para desempenho de suas funções, a princípio e salvo disposição legal em contrário, tais instrumentos são intercambiáveis entre si. Ou seja, todos eles podem, a princípio, ser igualmente utilizados pela Administração na execução de suas atividades.

Caso não haja determinação legal pelo emprego de um instrumento específico,<sup>119</sup> a Administração dispõe de discricionariedade para eleger sua forma de atuação, o que deve ser feito de acordo com as circunstâncias do caso concreto e com o alcance e efeitos visados com a atuação administrativa.<sup>120</sup>

O reconhecimento da intercambialidade dos instrumentos de ação administrativa faz com que a dogmática administrativista passe a investigar quais as eficiências atreladas à escolha de cada um deles. No caso do ato administrativo, a pergunta que se coloca é: por ser um dentre diversos instrumentos à disposição da Administração para desempenho de suas funções, quando seria recomendável à Administração recorrer ao ato administrativo?

Para enfrentar essa questão dois passos são necessários: primeiro, a devida delimitação do que se entende com cada uma dessas figuras (ato, contrato e regulamento), para que, a partir daí, seja possível identificar a função que cada instrumento desempenha no sistema da ação administrativa.

Com relação ao *primeiro passo, a delimitação do conceito e conteúdo de cada instrumento* pressupõe o resgate de sua essência, de modo que essa delimitação seja feita

---

<sup>119</sup> Exemplo de vedação legal pode ser encontrado no Código Urbanístico (Baugesetzbuch). No art. 28, § 2.º, primeira frase, ao tratar sobre o direito de preferência do Município na aquisição de um imóvel, impõe-se que o direito de preferência seja exercido mediante ato administrativo (§ 28, Abs. 2, S. 1 BauGB: “Das Vorkaufsrecht kann nur binnen zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufvertrags durch Verwaltungsakt gegenüber dem Verkäufer ausgeübt werden”).

<sup>120</sup> Bumke (2012, p. 1151-1152) ilustra bem essa situação ao invocar o exemplo da necessidade de regulação do uso de uma instalação pública pela Administração. Para o autor, essa regulação poderia ser feita tanto por ato administrativo (lembrando que a lei de processo administrativo admite a figura da disposição geral, voltada a um grupo determinado ou determinável de pessoas) quanto por ato normativo infralegal. O mesmo vale para o ato e o contrato administrativo. Em casos complexos, cuja solução depende de conhecimentos técnicos muitas vezes concentrados na iniciativa privada, para o autor essa situação poderia indicar a preferência pelo uso do contrato administrativo. Em contrapartida, caso os interesses envolvidos possam ser adequadamente conciliados por meio de uma atuação unilateral, então haveria espaço para o ato administrativo, que detém algumas prerrogativas favoráveis à estabilização das situações jurídicas por ele criadas.

em consonância com os atuais pressupostos do Estado de Direito, e, no caso do direito alemão, de acordo com a legislação ora vigente.

O simples resgate de um conceito formulado em um contexto histórico, político e jurídico específico não é suficiente para a devida compreensão do ato administrativo. É necessária a reformulação desse conceito a partir dos novos fundamentos sob os quais se constrói o direito administrativo atual.

Nesse sentido, a lei de processo administrativo alemã fixa importantes balizas a orientar a delimitação do ato administrativo. De acordo com a definição do § 35, são elementos essenciais ao ato administrativo a declaração de vontade manifestada pela autoridade administrativa (*ato jurídico unilateral*) para regramento de um caso concreto no campo do direito público (*conteúdo normativo, individual e concreto*), com a produção de efeitos jurídicos externos imediatos (*efeitos externos*).

São esses os elementos a direcionar a identificação do ato administrativo e sua diferenciação dos demais instrumentos de atuação administrativa. Identificada sua essência, a escolha pelo ato perpassa então pela *investigação da sua função* no sistema da ação administrativa.

Ao enfrentar esse tema, a dogmática administrativista tende a destacar a *função estabilizadora do ato administrativo*.<sup>121</sup>

Enquanto instituto modelado com precisão do ponto de vista normativo e dogmático, o ato administrativo caracteriza-se pela perfeita sistemática de seus efeitos jurídicos. Os efeitos vinculantes produzidos, as hipóteses restritas de perda de eficácia,<sup>122</sup> sua autoexecutoriedade, tudo isso demonstra o efeito estabilizador do ato nas relações jurídicas dele decorrentes.

---

<sup>121</sup> Nesse sentido, em especial, Bumke (2012, p. 1142 e ss.), Schmidt-Assmann (2003, p. 318 e ss.), Schoch (1994) e Hoffmann-Riem (2012).

<sup>122</sup> De acordo com o § 43, Abs. 2, da VwVfG, o ato administrativo permanece eficaz até que seja retirado, revogado, anulado ou cumprido pelo transcurso do tempo ou de outra maneira. (No original: “Ein Verwaltungsakt bleibt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist”.)

O ato administrativo não constitui, como ressalva Schmidt-Assmann (2013, p. 319), uma manifestação autoritária do poder estatal. Ao contrário, ressalta o autor que, ao recorrer à figura do ato administrativo, a entidade administrativa opta por uma “regulação com assunção de responsabilidade”:

El acto administrativo es regulación, en el sentido de que, por un lado, constituye un ejercicio responsable del poder de configuración por parte de la Administración, y, por otro, proporciona a los ciudadanos una expectativa clara de lo que va a llevarse a cabo bajo la responsabilidad de la Administración (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 319).

Com construções como essas, os autores buscam ressaltar que o ato administrativo, com sua firmeza característica, proporciona segurança jurídica, pois contém um indicativo claro daquilo que pode ser esperado da atuação administrativa e de quais suas possíveis consequências jurídicas.<sup>123</sup>

No mesmo sentido, Bumke (2012, p. 1174) destaca as funções de configuração (*Gestaltungsfunktion*) e de estabilização (*Stabilisierungsfunktion*) do ato administrativo. Com a função de configuração ressalta-se o papel do ato de concretização do ordenamento jurídico para uma situação determinada, na qual ele produz seus efeitos jurídicos. E, ao conformar um caso concreto, o ato administrativo agrega estabilidade às regras por ele criadas, no que desempenha uma função de estabilização.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> Para reforçar o argumento Schmidt-Assmann (2013, p. 319) dá o exemplo da licença urbanística, que tem sido objeto de recente desregulação no direito alemão. Em sua visão, aquele que edifica ao amparo de uma licença, ainda que ilegal, desfruta de uma posição jurídica mais sólida de quem o faz com base apenas em sua própria afirmação de que o projeto em construção é conforme à legislação urbanística.

<sup>124</sup> Essa estabilidade decorre dos efeitos atribuídos ao ato administrativo pela própria VwVfG. Assim, por exemplo, a determinação de que o ato permanece eficaz até que seja retirado, revogado, anulado ou cumprido pelo transcurso do tempo (§ 43), a vedação à exclusão do ato administrativo ilegal que preveja o pagamento de quantia em dinheiro nos casos em que o beneficiário se baseou na continuidade do pagamento e sua confiança merece proteção (§ 48), ou, ainda, a imposição de condicionantes à revogação de um ato administrativo legal e benéfico ao seu destinatário (§ 49).

Textos na VfVwG no original: § 48 (2) Ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, darf nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist.

§ 49 (2) Ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt darf, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden, 1. wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten ist; 2. wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat; 3. wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;

O ato administrativo reduz, pois, incertezas e cria um pressuposto ao qual podem ser vinculadas consequências jurídicas de forma sólida e segura. Com sua firmeza característica, o ato administrativo proporciona segurança jurídica e, conforme ressalta Schmidt-Assmann (2003, p. 320), pode ser um instrumento adequado em situações em que, em razão da baixa densidade normativa da lei, tenham sido concedidas amplas faculdades de configuração da realidade à Administração. Num cenário em que o quadro normativo aplicável não está claramente definido, o recurso ao ato administrativo pode agregar a segurança jurídica necessária às partes envolvidas.

Por todas essas razões, parece consenso hoje na doutrina administrativa germânica que o ato administrativo é, e continuará sendo, um importante instrumento de condução das atividades administrativas.<sup>125</sup> Não se predica mais nos dias atuais a necessidade de extinção dessa figura ou de sua substituição por outro conceito central ao direito administrativo. Hoje em dia, a relevância e a centralidade do ato para compreensão do direito administrativo são inquestionáveis.<sup>126</sup>

Há um nítido movimento de resgate da importância do ato administrativo, visto hoje como o resultado de um entrelaçamento de relações comunicativas (processo administrativo), voltado à conformação *responsável* do caso concreto.

---

4. wenn die Behörde auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, soweit der Begünstigte von der Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht oder auf Grund des Verwaltungsaktes noch keine Leistungen empfangen hat, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde; 5. um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

<sup>125</sup> Nesse sentido: (BUMKE, 2012), (SCHOCH, 1994), (MAURER, 2011), (FABER, 1995) (HENKE, 2013), (HOFFMANN-RIEM, 2012), (SCHMIDT-ASSMANN, 1993), (SCHMIDT-ASSMANN, 2003), (IPSEN, 2015).

<sup>126</sup> Interessante a passagem de Schoch (1994, p. 243-244) sobre o tema. Ao final de seu artigo sobre a estabilidade e flexibilidade do ato administrativo, ele menciona o *Manual de direito administrativo* escrito por Richter e Schuppert, no qual os autores questionam o que aconteceria se o ato administrativo não existisse. E a brilhante conclusão dos autores é: seria preciso inventá-lo!

### 3.2.2.2 Contrato administrativo<sup>127</sup>

Conforme desenvolvido na primeira parte desta dissertação, havia certa relutância por parte da dogmática administrativista germânica clássica em aceitar a figura do contrato administrativo. Ainda que o tema fosse controverso,<sup>128</sup> a posição pela negativa da figura contratual tinha Otto Mayer como seu principal representante, o que fez com que suas objeções repercutissem por muitos anos na doutrina administrativista.

Com a virada do século XIX para o século XX, o tema do contrato administrativo começa a se fazer presente nos manuais de direito administrativo, com especial destaque à oitava edição da obra de Fleiner (*Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*), de 1928, e à terceira edição da obra de Walter Jellinek (*Verwaltungsrecht*), de 1931.

Entretanto, mesmo assim, ainda por décadas o contrato administrativo não conseguiu ocupar um lugar de destaque equiparável ao do ato administrativo.<sup>129</sup> Embora

<sup>127</sup> Para fins da presente dissertação entende-se por contrato administrativo os contratos celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública e que estão submetidos ao regime jurídico de direito público. Esses contratos equivalem aos “contratos de direito público” (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*), na expressão utilizada pela lei de processo administrativo alemã. Optou-se, porém, por uma tradução menos literal, mas que facilita a comunicação necessária à comparação aqui pretendida. Ressalta-se, desde já, que não se pretende com isso ignorar o esforço hoje feito pela doutrina administrativista germânica de estruturar uma teoria aplicável a todos os contratos celebrados pela Administração, sejam eles de direito público, sejam de direito privado (sobre o tema, vide, especialmente Schmidt-Assmann (2003, p. 328 e ss.)). Entretanto, tendo em vista o objeto desta dissertação (voltado ao estudo dos institutos do direito administrativo), optou-se por adotar esse conceito mais restrito de contrato administrativo.

<sup>128</sup> Como demonstrado no item 1.2.2, Laband já sustentava a possibilidade de a Administração Pública contratar com particulares, em clara e direta oposição ao pensamento de Otto Mayer.

<sup>129</sup> Isso vale também para evolução pós-1945. Mesmo após a instituição do novo sistema jurídico alemão fundamentado sobre a GG, ainda assim é possível verificar nos manuais e tratados de direito administrativo uma atenção muito maior dedicada ao ato administrativo em comparação com o contrato administrativo. Nesse sentido, por exemplo, a primeira edição da obra de Wolff (*Verwaltungsrecht I*) de 1956, em que o autor dedica apenas meia página ao contrato administrativo, enquanto o ato administrativo é abordado em 50 páginas. Já na nona edição desse mesmo livro (agora com a colaboração de Bachof), de 1974, os autores dedicam 7 páginas ao contrato administrativo e 125 páginas ao ato administrativo. De lá para cá, contrato administrativo conquistou, é certo, maior importância na literatura administrativista, mas ainda de modo significativamente mais singelo em relação ao ato administrativo. Isso é perceptível, por exemplo, pelo fato de que normalmente os manuais e tratados de direito administrativo destinam ao ato administrativo um capítulo (seção, título etc.) apartado, voltado exclusivamente ao estudo dessa figura, enquanto o contrato administrativo é tratado com as demais formas de atuação administrativa em capítulo residual (seção, título, destinada às formas “residuais”). Nesse sentido, por exemplo, a atual obra de Ehlers e Pünder (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15.<sup>a</sup> edição, de 2016) e a obra de Maurer (*Verwaltungsrecht*, 18.<sup>a</sup> edição, 2011). Neste último exemplo (Maurer), o autor dedica uma seção (3. Teil) exclusivamente ao ato administrativo e uma outra (4. Teil) às formas de atuação remanescentes. Sobre o tema, ver especialmente Bauer (2012, p. 1259).



aos poucos reconhecido e aceito, o contrato administrativo era colocado em segundo plano – “tolerado, mas pouco atentado” (“geduldet, aber kaum beachtet”), na expressão de Maurer (1989, p. 801).

É especialmente na década de 90 do século passado que o tema do contrato administrativo vem efetivamente à tona,<sup>130</sup> impulsionado especialmente por quatro fatores.

Primeiro, *por influência da nova posição do indivíduo no ordenamento jurídico alemão*. Até então, o principal argumento aduzido por Mayer (1888, p. 42) para rejeição da figura do contrato administrativo tinha como pressuposto a posição de supremacia ocupada pela Administração nas relações com seus súditos.

De acordo com o autor, a categoria jurídica contrato pressupõe a posição jurídica igualitária das partes contratantes, o que, para ele, era incompatível com o direito público. Em sua visão, o Estado é o agente a quem cabe determinar as situações jurídicas, enquanto o indivíduo é apenas o objeto da ação.<sup>131</sup>

Com a promulgação da Lei Fundamental de 1949, contudo, essa concepção do indivíduo como súdito e, portanto, mero objeto da ação estatal não é mais sustentável. O ordenamento jurídico hoje vigente reconhece o indivíduo como cidadão e, nessa qualidade, como sujeito de direito, inclusive nas relações travadas com o Estado.

Essa nova posição do indivíduo perante o Estado leva ao segundo fator influenciador na dogmática, que é a ideia de um *Estado cooperativo*.<sup>132</sup> Essa ideia ganhou força na Alemanha no final da década de 70 do século passado, com o objetivo de ressaltar a importância da troca de informações e de prestações entre o Estado e a iniciativa privada na consecução das tarefas administrativas.

A ideia de Estado cooperativo está relacionada à nova tendência de concepção do direito administrativo como ciência voltada também a garantir o adequado cumprimento

---

<sup>130</sup> Marcantes nesse período, sobretudo, os trabalhos de Maurer (1989) e Krebs (2013).

<sup>131</sup> Nas palavras do autor: “Wie überall im Verwaltungsrecht ist der Staat der Handlende, Bestimmende; der einzelne nur das Objekt, auf welches eingewirkt wird” (MAYER, 1888, p. 40).

<sup>132</sup> Sobre o tema, vide Schmidt-Assmann (2003, p. 36 e ss.).

e execução dos objetivos estatais e a facilitar a ação administrativa (e sua eficácia). Diante das novas tarefas atribuídas à Administração (que, por sua vez, estão em constante mutação), a dogmática administrativista passa a questionar a eficiência dos modelos tradicionais de ação estatal, baseados em uma ação administrativa verticalizada. Isso levou à valorização dogmática das formas de atuação mais horizontais, orientadas pelo consenso, vistas hoje como uma importante alternativa na condução de uma ação administrativa eficaz e eficiente (KREBS, 2013, p. 254).

É nesse contexto que o contrato administrativo desponta como principal “protótipo”<sup>133</sup> da ação administrativa cooperativa, ou seja, como um importante elemento a contribuir no desenvolvimento de um Estado em que setor público e iniciativa privada efetivamente cooperam para o alcance da prosperidade econômica e igualdade social.<sup>134</sup>

Some-se a isso a *constatação prática da normalidade da atuação administrativa contratual* (terceiro fator impulsionador do tratamento dogmático do contrato administrativo).

Trabalhos empíricos realizados no começo da década de 1980<sup>135</sup> demonstraram, para surpresa da doutrina administrativista na época, que o recurso à figura do contrato administrativo era uma prática administrativa comum e recorrente. Mesmo sem ter recebido a devida atenção por parte da dogmática, esses estudos demonstraram que o contrato administrativo já era uma realidade presente no dia a dia da Administração.

Por fim, o quarto fator aqui elencado é a *gradual incorporação do contrato administrativo pelo ordenamento jurídico* alemão, o que ocorreu primeiro com a

---

<sup>133</sup> Expressão utilizada por Burmeister (2013, p. 205).

<sup>134</sup> Nas palavras de Gurlit (2016, p. 732), “o contrato administrativo é a forma de ação cooperativa da Administração prevista em lei e vinculativa juridicamente”. (No original: “Der Verwaltungsvertrag ist die rechtlich verfasste und rechtsverbindliche kooperative Handlungsform der Verwaltung”).

<sup>135</sup> Destaque-se, nesse sentido, a pesquisa conduzida na Administração de Stuttgart (*Regierungspräsidium Stuttgart*), voltada à investigação empírica dos meios de aplicação do direito na sociedade (*Rechtstatsachenforschung*). Segundo os relatórios produzidos, até o final do ano de 1986 haviam sido firmados mais de 1.200 contratos voltados à regularização de construções (*Gartenhäuser*) ilegais no *Regierungspräsidium Stuttgart*. Por meio desses contratos, os particulares se comprometiam a demolir ou reconstruir as construções irregulares até uma determinada data. As autoridades públicas, em contrapartida, comprometiam-se a tolerar temporariamente a situação ilegal constatada, até a regularização da situação na data acordada. Sobre o tema, vide Bauer (2012, p. 1266-1267).

ampliação da tutela jurisdicional no campo do direito administrativo e, então, com a disciplina do tema pela lei de processo administrativo.

A ampliação da tutela jurisdicional no campo do direito administrativo se deu em 1960, com a publicação do novo Código de Procedimento do Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*).<sup>136</sup> Até sua edição, a jurisdição dos tribunais administrativos era voltada quase que exclusivamente à revisão dos atos administrativos. A comprovação da existência de um ato administrativo impugnável no caso concreto era condição essencial para acesso à jurisdição.

Com o novo código de procedimento, a jurisdição administrativa foi ampliada para abarcar qualquer disputa no campo do direito público que não tenha natureza constitucional.<sup>137</sup> Isso de certa forma estimula o uso de novos instrumentos jurídicos de atuação pela Administração, na medida em que, independentemente do instrumento utilizado, o direito à tutela jurisdicional do particular afetado estará assegurado.

Com a publicação da lei de processo administrativo de 1976, pela primeira vez no ordenamento jurídico alemão passa-se a admitir expressamente a figura do contrato administrativo. De acordo com o § 54 da VwVfG, uma relação jurídica no campo do direito público pode ser constituída, alterada ou extinta por meio de contrato, desde que não haja previsão legal em sentido contrário.<sup>138</sup>

Esses quatro fatores, juntos, impulsionaram a doutrina administrativista contemporânea a construir uma teoria do contrato administrativo mais consentânea com seu tempo e com o marco regulatório hoje vigente no País.

---

<sup>136</sup> Vale ressaltar que, assim como no Brasil, vige na Alemanha o sistema de jurisdição una. Na Alemanha, porém, a justiça comum convive com quatro justiças especializadas: a justiça financeira (*Finanzgerichtsbarkeit*), a justiça trabalhista (*Arbeitsgerichtsbarkeit*), a justiça social (*Sozialgerichtsbarkeit*) e a justiça administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*). Assim, qualquer conflito de direito público (e que não tenha natureza constitucional) é direcionado e julgado pela justiça administrativa.

<sup>137</sup> Diz o § 40 da VwGO ser possível recorrer aos tribunais administrativos sempre que diante de litígios de direito público que não sejam de natureza constitucional e que não tenham sido explicitamente atribuídos a outro tribunal por lei federal. (No original: “Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind”.)

<sup>138</sup> No original: § 54 da VwVfG: “Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen”.

O ponto de partida da nova teoria é o conceito de contrato administrativo, que, de modo bastante uniforme entre os doutrinadores, tem sido definido como “o contrato que tem por objeto as relações jurídicas de direito público e que cria, modifica ou extingue direitos e obrigações no campo do direito administrativo” (MAURER, 2011, p. 378).<sup>139</sup>

Por meio desse conceito, a doutrina administrativista (assim como a VwVfG) busca diferenciar os contratos administrativos dos contratos privados celebrados pela Administração. Tal distinção é necessária, na medida em que a natureza jurídica do contrato tem consequências práticas relevantes, por exemplo, a identificação do direito aplicável, das possibilidades de execução e do caminho jurídico a ser seguido em caso de conflito (identificação da via jurisdicional e da tutela jurisdicional cabível).

Conforme mencionado, os contratos de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços (exemplos típicos de contratos administrativos regidos pela Lei n.º 8.666/1993 brasileira) são considerados contratos privados pelo direito alemão. Portanto, no direito alemão, os contratos administrativos englobam apenas uma parte da prática contratual pela Administração Pública,<sup>140</sup> notadamente aquela voltada ao exercício de funções administrativas típicas, relacionadas ao exercício de poderes públicos (*potestade*) pelos entes administrativos.

Dessarte, tradicionalmente, são denominados como contratos administrativos no direito alemão apenas aqueles nos quais a Administração gozaria de poder de autoridade, o que lhe permitiria regular o caso concreto de modo unilateral. Com o contrato, a Administração abre mão de parte desse poder de autoridade em prol dos benefícios inerentes ao alcance do consenso.

De acordo com Maurer (2011, p. 367), a natureza jurídica da relação contratual (se público ou privada) deve ser definida conforme o *objeto do contrato*. Para ser considerado um contrato administrativo, o objeto contratual deve se referir a uma situação

---

<sup>139</sup> No mesmo sentido: Bauer (2012, p. 1319) e Achterberg (1986, p. 484).

<sup>140</sup> Isso tem feito com que alguns autores, como Schmidt-Assmann (2003, p. 326), utilizem a expressão “contrato administrativo” para todo contrato celebrado pela Administração Pública, seja ele de natureza privada ou de natureza pública (nesse caso, dá-se o nome de contrato administrativo de direito público). Portanto, pretende-se conferir unidade ao estudo das formas contratuais da Administração, de modo a se construir uma dogmática que abarque todo o fenômeno contratual do Estado-Administração.

de fato que possa ser qualificável como pertencente ao domínio do direito público. Logo, para o autor, seriam qualificados como contratos administrativos: (i) aqueles voltados à execução de normas de direito público (por exemplo, acordos firmados entre Administração e particulares no âmbito do procedimento expropriatório); (ii) aqueles por meio dos quais a Administração se obriga a realizar um ato administrativo (como a concessão de uma autorização ou licença administrativa); e (iii) aqueles que se referem a uma autorização ou a uma obrigação jurídico-pública do cidadão (como o dever urbanístico de limpeza das calçadas) (MAURER, 2011, p. 382).

Esses exemplos demonstram que, no direito alemão, estão abarcadas no conceito de contrato administrativo apenas as situações envolvendo a contratualização de tarefas verdadeiramente públicas, ou seja, de tarefas que, por sua natureza e conteúdo correspondem ao exercício de verdadeiros poderes públicos pela Administração. São situações em que o Estado deixar de agir de modo típico (ato administrativo unilateral e impositivo) para recorrer à figura do contrato.

Principal campo de referência do contrato administrativo é o direito das construções (direito urbanístico). Nele, a partir de investigações empíricas, a doutrina primeiro identificou o uso recorrente dessa figura contratual pelas autoridades públicas.<sup>141</sup> Atualmente, a possibilidade de celebração de contratos administrativos entre Municípios e particulares está expressamente admitida no Código Urbanístico (BauGB, § 11, Abs. 1<sup>142</sup>).

---

<sup>141</sup> Maurer (2011, p. 375) chega a afirmar que é nesse campo que se verifica a maior parte dos contratos administrativos.

<sup>142</sup> De acordo com esse dispositivo, é permitido aos Municípios celebrar contratos no campo do direito urbanístico, que podem ter como objeto, em especial: (i) a preparação ou execução de medidas urbanísticas pelo particular contratante à suas expensas; (ii) o fomento e a garantia dos objetivos perseguidos pelo planejamento urbanístico (contrato para execução do planejamento); (iii) a assunção dos custos ou outras despesas que se coloquem ao Município como consequência das medidas urbanísticas, ou, então, relacionados ao fornecimento de energia. (No original, § 11, Abs. 1 BauGB: “(1) Die Gemeinde kann städtebauliche Verträge schließen. Gegenstände eines städtebaulichen Vertrags können insbesondere sein: 1. die Vorbereitung oder Durchführung städtebaulicher Maßnahmen durch den Vertragspartner auf eigene Kosten; dazu gehören auch die Neuordnung der Grundstücksverhältnisse, die Bodensanierung und sonstige vorbereitende Maßnahmen, die Erschließung durch nach Bundes- oder nach Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen, die Ausarbeitung der städtebaulichen Planungen sowie erforderlichenfalls des Umweltberichts; die Verantwortung der Gemeinde für das gesetzlich vorgesehene Planaufstellungsverfahren bleibt unberührt; 2. die Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele, insbesondere die Grundstücksnutzung, auch hinsichtlich einer Befristung oder einer Bedingung, die Durchführung des Ausgleichs im Sinne des § 1a Absatz 3, die Berücksichtigung baukultureller Belange, die Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen sowie der Erwerb angemessenen

Essa ideia de intercambialidade entre o contrato administrativo e o ato administrativo consta da própria lei de processo administrativo, que, em seu art. 54, segunda parte, determina que, “especialmente, pode a autoridade administrativa, em vez de emitir um ato administrativo, concluir um contrato de direito público com aquele a quem essa autoridade dirigiria o ato administrativo” (contrato de subordinação).<sup>143</sup>

Isso demonstra que o contrato administrativo (de subordinação<sup>144</sup>) é visto como uma alternativa à atuação unilateral-impositiva da Administração via ato administrativo (e não como uma alternativa ao contrato de direito privado da Administração, por exemplo). O contrato, assim como o ato, é um instrumento de regulação de um caso concreto, com eficácia externa à Administração, e que, de acordo com a VwVfG, encerra o procedimento administrativo e faz nascer a relação jurídica.

Além dos contratos de subordinação, a VwVfG prevê outros dois tipos contratuais. O “contrato de transação” (*Vergleichsvertrag*), cabível quando, numa situação de incerteza, ambas as partes contratantes (Estado e indivíduos) abrem mão de algo com

---

Wohnraums durch einkommensschwächere und weniger begüterte Personen der örtlichen Bevölkerung; 3. die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind; dazu gehört auch die Bereitstellung von Grundstücken; 4. entsprechend den mit den städtebaulichen Planungen und Maßnahmen verfolgten Zielen und Zwecken die Errichtung und Nutzung von Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung; 5. entsprechend den mit den städtebaulichen Planungen und Maßnahmen verfolgten Zielen und Zwecken die Anforderungen an die energetische Qualität von Gebäuden”). De acordo com § 11, Abs. 4, do BauGB, essa relação não é exaustiva (§ 11, Abs. 4: A admissibilidade de outros contratos de direito urbanístico permanece inalterada. No original: “Die Zulässigkeit anderer städtebaulicher Verträge bleibt unberührt”).

<sup>143</sup> No original, § 54, Abs. 2, VwVfG: “Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde”.

<sup>144</sup> Aos contratos de subordinação se contrapõem os contratos de coordenação, na classificação usualmente adotada pela doutrina. Estes, diferentes daqueles, caracterizam-se por serem celebrados por sujeitos em situação de igualdade jurídica, por exemplo, entre os entes administrativos entre si. Nesse caso, a regulação jurídica objeto do contrato não pode ser controlada por ato administrativo. Embora a VwVfG não faça referência expressa aos contratos de coordenação, a menção aos contratos de subordinação indica o reconhecimento dessa classificação pela lei. Tanto o contrato de subordinação quanto o contrato de coordenação são espécies do gênero contrato administrativo (regido pelo direito público, portanto).

intuito de remediar essa situação<sup>145</sup>, e o “contrato de intercâmbio” (*Austauschvertrag*), pelo qual o Estado se obriga a algo em contrapartida a uma obrigação do cidadão<sup>146</sup>.

Enfim, a despeito das espécies, fato é que a regulação do contrato administrativo pela VwVfG representa um grande avanço do direito administrativo alemão e põe fim à discussão sobre a admissibilidade dessa figura no âmbito do direito público. Hoje em dia, o contrato administrativo não é apenas aceito, mas ainda é visto como um instrumento legítimo a que podem recorrer as autoridades administrativas sempre que entenderem ser esse o melhor meio de regulação de um caso concreto, independentemente de previsão legal específica.

Na seara contratual, vige hoje o entendimento de que a Administração não precisa de um título legitimante para cada contrato que pretenda firmar (reserva da lei). A configuração do contrato seria, assim, apenas dirigida pela lei, no sentido de que seu conteúdo deve ser conforme aos parâmetros e preceitos previstos em lei.

Em que pesem a aceitação e o reconhecimento da normalidade da figura contratual, a dogmática administrativista germânica parece não ter concluído ainda a tarefa de construção de uma efetiva teoria dos contratos administrativos, aplicável à totalidade do fenômeno contratual da Administração. Uma possível razão para isso, aponta Schmidt-Assmann (1993, p. 59), seria o fato de a dogmática ter se dedicado por muitos anos à admissibilidade do contrato, em vez de se concentrar no estudo do seu conteúdo e em alternativas para sua configuração.

Acrescente-se a isso, ainda, o fato de o tema do contrato administrativo ter voltado à tona com as discussões sobre a importância da ação estatal cooperativa, a qual não se resume à via contratual. O contrato representa a “forma de ação cooperativa prevista em lei e vinculativa juridicamente” (GURLIT, 2016, p. 732). No entanto, ao lado dele convivem outras formas, que, cada vez mais, têm ganhado atenção da dogmática administrativista germânica e que se diferenciam do contrato administrativo justamente por serem dirigidas à obtenção de efeitos fáticos (e não jurídicos).

---

<sup>145</sup> É o caso, por exemplo, de um contrato sobre o valor da indenização em desapropriação.

<sup>146</sup> Maurer (2011, p. 388) exemplifica esse tipo contratual com a seguinte situação: formalização de um contrato para que determinado indivíduo, em vez de ser obrigado, por regras urbanísticas, a construir um pátio de estacionamento, participe da construção de um estacionamento público.

Trata-se da denominada “atuação administrativa informal”, que abrange situações como acordos informais, simples troca de informações, avisos e esclarecimentos prestados pelo Poder Público, entre outros. Esse tema será objeto de estudo no item 3.2.2.4 a seguir. De todo modo, o que se pretende pontuar é que a retomada da importância do contrato administrativo num contexto mais amplo também pode ter dificultado a imediata formação de uma teoria, na medida em que seria preciso primeiro compreender a totalidade do fenômeno estatal cooperativo para então extrair aquilo que é próprio do contrato administrativo, passo necessário à formação de uma teoria.

Nessa “disputa por espaço” do contrato administrativo em matéria de atuação administrativa, a doutrina parece estar ainda construindo a identidade própria do contrato administrativo.<sup>147</sup> E isso não ocorre apenas na atuação administrativa informal, mas também no ato administrativo e no contrato de direito privado da Administração.

No tocante ao ato administrativo, por exemplo, após a fase de aceitação do contrato como uma opção real à disposição do administrador público diante da forma clássica de ação impositiva, a dogmática hoje caminha no sentido de consolidar a autonomia da figura contratual.

Percebe-se atualmente um esforço da doutrina em diferenciar essas figuras e consolidar o contrato administrativo como instrumento autônomo, sobretudo em razão do seu campo de aplicação, que, diz-se, é mais amplo no caso dos contratos administrativos.

Nesse sentido, o posicionamento de Bauer (2012, p. 1325) ao elencar uma série situações em que seria impensável a emissão de um ato administrativo no lugar do contrato, por exemplo, os casos cooperação entre autoridades administrativas e a celebração de contratos entre Administração e privados no procedimento de mediação de conflitos. Por conseguinte, pretende o autor demonstrar que o contrato administrativo se

---

<sup>147</sup> Essa construção, ressalte-se, é bastante influenciada pela jurisprudência. As decisões da justiça administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*) recebem até hoje especial atenção dos doutrinadores alemães. Em matéria de atuação administrativa, a jurisprudência tem desempenhado um importante papel na identificação de quando cada um dos instrumentos aqui abordados se verifica na prática. Ou seja, se a disputa submetida se refere a um contrato administrativo ou a um contrato de direito privado da Administração. Se, no caso concreto, estão presentes todos os elementos para caracterização de um ato administrativo. Se as tratativas havidas entre particulares e Administração num caso concreto configuram um contrato administrativo. E assim por diante.



situa apenas parcialmente em uma relação de alternância com o ato administrativo. Em regra, seu campo de aplicação é mais amplo do que o do ato administrativo.<sup>148</sup>

No que concerne à atuação administrativa informal, existe ainda uma grande zona cinzenta sobre onde termina um simples acordo informal, sem qualquer pretensão de criar vinculação jurídica entre as partes, e onde se inicia o caráter contratual dessas tratativas. Especialmente no campo das negociações pré-contratuais e da proteção confiança legítima, há também um grande debate, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre quando os preceitos da lei de processo administrativo, de maneira geral, e, em especial, a regulação dos contratos administrativos devem passar a incidir.

No que diz respeito aos contratos de direito privado da Administração, percebe-se atualmente um esforço da dogmática em aproximar essas duas figuras (contrato administrativo e contrato de direito privado da Administração) e, dessarte, conferir tratamento dogmático sistemático e uniforme à totalidade do fenômeno contratual da Administração.

Essa aproximação ocorre em ambos os sentidos. Sob a perspectiva do contrato administrativo, a regulamentação contida na VwVfG é ainda muito pontual e insuficiente à regulação de todos os aspectos do contrato administrativo, de modo que, não raras vezes, os administradores recorrem às disposições do direito privado e à teoria geral do direito para suplementar a legislação aplicável a um contrato administrativo específico, tal como autoriza o § 62, S. 2 da VwVfG.<sup>149</sup>

Sob a perspectiva do contrato de direito privado da Administração, cada vez mais doutrina e jurisprudência têm reconhecido a necessidade de sujeitar a atuação privada da Administração a certas vinculações típicas do direito público. Isso decorre da dogmática construída em torno dos direitos fundamentais na Alemanha, especialmente do entendimento, amparado na Lei Fundamental,<sup>150</sup> de que os direitos fundamentais vinculam toda a atividade estatal, seja ela regida pelo direito privado, seja ela pelo direito público.

---

<sup>148</sup> O mesmo posicionamento é defendido por Maurer (2011, p. 371) e Gurlit (2016, p. 735).

<sup>149</sup> Diz o dispositivo: as disposições do Código Civil se aplicam supletivamente. (No original: “Ergänzend gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend”.)

<sup>150</sup> De acordo com o art. 1, Abs. 3, da GG, no sistema jurídico alemão os direitos fundamentais vinculam diretamente todos os poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), sem exceção.

Diante disso, cada vez mais a dogmática administrativista germânica passou a sujeitar o contrato privado da administração a certos preceitos considerados indissociáveis a toda e qualquer atuação estatal, em especial aos direitos fundamentais e aos princípios fundamentais gerais da atividade administrativa.<sup>151</sup>

A publicização do contrato privado da Administração ocorre concomitantemente com a constatação da necessidade de aplicação subsidiária do Código Civil alemão aos contratos administrativos. Ou seja, ao mesmo tempo em que, em determinadas situações, o direito público é complementado pelo direito privado, o direito privado é sobreposto pelo direito público (MAURER, 2011, p. 380).

É justamente essa aproximação cada vez maior de ambas as figuras contratuais que tem levado parte da dogmática a apontar a necessidade de estudo e sistematização do fenômeno contratual da Administração como um todo.<sup>152</sup> Entende-se que os pontos de contato entre os diferentes tipos contratuais são tão frequentes que seria possível extrair daí elementos comuns aplicáveis a todos os contratos celebrados pela Administração. As especificidades, quando existentes, seriam tratadas como elementos diferenciadores dos tipos contratuais, sem que se perca, contudo, sua essência.

Schmidt-Assmann (2003, p. 331) chega até mesmo a apontar como próximo passo evolutivo da dogmática geral do contrato administrativo a formação de cláusulas típicas, aplicáveis a todos os contratos (privados e públicos). Para o autor, a formulação de cláusulas típicas seria uma forma de configurar e proteger os interesses jurídicos em jogo quando da formalização dos contratos administrativos.

---

<sup>151</sup> Sobre o tema, afirma Ipsen (2015, p. 56) que, “ao exercer suas competências, a Administração está sempre vinculada aos direitos fundamentais e não será dispensada dessa vinculação caso escolha por uma forma jurídica do direito privado. (No original: “Bei Ausübung dieser Kompetenzen ist die Verwaltung stets an Grundrechte gebunden und wird hiervon auch nicht dispensiert, wenn sie die Rechtsform des Privatrechts wählt”). Sobre a evolução desse movimento do direito alemão de publicização do contrato privado da Administração, vide Estorninho (1990). Para a autora, assiste-se atualmente a um “movimento de sentido convergente, através do qual se tem vindo a reconhecer que, nem o contrato administrativo é tão exorbitante quanto isso, nem os contratos privados da Administração são exactamente iguais aos contratos celebrados entre particulares, o que reflecte desde logo uma eventual aproximação entre todos os contratos da Administração” (ESTORNINHO, 1990, p. 15).

<sup>152</sup> Essa, por exemplo, a posição de Schmidt-Assmann (2003, p. 325 e ss.), que inclusive se vale da expressão “contrato administrativo” para se referir a todo e qualquer contrato celebrado pelas autoridades administrativas. Maurer (2011, p. 380 e ss.), em contrapartida, embora reconheça a crescente aproximação entre ambas as figuras contratuais, coloca-se resistente em adotar o conceito de contrato administrativo como gênero. Para ele, o contrato administrativo ainda é o contrato de direito público previsto no § 54 e ss. da VwVfG, com suas características e consequências jurídicas próprias.

Enfim, as construções dogmáticas de confronto do contrato administrativo com outras formas de atuação administrativa demonstram como a teoria do contrato administrativo ainda se encontra num processo de formação e de identificação de um campo próprio de aplicação dessa figura. Prega-se ainda a necessidade de emancipação do contrato (sobretudo do ato administrativo), sem a qual seria impensável o desenvolvimento de uma teoria do contrato administrativo adequada ao valor que essa figura agrega à atuação administrativa.<sup>153</sup>

De todo modo, se comparado com a dogmática do final do século XIX, início do século XX, percebe-se um significativo avanço no estágio atual de desenvolvimento da teoria germânica do contrato administrativo. As discussões em torno da admissibilidade dessa figura contratual estão superadas muito em razão da nova concepção do posicionamento do indivíduo perante o Estado e da nova tônica atribuída aos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico alemão.

O contrato é agora uma opção real de conformação jurídica de um caso concreto, servindo inclusive (mas não só) como alternativa à atuação unilateral-impositiva da Administração. Conquanto num processo de formação da sua autonomia em relação aos demais instrumentos (jurídicos ou não) de atuação administrativa, o contrato já se encontra lado a lado com eles. A regulação pelo contrato administrativo é vista hoje como normal e não menos legítima que a regulação via ato administrativo. O movimento atual é de conquistas de novos espaços e formação de uma identidade própria, autônoma e aplicável à totalidade do fenômeno contratual pela Administração.

### 3.2.2.3 *Regulamento*

No final do século XIX e início do século XX, o tema do regulamento era tratado pela dogmática administrativa apenas sob a perspectiva das fontes do direito. Por meio dessa abordagem buscava-se ressaltar o aspecto normativo do regulamento e, por conseguinte, inseri-lo no conjunto de normas jurídicas que formam esse ramo do conhecimento denominado direito administrativo.

---

<sup>153</sup> Nesse sentido, Bumke (2012, p. 1325).

A partir da década de 1970<sup>154</sup> percebe-se uma mudança nesse enfoque, influenciada por dois fatores principais.

Primeiro, pela *intensificação do uso do regulamento em setores de referência* à parte geral do direito administrativo, como o direito ambiental e o direito urbanístico. Como aponta Ossenbühl (2007, p. 268 e ss.), o período que se seguiu ao pós-guerra foi marcado pela desconfiança da sociedade com relação ao regulamento. Com o passar dos anos, porém, essa desconfiança foi aos poucos superada. O aumento exponencial da produção normativa, sobretudo em setores demandantes de apurado conhecimento técnico, demonstrou que o Parlamento ficaria muito sobrecarregado, caso se esperasse que toda regulação setorial partisse exclusivamente desse órgão.

A especialização de determinados setores da sociedade combinada com a exigência de uma regulação tecnicamente adequada a responder aos desafios cambiantes da realidade social demonstrou que a concentração do monopólio da legislação na figura do Parlamento era irrealista.

Segundo, em razão da própria *evolução da teoria das formas de atuação jurídico-administrativa*, no sentido de contemplar também a preocupação com a eficiência da atuação administrativa (e não só com seu viés protetivo às liberdades individuais). Essa preocupação faz com que a dogmática administrativista expanda seu objeto de estudo de modo a contemplar o maior número de instrumentos à disposição da Administração para realização (eficiente) de suas funções.

Diante desse contexto, a doutrina passa a criticar a abordagem do regulamento administrativo exclusivamente pelo viés das fontes do direito, tal como vinha sendo feito pela dogmática tradicional.

Em reação a essa abordagem tradicional, os autores passam a destacar, cada vez mais, a importância de compreensão do regulamento não só como fonte do direito, mas também como instrumento e meio de configuração da Administração para alcance de objetivos específicos.

---

<sup>154</sup> Despontaram nessa época, em especial, Brohm (1972, p. 282), Ossenbühl (na primeira edição de seu texto, ainda em 1988) e Schmidt-Assmann (1989, p. 536).

A autorização para edição de regulamentos pela Administração Pública está prevista na Lei Fundamental alemã (art. 80), a qual permite que as leis (em sentido formal) autorizem (i) o Governo Federal, (ii) um Ministro de Estado, ou (iii) os governos estaduais a promulgar decretos (*Rechtsverordnung*). Para tanto, a Lei Fundamental condiciona que lei autorizadora determine o conteúdo, o objetivo e a extensão da autorização outorgada.<sup>155</sup>

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a competência para edição de regulamentos não se restringe ao chefe do Poder Executivo. Ela abrange os Ministros de Estado, os governos estaduais e pode ainda ser subdelegada a outras autoridades públicas, desde que a lei autorize essa subdelegação da competência normativa e ela seja efetuada por um decreto.

No direito alemão, ao lado do decreto (*Rechtsverordnung*) convive outra espécie de ato normativo de competência do Executivo a que se atribui o nome de estatuto autônomo (*Satzung*). O *Satzung* é também norma jurídica (lei em sentido material), editada por uma pessoa jurídica de direito público para regulação de seus próprios assuntos.<sup>156</sup> Entre essas pessoas jurídicas figuram, sobretudo, os Municípios, as universidades e a administração da seguridade social – ou seja, entes dotados de autonomia pela legislação.

O *Satzung* diferencia-se do *Rechtsverordnung* especialmente em razão de seu fundamento e conteúdo. Este pode versar sobre qualquer matéria, desde que haja prévia autorização legislativa que delimite seu conteúdo, finalidade e extensão. A competência para edição do decreto decorre de *delegação* expressa do Parlamento.

Aquele, por sua vez, está limitado à regulação dos assuntos próprios da pessoa jurídica que o edita, mas, por outro lado, não precisa de uma habilitação legal específica.

---

<sup>155</sup> Art. 80, GG: “(1) Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. Ist durch Gesetz vorgesehen, daß eine Ermächtigung weiter übertragen werden kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung”.

<sup>156</sup> De acordo com a definição proposta pelo BVerfGE, os estatutos são leis editadas por uma pessoa jurídica de direito público dentro dos limites da autonomia que lhes é concedida por lei, com eficácia para as pessoas pertencentes e sujeitas a ela. (No original: “Satzungen sind Rechtsvorschriften, die von einer dem Staat eingeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr gesetzlich verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörigen und unterworfenen Personen erlassen werden” – BVerfGE 33, 125, 156.)

Nesse caso, basta uma outorga genérica do poder de legislar, como ocorre no caso dos Municípios, em que Lei Fundamental lhes garante o direito de regulamentar, sob responsabilidade própria e nos limites da lei, todos os assuntos da comunidade local (art. 28, Abs. 2<sup>157</sup>).

Além disso, o *Satzung* é editado por órgão democraticamente eleito,<sup>158</sup> que desempenha o papel de “legislador” no âmbito de sua organização. Se, por um lado, a pessoa jurídica dispõe de autonomia para regular seus assuntos próprios, pressupõe-se que essa regulação conte com representação popular. Diferentemente do *Rechtsverordnung*, a edição de um *Satzung* é produção autônoma de direito.<sup>159</sup>

Especificidades à parte, tanto o *Satzung* quanto o *Rechtsverordnung* são atos normativos gerais e abstratos editados por órgãos ou entidades do Executivo com caráter de lei em sentido material. Por essa razão, ambos serão tratados sob a mesma categoria jurídica adotada e serão traduzidos pelo mesmo termo “regulamento”. Caso haja alguma especificidade entre eles que necessite ser destacada, então será adotado o termo em alemão para diferenciá-los.

Compreendido o conceito de regulamento no direito alemão, voltemos à evolução do seu tratamento dogmático. Como dito, a partir da década de 1970, a dogmática administrativista germânica passa a enxergar o regulamento não só como fonte de direito, mas também como instrumento de atuação jurídico-administrativa.

Como já apontado, a teoria das formas desempenha uma dupla função: a de ordenação e a de “armazenamento”. A função ordenadora tem por objetivo identificar, a

---

<sup>157</sup> Art. 28, Abs. 2, da GG: “Deve ser garantido aos municípios o direito de regulamentar, sob responsabilidade própria e nos limites da lei, todos os assuntos da comunidade local. No âmbito de suas atribuições legais e nas condições definidas em lei, as associações de municípios também gozarão igualmente do direito de autonomia administrativa. A garantia da autonomia administrativa pressupõe também as bases de uma autonomia financeira; estas bases incluem uma fonte de tributação fiscal dos municípios baseada em sua capacidade econômica e o direito de fixar os percentuais de taxaçaõ dessas fontes” (tradução livre).

<sup>158</sup> Seguindo ainda o exemplo do Município, determina a Lei Fundamental que: “Nos Estados, distritos e municípios, o povo deverá ter uma representação eleita por sufrágios gerais, diretos, livres, iguais e secretos” (Art. 28, Abs. I, GG).

<sup>159</sup> Entende-se que o *Rechtsverordnung* é produção heterônoma de lei, na medida em que o Chefe do Executivo, os Ministros de Estado e dos Governos estaduais, ao editarem um decreto, legislam em nome do próprio Estado.

partir da realidade administrativa, classes típicas de ação estatal, as quais devem ser desenvolvidas conceitualmente e ordenadas dogmaticamente. No entanto, a função de armazenamento visa facilitar a identificação das consequências jurídicas decorrentes da escolha por uma forma de atuação específica, facilitando, assim, a aplicação do direito no caso concreto.

Temas como procedimento a ser observado, proteção jurídica do particular afetado, validade e vícios da atuação administrativa são comuns a todas as formas de ação. Portanto, ao sugerir o tratamento do regulamento também sob a perspectiva da teoria das formas, o que a dogmática busca destacar é a necessidade de enfrentamento dessas questões com relação ao regulamento. Como ressalta Schmidt-Assmann (2013, p. 72), a compreensão do regulamento apenas pelo viés das fontes do direito não é suficiente para que se entenda sua função instrumental e as vinculações a que se sujeita a Administração após sua edição.

Dessarte, a dogmática chama para si a tarefa de construção dos pressupostos e definição das consequências jurídicas atreladas à edição de regulamentos pela Administração Pública, aportando, assim, previsibilidade e segurança jurídica a essa forma de atuação estatal.

É o que faz, por exemplo, Ossenbühl (2007) em seu texto dedicado ao estudo do *Rechtsverordnung*. O autor estrutura todo o texto a partir de temas típicos da teoria das formas, por exemplo, conceito, processo administrativo para edição de regulamento, consequências jurídicas dos vícios na edição de regulamentos, e assim por diante.

Esse tipo de análise permitiu que se agregassem ao tema do regulamento questões que até então lhe eram indiferentes. A principal delas parece ser a do procedimento administrativo a ser observado previamente à edição de regulamento pela Administração Pública, tema ainda controverso e sem tratamento legislativo adequado.

Não há no direito alemão lei geral que regule a edição de regulamento (*Rechtsverordnung* ou *Satzung*) pelo Executivo. A lei de processo administrativo (VwVfG) limita sua aplicação aos atos e contratos administrativos.<sup>160</sup>

Há previsão legislativa esparsa na legislação setorial contendo alguns requisitos procedimentais à edição de regulamentos, por exemplo, no caso da lei federal de controle da emissão de poluentes, que prevê o dever de audiência das partes envolvidas.<sup>161</sup> Ainda assim, isso ocorre de forma esparsa e em leis específicas, sem que haja um dever geral de adoção de procedimento previamente à edição de regulamentos.

Isso tem feito com que a dogmática acentue, cada vez mais, a necessidade de regulamentação do tema, ressaltando, inclusive, a necessidade de se estabelecerem procedimentos formais em determinados casos, com a previsão de direitos de audiência e participação no processo, dos deveres de fundamentação do ato normativo e de sua revisão periódica, entre outros.<sup>162</sup> Nas palavras de Schmidt-Assmann (2003, p. 343):

[...] el Estado tiene la responsabilidad de garantizar una adecuada legitimación en la producción de normas y eso exige actuar antes, en el procedimiento del que surgen esas reglas técnicas, garantizando que estén representados todos los intereses y también que el procedimiento sea transparente.

O estudo do regulamento administrativo pela perspectiva da teoria das formas jurídicas de atuação administrativa permitiu compreendê-lo como um instrumento de

<sup>160</sup> Nesse sentido, o § 9 da lei, que define procedimento administrativo como a atividade das autoridades públicas dotada de efeito externo e dirigida à verificação dos requisitos básicos, à preparação e edição de um ato administrativo ou à celebração de um contrato administrativo. (No original: “Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein”.)

<sup>161</sup> De acordo com o § 51 da BImSchG, caso as autorizações para edição de regulamento prescrevam a audiência das partes envolvidas, deve ser ouvido um círculo de representantes da comunidade científica, dos afetados, do setor econômico envolvido, do setor de transporte envolvido e das autoridades responsáveis pelo controle da emissão. (No original: “Soweit Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften die Anhörung der beteiligten Kreise vorschreiben, ist ein jeweils auszuwählender Kreis von Vertretern der Wissenschaft, der Betroffenen, der beteiligten Wirtschaft, des beteiligten Verkehrswesens und der für den Immissionsschutz zuständigen obersten Landesbehörden zu hören”.)

<sup>162</sup> Nesse sentido: Möstl (2016, p. 607 e ss.), Schmidt-Assmann (2013, p. 340), Maurer (2011, p. 363 e ss.), Hill e Martini (2012, p. 1033 e ss.).



autoprogramação da Administração.<sup>163</sup> Por meio de regulamento, a Administração consegue programar e, conseqüentemente, uniformizar como será a sua atuação na abertura que lhe foi conferida pela lei.

Sob a perspectiva da Administração, essa programação tem a vantagem de possibilitar a adoção de procedimentos-padrão e, por consequência, reduzir custos de transação (o regramento de um tema de modo geral e abstrato pode, por exemplo, mitigar a necessidade de edição de vários atos administrativos individuais e concretos). Entretanto, sob a perspectiva do particular afetado, esse tipo de regramento agrega previsibilidade e segurança jurídica sobre o que se esperar da atuação administrativa no caso individual e concreto.

Por meio de regulamento pode a Administração, pois, estabelecer o programa que vai guiar sua atividade sempre que diante de situações semelhantes.

Enquanto o ato administrativo passou por movimento inverso, de instrumento de ação administrativa típico para sua aceitação também como fonte do direito, no caso do regulamento percebe-se o movimento em sentido oposto: de norma administrativa (lei material) para sua compreensão como um instrumento de que dispõe a Administração para configuração e regulação de um espaço mais amplo, em comparação com o ato e o contrato administrativo.

#### 3.2.2.4 *Relevância dos instrumentos não jurídicos de atuação administrativa (informelles Verwaltungshandeln)*

O movimento de reformulação da dogmática administrativista das formas de atuação administrativa é marcado pelo crescente interesse da dogmática nas formas de atuação não jurídicas, assim compreendidos os instrumentos de atuação não captados (ou captados apenas parcialmente) pelo direito e que se caracterizam, segundo Schmidt-Assmann (2003, p. 332), por ser uma atuação material, que realiza por meio de ações

---

<sup>163</sup> Nesse sentido: Möstl (2016, p. 596), Schmidt-Assmann (2003, p. 339), Ruffert (2016, p. 1194), Maurer (2011, p. 363).

atípicas,<sup>164</sup> juridicamente pouco estruturadas e dirigidas prioritariamente à obtenção de efeitos práticos (e não jurídicos).

Na verdade, a constatação (e aceitação) de que a Administração atua não apenas por meio de instrumentos jurídicos já era presente na doutrina administrativista clássica, sob a categoria geral “atos materiais” (*Realakte*). Tais atos compreendiam toda a ação administrativa voltada à obtenção de efeitos práticos, como a realização de buscas e apreensões pela polícia administrativa, o asfaltamento de uma rua, o sinal de “pare” realizado por um guarda de trânsito.

O papel de “descobridor” dessa categoria jurídica é atribuído a Walter Jellinek,<sup>165</sup> que, na terceira edição de sua obra *Verwaltungsrecht* (1931), distingue a “Administração-autoridade” (*obligkeitliche Verwaltung*), situação em que a autoridade administrativa maneja poder próprio e assim o faz de modo soberano, da “singela Administração” (*schlichte Hoheitsverwaltung*), que compreende as formas heterogêneas de atuação administrativa (ou seja, aquelas não marcadas pelo manejo de poder próprio impositivo perante o indivíduo – JELLINEK, 1931, p. 19).<sup>166</sup>

Logo, o autor reconhece que nem toda atuação administrativa implica o manejo de autoridade. Para ele, a atuação típica e a atípica da Administração se complementam, de modo que “é uma das maiores artes da Administração encontrar o equilíbrio entre a Administração-autoridade e a Administração-singela”.<sup>167</sup>

Embora reconhecida, a atuação administrativa material não foi objeto de estudo aprofundado e sistemático pela dogmática administrativista clássica, na época preocupada em atribuir contornos jurídicos à atuação estatal marcada pelo manejo do poder soberano do Estado. Para esse fim, o esquema binário “atuação administrativa com conteúdo normativo” vs. “atuação administrativa sem conteúdo normativo” era suficiente para o

---

<sup>164</sup> No sentido de que são ações não tipificadas pelo ordenamento jurídico, diferentemente do ato, do contrato e do regulamento administrativo.

<sup>165</sup> Nesse sentido: Schulte (1995, p. 59 e ss.) e Hermes (2012, p. 1530).

<sup>166</sup> Ao lado dessas duas figuras, havia, ainda, o Estado-fisco, que abarcava as formas de atuação da Administração regidas pelo direito privado.

<sup>167</sup> No original: “Es gehört zu der grössten Verwaltungskunst, zwischen der obligkeitlichen und der einfachen Hoheitsverwaltung die richtige Mitte zu finden” (JELLINEK, 1931, p. 23).

alcance da sistematização pretendida. Todas as formas de atuação voltadas à obtenção de efeitos práticos eram simplesmente mencionadas como pertencentes à categoria residual dos “atos materiais”.

Esse panorama começa a se alterar a partir da década de 1970, influenciado, sobretudo, por dois movimentos.

Primeiro, a já mencionada ideia de Estado-cooperativo, fruto do reconhecimento da insuficiência dos instrumentos unilaterais de atuação administrativa (em especial, do ato administrativo) para fazer frente à crescente (co-)responsabilidade do Estado Moderno pela prosperidade econômica e social dos seus cidadãos. Esse reconhecimento levou às mais variadas ciências (da economia, da administração e do direito) a pesquisar novos instrumentos de direção da atuação estatal, por meio dos quais o Estado alcançasse a efetiva cooperação dos agentes econômicos para a realização das mais diversas finalidades de interesse público.

Segundo, a constatação empírica da insuficiência dos instrumentos jurídicos de atuação administrativa para execução das tarefas a cargo da Administração.

Pioneiro nesse movimento de valorização da atuação administrativa atípica, o trabalho desenvolvido por Eberhard Bohne (1984) teve por objeto o estudo dos instrumentos utilizados pela Administração Pública Federal para cumprimento e execução da lei federal de controle das emissões (*Immissionsschutzgesetz*).

Por meio de estudo de casos, o autor se propôs a investigar se, e como, a atuação administrativa típica (via ato ou contrato administrativo) é substituída ou complementada por outros modos de atuação não regulados juridicamente, para fins de execução da lei federal de controle das emissões.

Os resultados obtidos demonstraram que o recurso a outros modos de atuação não regulados juridicamente era algo normal e corriqueiro no dia a dia da Administração Pública, em que pese a dogmática pouca ou quase nenhuma atenção despendesse a esse tipo de atuação administrativa.

Constatou-se que, mesmo nas situações em que seria possível a aplicação dos instrumentos tipificados em lei, a Administração, de modo consciente e racional, escolhia agir por vias informais, com o objetivo alcançar fins outros que dificilmente seriam atingidos por meio de instrumentos típicos de atuação administrativa (por exemplo, a aceitação e o cumprimento voluntário de suas determinações pelos particulares).

A partir desse estudo, a troca de informações e a assunção de compromissos fáticos e recíprocos entre autoridades públicas e agentes econômicos emergiram como uma realidade assente no interior da Administração Pública, para a qual a dogmática até então não havia se atentado. A atuação administrativa informal-atípica despontou como um verdadeiro meio de atuação alternativo àquela tipificada em lei.

Nesse contexto, as ideias de relação jurídica e de processo administrativo prestaram uma inestimável contribuição ao estudo dogmático dessa nova categoria jurídica, pois ambas as ideias permitiram à dogmática olhar além dos instrumentos jurídicos em si e, por conseguinte, perceber que os processos da Administração são constantemente tangenciados por influências externas e contatos diversos com o mundo real.

A teoria das formas de atuação administrativa, com seu método de estudo autocentrado em instrumentos jurídicos (cujos temas básicos eram, em geral, requisitos para constituição, características básicas e consequências jurídicas decorrentes), era, por si só, insuficiente para perceber a complexidade do fenômeno da atuação administrativa. À dogmática administrativista alemã foi preciso o desenvolvimento de dois novos conceitos para conseguir abarcar todas as nuances envolvidas no fenômeno da ação administrativa.

Por meio deles foi possível perceber que a atuação administrativa compreende um conjunto de interações que ocorrem o tempo todo no seio da Administração e que, muitas vezes, criam vinculações fáticas entre as partes envolvidas.

Ademais, observou-se que, muitas vezes, a moderna Administração está mais preocupada com a obtenção de efeitos práticos do que com a criação de vinculações jurídicas, o que conduz à relativização da “regulação” (conformação pelo direito) como traço característico central à atuação administrativa. Não raras vezes a Administração

também se vale de uma série de atos igualmente relevantes ao desempenho de suas funções, mas que não são marcados por esse traço de juridicidade.

Tudo isso levou a que a dogmática administrativista germânica passasse a dedicar maior atenção à ação informal da Administração, cujo conceito é ainda controverso da dogmática alemã.

Autores como Maurer (2011, p. 423) e Kopp e Ramsauer (2008, p. 47) adotam os termos “atuação material” (*Realakte*) para aludirem a todas as formas de atuação da Administração Pública que não se deixam rubricar sob as formas tradicionais reguladas pelo ordenamento jurídico (ato, contrato, regulamento).

Nessa categoria jurídica geral, os referidos autores distinguem entre “atuação material unilateral” e “atuação material consensual”. Estas corresponderiam à atuação informal (*informelles Verwaltungshandeln*) e teriam como traço característico a cooperação entre indivíduo e Estado (são as tratativas e os acordos prévios celebrados entre Estados e indivíduos). No entanto, aquelas corresponderiam à atuação administrativa unilateral e não dotada de autoridade (*schlichtes Verwaltungshandeln*), por exemplo, as advertências e recomendações.

Autores como Fehling (2006, p. 1465), Hermes (2012, p. 1538) e Schmidt-Assmann (2003, p. 332) distinguem a atuação informal (*informelles Verwaltungshandeln*) da atuação não dotada de autoridade (*schlichtes Verwaltungshandeln*). Esta seria o gênero no qual aquela está inserida com a atuação material da administração. A atuação informal, porém, espécie da atuação não dotada de autoridade, caracteriza-se pelo fato de aquela ser exercida à sombra da atuação formal, ou seja, em substituição ou em complemento a uma forma de atuação regulada pelo direito.

Para o que aqui se pretende interessa especialmente a atuação informal da Administração, assim compreendida como aquela atuação que ocorre em substituição ou em complemento a um instrumento de atuação regulado pelo direito e que pressupõe certa cooperação (trocas de informações) entre Administração Pública e particulares.

Como narrado *supra*, a introdução do conceito de atuação administrativa informal no discurso jurídico alemão se deu em 1980, a partir do estudo empírico conduzido por Eberhard Bohne. A partir dele, a atuação administrativa informal mostrou-se como uma realidade inevitável e onipresente, dada a impossibilidade de as formas jurídicas captarem a infinita diversidade de possibilidades da ação administrativa.

Aos poucos, e cada vez mais, a dogmática administrativista passou a aceitar que os processos da Administração são tangenciados por influências externas. O próprio Tribunal Constitucional alemão chegou a afirmar que “a necessidade de conversações entre Administração e cidadão corresponde à compreensão que tem a Lei Fundamental da posição do cidadão dentro do Estado”.<sup>168</sup> Essa constatação fez com que a dogmática passasse a investigar mais de perto esse tipo de atuação.

Nesse contexto, as principais questões enfrentadas pela dogmática são, de um lado, a possibilidade de recurso a esse tipo de atuação administrativa, e, de outro, os riscos aí envolvidos.

No tocante à primeira questão, parece consenso hoje na doutrina administrativista que a atuação informal não é, por si, inadmissível.<sup>169</sup> O fato de a ideia de Estado de Direito pressupor uma atuação estatal dentro dos limites e contornos definidos pelo direito não implica, a princípio, uma proibição geral à atuação informal.

Ao contrário, para os autores favoráveis à atuação informal há situações em que esses contatos e acordos informais entre Administração e indivíduos são até mesmo necessários, por exemplo, nos casos em que a Administração tem o dever de instrução processual, assumindo, assim, o ônus de examinar detidamente os fatos (o que muitas vezes só é possível com a ajuda do afetado), ou, então, o dever geral de adoção de decisões acertadas, o que demanda a avaliação dos interesses públicos e privados em jogo.

---

<sup>168</sup> BVerfGE 45, 297. No original: “Die Notwendigkeit des Gesprächs zwischen Verwaltung und Bürger entspricht dem grundgesetzlichen Verständnis der Stellung des Bürgers im Staat”.

<sup>169</sup> Nesse sentido, em especial, Maurer (2011, p. 429 e ss.), Schmidt-Assmann (2003, p. 334 e ss.), Hermes (2012), Hoffmann-Riem (2012, p. 908). Em sentido contrário, contudo, Burmeister (2013).

Até que ponto, porém, a adoção de determinadas ações depende de um fundamento legal, isso ainda é obscuro.

A atuação informal caracteriza-se por ser voltada ao alcance de efeitos práticos e, conseqüentemente, por não criar vinculações jurídicas entre as partes acordantes. Ela se justifica justamente em razão dos feitos práticos obtidos, que não seriam alcançados, ou o seriam, mas a um custo jurídico muito elevado, com a atuação jurídica tradicional.

Entretanto, como ressalva Schmidt-Assmann (2003, p. 334) a “*ganancia en eficacia y el riesgo de fraude están muy próximos*”. Os perigos usualmente relacionados à atuação informal são o abandono das formas, a mitigação do princípio da legalidade e a desatenção à posição jurídica de terceiros e ao interesse público subjacente à atuação. Em contrapartida, reconhece-se que os projetos mais custosos jamais se iniciam de maneira abrupta, sem um contato prévio mínimo entre autoridade administrativa e particular interessado.

Como evitar esses perigos sem engessar a atuação administrativa é ainda uma questão em aberto. Há autores que defendem a aplicação análoga da lei de processo administrativo também para a atuação informal; outros, como Maurer (2011, p. 433), entendem que esse tipo de formalização gerará novos formatos de acordos e contatos informais. Schmidt-Assmann (2003, p. 337) parece seguir um meio-termo: considera pertinente a integração de certas regras jurídicas para ordenação da atuação administrativa informal-consensual, de modo que ela possa ser tolerada pelo Estado de Direito, sem, contudo, levar a um processo de formalização jurídica.<sup>170</sup>

O que se percebe é que as questões geradas são ainda mais numerosas e profundas do que as tentativas de respostas a elas formuladas. De todo modo, o simples reconhecimento e a aceitação da atuação administrativa informal como uma realidade presente e inevitável já representam um avanço no enfrentamento da questão. A constatação da insuficiência da teoria das formas de atuação jurídico-administrativa à

---

<sup>170</sup> Como ressalva o autor, a atuação informal não tem que equivaler a uma ação secreta. Especialmente para proteger a posição jurídica de terceiros, para Schmidt-Assmann é possível a previsão de soluções como a informação das tratativas em curso a um círculo amplo de interessados e a possibilidade de participação de terceiros e quaisquer interessados na fase de negociações prévias.

explicação da totalidade do fenômeno da ação administrativa é o começo para que a dogmática possa formular saídas e soluções para essa situação.

### **3.3 Considerações finais sobre as ideias expostas neste Capítulo**

O resgate da teoria das formas de atuação jurídico-administrativas como marco de ordenação dogmática imprescindível ao sistema da ação administrativa é acompanhado da revisitação e reformulação dos instrumentos jurídicos abarcados pela teoria.

Os conceitos de ato, contrato e regulamento administrativo devem ser compreendidos no novo quadro jurídico-institucional em que estão inseridos, marcado por uma Constituição garantista, que privilegia e resguarda a posição do indivíduo no ordenamento jurídico e que impõe à Administração a tarefa de promover o bem comum e a justiça social.

Para conseguir responder às demandas que lhe são impostas, a Administração dispõe de um arsenal de instrumentos (jurídicos e não jurídicos) voltados, a um só tempo, à viabilização da atividade administrativa e à proteção da posição jurídica dos particulares perante a Administração.

Hoje em dia, o sistema de ação da Administração não está orientado apenas pelo ato administrativo ou somente pelos instrumentos de ação regulados pelo direito público. Esse sistema não acompanha unicamente a perspectiva unilateral da Administração, mas, ao contrário, busca conceber a ação administrativa no contexto das condições para sua formação e produção de efeitos (SCHMIDT-ASSMANN, 1993, p. 57).

No contexto das condições para formação e produção de efeitos da ação administrativa, tem ganhado força a ideia de boa atuação mediante a escolha do instrumento adequado.

Essa ideia, além de pressupor a possibilidade de escolha da Administração, algo impensável na época da dogmática tradicional, agrega parâmetros de conformidade com a escolha a ser feita. A legalidade continua sendo, sem dúvida, uma importante baliza a orientar a ação administrativa. Ao lado dela, porém, são agregados novos parâmetros, tais como eficiência, justiça social, aceitação, efetividade, exequibilidade e economicidade. A



mera escolha do instrumento de ação passa a ser vista como uma decisão racional do administrador público e, como tal, implica a assunção de responsabilidade pelo meio de atuação escolhido.

## **Capítulo 4**

### **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Como demonstrado no Capítulo 2, a dogmática administrativista brasileira clássica, em matéria de atuação administrativa, tem como traço característico a formulação de conceitos e institutos com notável distanciamento da prática administrativa e do ordenamento jurídico então vigente.

A abordagem dogmática clássica dos instrumentos jurídicos de atuação administrativa é também marcada pela ênfase dada às prerrogativas públicas supostamente inerentes a esses instrumentos, como consequência do regime jurídico-administrativo a que se sujeitaria a Administração Pública. Supremacia, prerrogativas, atributos e exorbitância são termos bastante presentes nas teorias do ato, do contrato e do regulamento administrativos.

Um movimento de questionamento dessas concepções começa a ganhar corpo a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988. A ruptura definitiva com um passado marcado por vários períodos de notório autoritarismo, a consagração dos direitos fundamentais como cláusula pétrea, o alargamento das funções administrativas, entre outros fatores a seguir destacados, tudo isso impulsiona a revisitação (e eventual reformulação), pela dogmática, de conceitos, institutos e dogmas doutrinários formulados em um contexto histórico, político, social e jurídico distinto do atual.

Dada essa inevitável influência de fatores externos nos trabalhos desenvolvidos pela doutrina jurídica, dedicar-se-á, nos tópicos seguinte, à análise dos pressupostos teóricos que levaram ao movimento de questionamento aqui identificado.

#### **4.1 Pressupostos teóricos à abordagem da atuação administrativa**

##### *4.1.1 Consolidação do Estado Social e Democrático de Direito e o fortalecimento da Administração Pública*

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consolida-se no Brasil o Estado Social e Democrático de Direito. Após sucessivos períodos de regimes

notoriamente autoritários, seguidos de um relativamente longo processo de abertura democrática, a promulgação do novo texto constitucional representa um importante marco na consolidação da democracia em nosso país.

Seguindo tendência de outras cartas constitucionais da Europa-continental, a nova Constituição incorpora como marco do Estado brasileiro as três dimensões, social, democrático e de direito. Mesmo sem prever expressamente o termo social,<sup>171</sup> a exemplo do que faz a Lei Fundamental alemã, a preocupação social está presente em diversas passagens do novo texto constitucional. Cite-se, exemplificativamente, o próprio art. 1.º da CF/1988, que eleva à condição de fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; a existência de um capítulo destinado exclusivamente a tratar de direitos sociais,<sup>172</sup> e o art. 170 que afirma ser finalidade da ordem econômica assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Além de firmar o Estado brasileiro sob novas bases, democráticas e sociais, a Carta Constitucional de 1988 dedica especial atenção a assuntos referentes à Administração Pública e ao direito administrativo.<sup>173</sup> Não obstante as críticas feitas ao nível de detalhamento do texto constitucional, inclusive em matéria administrativa, a Constituição teve seu êxito “como peça principal de ordenação social articuladora dos valores sociais de ‘paz, igualdade e liberdade’” (MENEZES DE ALMEIDA, 2015, p. 328). No contexto de expansão axiológica do direito, os valores nela consagrados, em especial os direitos e garantias fundamentais, irradiaram-se para o ordenamento jurídico, atingindo até mesmo (e substancialmente) o direito administrativo.

Com consequência, a nova Administração Pública que nasce sob as bases da Carta Constitucional de 1988 é uma Administração multitarefa e pautada pela promoção dos direitos fundamentais. A realidade econômica e social do País deixa de ser considerada um dado para tornar-se importante objeto da ação administrativa.

---

<sup>171</sup> Diz o art. 1.º da CF/1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”.

<sup>172</sup> Capítulo II – Dos Direitos Sociais, inserido no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

<sup>173</sup> A CF/1988 dedica um capítulo inteiro (Capítulo VII – Da Administração Pública), composto por duas seções, a temas afetos à Administração.

Como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 479):

Tal mudança na maneira de encarar o papel do Estado resultou em enorme expansão de suas intervenções na esfera da liberdade e da propriedade dos indivíduos, as quais, é bem de ver, ficaram expostas a uma cópia fantástica de limitações e de ingerências dantes conhecidas. O Poder Público assumiu a função de promotor das mais variadas iniciativas no campo social e econômico, exigindo dos particulares, demais disso, ajustamento de suas condutas aos desideratos absorvidos como finalidades coletivas.

A assunção de novas funções pela Administração Pública torna seu papel no Estado Social e Democrático do Direito contemporâneo cada vez mais incompatível com o de mero instrumento de execução da lei, sem vontade própria e totalmente vinculada à lei editada pelo Parlamento. Promove-se, em verdade, um novo equilíbrio no relacionamento entre Legislativo e Executivo, no qual o Executivo assume posição de destaque na solução imediata de “questões que demandam repostas rápidas e atentas a aspectos particularizados” (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 481).

Resultou daí o fenômeno denominado por Bandeira de Mello (2007, p. 481) de “agigantamento do Estado” e, mais especificamente, de “agigantamento da Administração”. Esse fenômeno de fortalecimento do Executivo é também reconhecido por Odete Medauar. Para a autora, a Administração Pública

[...] hoje adquiriu dimensões gigantescas e tornou-se fundamental à coletividade; passou, com o tempo, a influenciar na tomada de decisões de relevo; dificilmente se sustentaria, na atualidade, a característica de mera executora da lei e alheia às decisões que deve aplicar (MEDAUAR, 1992, p. 126).

Valendo-se da divisão proposta por Odete Medauar (1992, p. 126), observa-se atualmente essa expansão da Administração Pública em dois sentidos: na organização e no campo da atividade.

No campo da organização é verificável a intensificação do processo de criação de entes, com personalidade jurídica própria e certa independência, para execução de funções tipicamente estatais. É o caso, por exemplo, das empresas públicas, das sociedades de economia mistas e das agências reguladoras. Promoveu-se, assim, uma fragmentação de entes administrativos, pondo em xeque a visão de Administração unificada e hierarquizada.

No campo das atividades, percebe-se uma grande variação das tarefas a cargo da Administração, “assim como variados se apresentam os fins e meios” (MEDAUAR, 1992, p. 127). O enriquecimento das funções administrativas é acompanhado da crescente tecnização das atividades. Em contrapartida, a organização de novos grupos e associações sociais faz crescer a demanda por participação e influência nas decisões administrativas. Floresce, nesse meio, um processo de “contratualização” das funções administrativas, caracterizado por tratativas, acordos, negociações, transações, muitos dos quais afetam não só os interesses das partes negociantes, mas também de terceiros. A Administração, em muitos casos, assume o papel de mediadora de interesses, na busca por consenso.

Enfim, todos esses exemplos mostram como a Administração assume no contexto atual importante função de regulação da vida social, tendo que lidar, cada vez mais, com situações complexas envolvendo interesses distintos. Isso tudo, como não poderia deixar de ser, acaba por impactar o seu modo de atuação na sociedade, consoante será demonstrado nos tópicos a seguir.

#### *4.1.2 Valorização do indivíduo na conformação do interesse público e seus reflexos para o direito administrativo*

Como indicado no Capítulo 2, até a década de 1980 a produção doutrinária em matéria de atuação administrativa era marcada pela forte presença das prerrogativas públicas a justificar uma atuação estatal verticalizada, que encontrava no ato administrativo sua principal forma de expressão.

As prerrogativas públicas, com suas características da exorbitância e da instrumentalidade, tinham por objetivo munir a Administração Pública dos poderes necessários à promoção do interesse público por ela tutelado. Para a dogmática clássica, o interesse estatal era “expressão do interesse do todo social” (BANDEIRA DE MELLO, 1969, p. 25) e a promoção do interesse coletivo (entendido como sinônimo de interesse público) era o fim último visado pelo Estado.

Esse entendimento da existência de um interesse público supremo a justificar a incidência de certos privilégios a favor da Administração Pública na sua relação com os

administrados ganhou adeptos entre a dogmática administrativista contemporânea,<sup>174</sup> tendo Celso Antônio Bandeira de Mello (2007) como seu principal representante.

Para o referido autor, o que dá identidade e coerência interna ao direito administrativo como disciplina autônoma é o regime jurídico-administrativo, assim entendido como um conjunto sistematizado de regras e princípios próprios a esse ramo do direito. Dentre esses princípios e regras, Bandeira de Mello destaca dois em especial, que, em sua visão, são a “fonte-matriz” do sistema jurídico administrativo: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos.

Ambos os princípios remetem à noção de interesse público, que é então apresentada por Bandeira de Mello (2007, p. 57) como a projeção dos interesses individuais numa escala coletiva, ou seja, como o “interesse do todo, do próprio corpo social”. Em suas palavras, o interesse público é a resultante “do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 59). Trata-se, assim, da dimensão coletiva dos interesses individuais dos membros da sociedade.

Com base nesse conceito o autor defende (i) a supremacia do interesse público, princípio a justificar a verticalidade nas relações entre Administração e particulares e a concessão de certos privilégios às autoridades administrativas para desempenho de suas funções; e (ii) a indisponibilidade do interesse público, compreendida na afirmação feita por Bandeira de Mello (2007, p. 71) de que os bens e interesses públicos não se encontram entregues à livre disposição da vontade do administrador.

Com esse entendimento, Bandeira de Mello aproxima-se e potencializa a ideia embrionária da dogmática clássica da existência de um interesse público a justificar a incidência de prerrogativas públicas favoráveis à atuação administrativa. Para o autor, o princípio da supremacia do interesse público é o principal fator de legitimação dessas prerrogativas. Em sua visão, elas se justificam na medida em que visam a assegurar a

---

<sup>174</sup> Cf., por todos: Fábio Medina Osório (2000), Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2013), Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), Edmir Netto de Araújo (2007), Diógenes Gasparini (2007).

conveniente proteção aos interesses públicos, servindo, assim, como instrumento para o devido desempenho da função administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 67).

O trabalho de Bandeira de Mello é representativo de uma corrente de entendimento que defende a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio da supremacia do interesse público, apoiando nele a principal explicação dogmática para a existência de privilégios a favor da Administração Pública quando na relação com particulares. Para fins do que aqui se pretende – que é demonstrar o fortalecimento de uma nova corrente contrária à ideia de supremacia e de privilégios públicos, fundamentada, essencialmente, na nova posição ocupada pelo indivíduo no ordenamento jurídico nacional –, a apresentação do entendimento de Bandeira de Mello é suficiente para demonstrar o debate hoje em pauta na dogmática administrativista contemporânea. Assim, não se aprofundará na análise do pensamento dos demais autores, bastando a ressalva de que o pensamento de Bandeira de Mello não é representativo de uma visão isolada tampouco minoritária.<sup>175</sup>

Como adiantado *supra*, especialmente a partir da década de 1990 é possível perceber o crescimento de uma corrente doutrinária questionadora do posicionamento majoritário da época, especialmente no tocante à ideia de supremacia do interesse público.<sup>176</sup> Sem a pretensão de esgotar o tema, apresentar-se-ão, a seguir, as principais ideias sustentadas por essa corrente.

Em linhas gerais, contrariamente à existência, em abstrato, da supremacia do interesse público sobre o privado, argumentam os autores que: (i) inexistem uma oposição apriorística entre o interesse público e o interesse privado; (ii) uma mesma situação pode envolver a oposição de distintos interesses privados, todos eles legítimos e sem qualquer relação de supremacia entre eles; (iii) a noção de interesse público abrange a de privado.

Nesse sentido, essa corrente, sem negar a existência de um interesse público a ser perseguido pela Administração, entende que esse interesse público não é dissociado

---

<sup>175</sup> Cf., por todos: Fábio Medina Osório (2000), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013), Edmir Netto de Araújo (2007), Diógenes Gasparini (2007).

<sup>176</sup> Vide, por todos: Humberto Ávila (2001), Floriano de Azevedo Marques Neto (2002), Gustavo Binenbojm (2014), Juliana Bonacorsi de Palma (2015), Patrícia Baptista (2003), Odete Medauar (2014) e Marçal Justen Filho (2010).

nem necessariamente oposto aos interesses particulares (BINENBOJM, 2014, p. 85 e ss.). Ao contrário, o interesse público comporta “uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares” (BINENBOJM, 2014, p. 107), o que impede que se estabeleça, antecipadamente e de modo abstrato, uma relação de prevalência de uns sobre outros.

Em vez da regra de prevalência (supremacia), essa corrente entende que o interesse público é algo que se constrói a partir das especificidades do caso concreto e como resultado de um juízo de ponderação que leve em consideração todos os interesses conflitantes em causa. Como consequência do interesse público, impõe-se ao administrador a aplicação, no caso concreto, de juízos ponderativos que consideram os interesses jurídicos em jogo e propiciem uma solução capaz de realizá-los ao máximo.<sup>177</sup>

E, em sua visão, essa ponderação para a melhor realização dos direitos e interesses em jogo é o critério decisivo para a atuação administrativa [e não a perseguição de um interesse público singular e “desidentificado” (MARQUES NETO, 2002, p. 153) do interesse dos particulares].

Ao propor uma nova forma de compreensão do interesse público, essa segunda corrente acaba por aproximar o indivíduo (e seus interesses particulares) da ação administrativa e, em última instância, da própria essência do direito administrativo. Isso fica claro no posicionamento de Marçal Justen Filho (2015, p. 144) ao apresentar como fundamento do direito administrativo a “supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais”.

Na mesma linha de crítica à supremacia do interesse público e de valorização dos direitos fundamentais, Odete Medauar (2013, p. 148-49) critica o uso distorcido do tradicional princípio da supremacia como fundamento de “prerrogativas e decisões, por vezes arbitrárias, da Administração Pública” e sustenta a atual tendência de sua mitigação pela “ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes

---

<sup>177</sup> Nas palavras de Humberto Ávila (2001, p. 28): “As ponderações feitas tornam também claro que este ‘princípio’ não pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo: – ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público; – ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um ‘princípio abstrato de supremacia’ teríamos ‘regras condicionais concretas de prevalência’ (variáveis segundo o contexto)”.



numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse”.

Portanto, constata-se que essa segunda corrente mais refratária à ideia de supremacia do interesse público sobre o privado tende a valorizar a composição de interesses pelo Estado e identifica na promoção dos direitos fundamentais (e não do interesse público) o eixo valorativo a orientar a ação administrativa.

Aos poucos, então, o indivíduo e os direitos fundamentais por ele detidos passam a ocupar “fonte-matriz” do direito administrativo.

## **4.2 Tratamento dogmático dos instrumentos de atuação administrativa**

### *4.2.1 Ato administrativo*

No início do século XX, as formulações dogmáticas em torno da figura do ato administrativo guardavam estreita relação com a separação de poderes, com o princípio da legalidade e com a teoria civilista dos atos jurídicos.

Aos poucos, com a ampliação das finalidades perseguidas pelo Estado e, por consequência, da atividade administrativa, a doutrina administrativista passou a questionar a adequação e a suficiência do conceito de ato administrativo outrora formulado. Esse debate, contudo, concentra-se exclusivamente no campo da dogmática e é feito de forma bastante independente e sem correspondência com o direito legislado.

Essa postura se justifica, em parte, em razão da inexistência de um conceito normativo de ato administrativo no ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, diversos atos administrativos têm seu conteúdo, procedimento para edição e consequências jurídicas regulados pelo ordenamento jurídico e, ainda assim, raramente a doutrina administrativista a eles se refere quando do tratamento dogmático do ato administrativo.

É o caso das autorizações administrativas, como bem exemplifica Jacintho Arruda Câmara (2017), classificadas tradicionalmente pela doutrina como espécie de ato administrativo unilateral, discricionário e precário, e por muitas vezes essas características não correspondem ao tratamento a elas conferido pelo ordenamento jurídico vigente

(especialmente quanto ao atributo da precariedade). Donde conclui o autor que “a análise do direito posto (e também do direito comparado contemporâneo) revela que não se pode advogar a existência de um conceito único de autorização” (CÂMARA, 2017, p. 597).

Trabalhos como esse, que partem da análise do direito posto para testar a correção e adequação de conceitos e definições formulados dogmaticamente, são raros na ciência administrativista brasileira, especialmente tratando-se de manuais e tratados de direito administrativo.<sup>178</sup> A prática tem sido a formulação e a revisitação de conceitos ainda com grande independência do tratamento legislativo da matéria.

Isso contribui para que inexista, até hoje, consenso na doutrina sobre o conceito de ato administrativo.

Sobre o tema, em linhas gerais, os autores concordam que o ato administrativo corresponde à manifestação ou declaração<sup>179</sup> de vontade do Estado, no exercício de função administrativa, apta a gerar efeitos jurídicos. Esses três elementos (exteriorização da vontade, exercício de função administrativa e produção de efeitos jurídicos) são comuns à grande maioria das definições formuladas.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> Como exceção dessa postura, vale mencionar o detalhado estudo realizado por Marina Cardoso de Freitas (2016) em sede de dissertação de mestrado, com o objetivo de investigar o tratamento dado pelo direito positivo às autorizações administrativas e como esse tratamento desafia a dogmática administrativista clássica e contemporânea do direito administrativo.

<sup>179</sup> Diverge a doutrina sobre o termo adequado, se “manifestação” ou “declaração” da vontade, caso se queira ressaltar o elemento vontade, ou a necessidade de sua exteriorização. Não obstante a divergência, ela não será aprofundada, eis que indiferente à finalidade aqui pretendida. Concorde-se, nesse ponto, com o seguinte entendimento expressado por Odete Medauar: “[...] deixando de lado a etimologia e acepções literais, é difícil perceber, nos dias de hoje, diferença acentuada entre os dois termos, que leve a consequências de relevo na conceituação de ato administrativo. Melhor seria visualizar o ato administrativo como um dos modos de expressão de decisões tomadas por órgãos e autoridades estatais, sobretudo para distanciá-lo do conceito de ato jurídico de direito privado” (MEDAUAR, 2011, p. 28).

<sup>180</sup> Vejam-se, neste sentido, as seguintes definições:

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 376): “[...] declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares de lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, daí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 204): “[...] declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Odete Medauar (2014, p. 156): “[...] 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”.

Ao lado deles, contudo, cada autor acresce outros elementos à sua própria definição de ato administrativo, conforme entenda pertinente e adequado, e sem muita preocupação de seguir qualquer tipo de padrão metodológico.

Há aqueles que destacam o dever de observância à legalidade quando da edição dos atos administrativos.<sup>181</sup> Outros pontuam que o ato administrativo é fruto do exercício do poder extroverso pelo Estado.<sup>182</sup> Há quem diga que os atos administrativos se restringem a comandos individuais e concretos, excluindo desse conceito os regulamentos administrativos (atos gerais e abstratos).<sup>183</sup> Outros limitam os atos administrativos apenas à atuação interferente na esfera jurídica dos indivíduos, sem abarcar os atos que produzem efeitos internos à própria Administração.<sup>184</sup> Há, por fim, quem destaque o aspecto da revisibilidade do ato pelo Poder Judiciário.<sup>185</sup>

Isso demonstra a inexistência de um conceito uniforme aplicável à generalidade da atuação do Estado-Administração via ato administrativo. A par do núcleo central comum a todos eles, cada autor destaca o que, em sua visão, seriam os aspectos centrais do instituto, de modo que, “conforme o gosto ou predileção de cada um, o conceito de ato administrativo se dilata ou se encolhe” (COUTO E SILVA, 2006, p. 271).

No tocante à definição usualmente adotada entre as décadas de 1930 e 1980 (período clássico), o que se percebe é uma preocupação da dogmática em agregar mais

---

Antônio Carlos Cintra do Amaral (1995, p. 26): “[...] norma jurídica concreta criada pelo Estado no exercício da função administrativa, que produz efeito, diretamente, na esfera jurídica dos particulares, fora, portanto, do âmbito do aparelho estatal”.

Marçal Justen Filho (2010, p. 316): “[...] manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”.

<sup>181</sup> Nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 376), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 204), Odete Medauar (2014, p. 156).

<sup>182</sup> Por exemplo, Carlos Bastide Horbach (2010, p. 38), para quem o ato administrativo é toda “manifestação de vontade normativa da Administração Pública, derivada do exercício de um poder, cujos efeitos modificam a realidade dos administrados ou da própria estrutura administrativa e de seus órgãos”. Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 375) também ressalta esse aspecto. Para o ato administrativo é exercido “no uso de prerrogativas públicas, portanto, de autoridade, sob regência do Direito Público”.

<sup>183</sup> Por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 204).

<sup>184</sup> Assim o conceito formulado por Antônio Carlos Cintra do Amaral (1995, p. 26): “[...] norma jurídica concreta criada pelo Estado no exercício da função administrativa, que produz efeito, diretamente, na esfera jurídica dos particulares, fora, portanto, do âmbito do aparelho estatal”.

<sup>185</sup> Nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 376) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 204).

elementos ao conceito de ato, tornando-o mais detalhado, sem que se promova, com isso, uma alteração substancial na sua fórmula original. Tanto lá quanto aqui o ato administrativo é fruto da declaração unilateral de vontade do Estado, apta a produzir efeito jurídico.

Ao longo dos anos o que se percebe é a formação de uma postura crítica diante de alguns elementos dessa definição e, especialmente, de algumas notas peculiares<sup>186</sup> atribuídas pela dogmática a essa categoria jurídica. Duas críticas sobressaem-se, em especial.

A primeira, quanto o aspecto da *unilateralidade do ato administrativo*.

A palavra “unilateral” presente em vários conceitos de ato administrativo embute em si diversos significados. Em contraposição aos atos convencionais, formados a partir de um acordo de vontades de dois ou mais sujeitos, a expressão unilateral destaca a suficiência da manifestação de vontade de uma só parte para formação do ato administrativo, o que pode levar ao entendimento, comum à época do período clássico, da desnecessidade de qualquer tipo de atuação ou participação de seus destinatários nessa formação. Ainda, diante de um direito administrativo marcado por prerrogativas públicas, o termo unilateral também assume o sentido de ressaltar a carga de poderes públicos (potestades) de que dispõe a Administração na formação do ato administrativo.

Em reação a isso, aos poucos a doutrina administrativista começou a apontar a necessidade de atribuir novos contornos à ideia de unilateralidade do ato administrativo, especialmente diante da crescente valorização do processo administrativo.

De fato, o processo administrativo, com seus pressupostos de participação,<sup>187</sup> contraditório, ampla defesa e motivação,<sup>188</sup> desafia essa noção de unilateralidade associada

---

<sup>186</sup> A expressão é utilizada por Odete Medauar em seu curso sobre o direito administrativo (MEDAUAR, 2014, p. 163).

<sup>187</sup> Diz o art. 33 da Lei n.º 9.784/1999: Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

<sup>188</sup> Nesse sentido, o art. 3.º da Lei n.º 9.784/1999: Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

à suposta indiferença da posição jurídica do destinatário do ato na sua formação. Como destaca Odete Medauar (2011, p. 30):

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 à unilateralidade, não supondo ausência de atuação ou de consenso dos destinatários na obtenção do conteúdo.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho (2010, p. 321) ressalta que

[...] o ato administrativo é uma manifestação de vontade, mas não em sentido idêntico ao que se passa no direito privado. A formação da vontade administrativa se subordina a uma procedimentalização e a regras formais não existentes no âmbito privado. Trata-se de submeter o exercício do poder estatal a restrições destinadas a impedir atos abusivos – vale dizer, atos que reflitam uma vontade arbitrária, prepotente e reprovável.

Com tais formulações a dogmática administrativista contemporânea propõe a ruptura com a visão tradicional de um ato administrativo absolutamente indiferente para com os administrados e com a sociedade. Essa visão, além de não mais corresponder aos atuais anseios sociais por uma atuação administrativa mais horizontal e menos autoritária, tampouco se sustenta juridicamente ante o dever constitucional e legal de procedimentalização da atividade administrativa. Como bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 481-482):

Diante desse fenômeno do agigantamento do Estado [...], a resposta adequada e natural a impedir-lhe o amesquinamento e buscar preservar, o quanto possível, o equilíbrio entre ambos teria de ser o asseguramento da presença do administrado no circuito formativo das decisões administrativas que irão atingi-lo. [...] Uma vez que a “vontade” administrativa do Estado é formada na sequência que se denomina “procedimento administrativo”, discipliná-la é o meio idôneo para mantê-la sob controle”.

Unilateral como sinônimo da suficiência de uma única vontade na formação do ato jurídico, quanto a isso não há objeções. O que a doutrina destaca é a relevância (e necessidade) de formação dessa vontade mediante um procedimento em que a posição do(s) particular(es) afetado(s) seja minimamente levada em consideração.

No entanto, a segunda crítica à dogmática clássica do ato administrativo concentra-se nos denominados *atributos dos atos administrativos*.

Como visto, tradicionalmente a dogmática administrativista clássica sustentava o entendimento de que os atos administrativos possuem certos atributos que lhes são próprios e os diferenciam dos atos praticados pelos particulares no âmbito do direito privado. Tais atributos referem-se, basicamente, à presunção de legitimidade, à imperatividade e à autoexecutoriedade do ato administrativo.

Mais recentemente, contudo, parte da doutrina passa a ter uma postura mais crítica diante da compreensão desses atributos e da sua extensão à totalidade dos atos administrativos praticados pela Administração.

Vale ressaltar, desde já, que essa postura mais crítica não é unânime na dogmática contemporânea. Há, ainda hoje, autores que identificam nesses atributos o principal critério diferenciador entre os atos jurídicos praticados sob regime jurídico de direito público e aqueles praticados sob regime jurídico de direito privado. Para esses autores, a qualidade dos interesses tutelados pela Administração não só justificaria, como demandaria a previsão de prerrogativas a favor da Administração, a fim de que sua atuação possa atingir eficazmente as finalidades públicas por ela perseguidas.<sup>189</sup>

Em contrapartida, parte significativa da doutrina se opõe atualmente a esses atributos,<sup>190</sup> e assim o faz por diversas razões.

A uma, por entender que esses atributos não são intrínsecos aos atos administrativos (e apenas a eles). De acordo com os autores que compartilham desse

---

<sup>189</sup> Nesse sentido, destacam-se Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 406 e ss.) e Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2013, p. 205 e ss.). Ainda assim, para esses autores já é possível perceber um certo abrandamento da postura outrora sustentada, como no caso do atributo da presunção de legitimidade. Hoje em dia, sustenta-se que essa presunção não é absoluta, mas sim relativa, o que significa que, uma vez questionado o ato em juízo, essa presunção deixa de existir, cabendo à Administração comprovar a legitimidade da sua atuação (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 407). Esse posicionamento não é compartilhado por Hely Lopes Meirelles, para quem a presunção de legitimidade subsiste mesmo após o questionamento do ato em juízo. Em sua visão, o ônus da prova de invalidade do ato cabe a quem a invoca (MEIRELLES, 2011, p. 163).

<sup>190</sup> Nesse sentido, em especial, Odete Medauar (2003), Vitor Rhein Schirato (2011), Floriano de Azevedo Marques Neto (2011) e Marçal Justen Filho (2010).

entendimento, há casos em que os atos jurídicos privados também gozam desses mesmos atributos, como há situações em que o ato administrativo deles não os goza.

Vitor Rhein Schirato (2011, p. 123 e ss.) exemplifica essas situações. Para o autor, por força do art. 5.º, XXXV,<sup>191</sup> da CF/1988, os atos administrativos gozam de presunção relativa (e não absoluta) de legitimidade. No entanto, essa mesma presunção se estende aos atos jurídicos privados, por determinação expressa do art. 219 do Código Civil.<sup>192</sup> Isso leva o autor a concluir que tanto o ato administrativo quanto todos os demais atos jurídicos desfrutam de idêntica presunção relativa de legitimidade. O atributo “presunção de legitimidade” seria, portanto, extensível a todos os atos jurídicos, e não uma qualidade exclusiva dos atos administrativos.

De acordo com Vitor Rhein Schirato (2011), a imperatividade não é uma marca característica de todos os atos administrativos. Haveria inúmeros exemplos de atos que não contam com qualquer traço imperativo ou coercitivo, por exemplo, os atos que conferem aos particulares benefícios no exercício da atividade de fomento, ou os atos que franqueiam aos particulares o exercício de uma determinada atividade, como as autorizações (SCHIRATO, 2011, p. 131-132).

Situações como essa demonstram a inviabilidade da demarcação de todos os atos administrativos com um mesmo conjunto de características, que sequer lhes são exclusivas. Daí a conclusão de Marçal Justen Filho (2010, p. 343) de que os ditos atributos dos atos administrativos não são um efeito inerente ao ato administrativo, nem uma decorrência da qualidade estatal do agente que o produz. Para o autor, tais atributos

[...] são uma decorrência do direito, o que significa uma inafastável compatibilidade com a Constituição. É o direito que prevê e delimita os ditos efeitos, por reputar que tal se faz necessário para o bom desempenho da função administrativa. Portanto, aquilo que o direito não poderia atribuir ao Estado não pode ser extraído como “atributo” próprio do ato (JUSTEN FILHO, 2010, p. 343).

---

<sup>191</sup> Art. 5.º, XXXV, da CF/1988: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>192</sup> Art. 219 do Código Civil: “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”.

A duas, em razão do que esses atributos representam na relação Estado-indivíduo. Como aponta Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p. 101 e ss.), presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade são expressões de um mesmo fenômeno: a autonomia do ato administrativo e sua autossuficiência em relação ao indivíduo.

Essa autonomia e autossuficiência, porém, não mais correspondem ao modo como o próprio direito regula a atuação administrativa. A atual demanda imposta pelo ordenamento jurídico de sujeição do ato administrativo aos princípios da motivação e proporcionalidade, ao dever de observância da processualidade administrativa (e do contraditório e ampla defesa a elas inerentes) e ao alcance da eficiência,<sup>193</sup> tudo isso demonstra que uma atuação administrativa autocentrada e indiferente aos interesses externos ao sistema jurídico-administrativo não mais se sustenta.

Sendo o ato administrativo o resultado necessário de um processo administrativo, permeável aos interesses dos interessados (MARQUES NETO, 2011, p. 109), sua veracidade é algo que se constrói e que se alcança, e não um dado presumido *a priori*. Igualmente, no ambiente da processualidade impõe-se que as posições jurídicas conflitantes sejam levadas em consideração, o que coloca em xeque a unilateralidade autossuficiente do ato administrativo.

Sob essa perspectiva, o que a doutrina pretende demonstrar é que ditos atributos dos atos administrativos são representativos de um modo de concepção do direito administrativo (autônomo e autossuficiente) que não mais corresponde ao direito administrativo hoje legislado. À luz do ordenamento jurídico vigente, não seria mais possível sustentar a absoluta indiferença da atuação administrativa à posição jurídica dos particulares por ela afetados e aos efeitos por ela desencadeados nos sistemas econômico e social do País. Para essa vertente da dogmática administrativista contemporânea, o ato administrativo deveria ser estudado a partir de uma perspectiva funcional, em que “o ato

---

<sup>193</sup> Nesse sentido, os arts. 5.º da CF/1988 e art. 2.º da Lei n.º 9.784/1999:

Art. 5.º da CF/1988. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Art. 2.º da Lei n.º 9.784/1999. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.



administrativo só teria razão de ser a partir da função que exerce em relação à esfera de direitos dos indivíduos” (MARQUES NETO, 2011, p. 96).

A valorização da posição jurídica do indivíduo perante a atuação estatal via ato administrativo foi acompanhada de um intenso movimento doutrinário pró-consenso no direito administrativo brasileiro.<sup>194</sup> Com forte inspiração democrática, esse movimento lutava pela mudança no modo de exercício das funções administrativas, especialmente pela propagação de formas de atuação concertadas, voltadas à formação de consenso entre todos os envolvidos na ação administrativa, tanto governantes como governados.

Impulsionado pelo fenômeno da contratualização da ação administrativa, assim entendido o crescente recurso a módulos contratuais pela Administração Pública para exercício de suas funções, o movimento pró-consenso encontrou no contrato administrativo um importante vetor para sua aplicação. O contrato, como resultado de um acordo de vontade, era o oponente perfeito para enfrentar os tradicionais mecanismos de imposição unilateral da vontade estatal que têm no ato administrativo sua principal representação.

Todo esse contexto fez com que o ato administrativo perdesse protagonismo na produção científica nacional. Originalmente concebido como “eixo epistemológico do direito administrativo”,<sup>195</sup> aos poucos o ato administrativo vai perdendo espaço para outros temas, em especial para o contrato administrativo.

A centralidade ocupada pelo ato administrativo na produção científica nacional entre as décadas de 1960 e 1980 começa a ser ofuscada a partir da década de 1990, quando o ato cai no desgosto da grande maioria dos doutrinadores nacionais, associado a um modo de agir estatal marcadamente autoritário.

---

<sup>194</sup> Sobre o tema, vide, por todos: Alexandre Santos de Aragão (2006a), Fernando Dias Menezes de Almeida (2017), Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma (2009), Juliana Bonacorsi de PALMA (2015), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001).

<sup>195</sup> Expressão utilizada por Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p. 94), com o objetivo de identificar uma forma de abordagem do ato administrativo, que o reconhece como noção-chave do direito administrativo.

Uma possível consequência dessa perda de centralidade do ato administrativo é o fato de a postura crítica hoje verificável por parte da doutrina, ainda que contundente, não ter ganhado força suficiente a ponto de ensejar uma transformação radical na teoria do ato administrativo. Observa-se uma concentração do debate em artigos e periódicos científicos, cuja repercussão é incorporada de modo ainda bastante tímido nos manuais e tratados de direito administrativo.

#### 4.2.2 *Contrato administrativo*

Como destacado no Capítulo 2, na época do período clássico a doutrina majoritária do direito administrativo brasileiro já aceitava sem grande dificuldade a figura do contrato administrativo, sujeitando-o então a um regime jurídico especial, derogatório do direito civil e que confere à Administração Pública prerrogativas especiais em face dos particulares com ela contratantes.

Esse regime de prerrogativas, formulado originalmente pela doutrina [fruto do que Menezes de Almeida (2012, p. 350) qualifica como uma “redução simplificadora”<sup>196</sup> do pensamento de Gaston Jèze], foi aceito aos poucos pela jurisprudência e posteriormente incorporado pela legislação brasileira (Decreto-lei n.º 2.300/1986).<sup>197</sup>

Com a publicação da Lei n.º 8.666/1993, esse regime jurídico específico a caracterizar o contrato administrativo foi mantido, consagrando o posicionamento doutrinário dominante no período. Atualmente, é a Lei n.º 8.666/1993 que consolida o regime jurídico geral aplicável aos contratos administrativos no Brasil – regime ainda marcado pelas prerrogativas públicas de matiz francês.

---

<sup>196</sup> Simplificadora porque, conforme demonstrado pelo próprio autor, o regime “especial” de direito público associado por Jèze ao contrato administrativo tinha como fundamento o objeto contratual (prestação de serviço público), e não o próprio contrato em si. Foi a doutrina quem extraiu do pensamento de Jèze um regime jurídico supostamente aplicável à totalidade dos contratos administrativos.

<sup>197</sup> Daí a crítica de Menezes de Almeida (2012, p. 351) de que, no Brasil, a teoria do contrato administrativo, em um primeiro momento, “sequer pode-se dizer teoria científica, no sentido de se propor a conhecer e descrever a realidade do Direito positivo, mas sim uma teoria empregada como ideologia, visando a conformar a produção do Direito. Uma vez produzido o Direito nos moldes propugnados pela teoria é que esta, de fato, passou a descrevê-lo”.

Editada como fundamento no art. 22, XXVII, da CF/1988,<sup>198</sup> que atribui à União competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação”, as normas contidas na Lei n.º 8.666/1993 aplicam-se, em sua maior parte, a todos os entes federativos, tal como ela própria preconiza: “esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Visto que a Lei n.º 8.666/1993 se refere a contrato administrativo, cabe analisar a definição desse instituto nela contida. De acordo com seu art. 2.º, § 2.º, contrato administrativo é “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Isso significa que, de acordo com a definição legal, há contrato administrativo sempre que exista (i) um acordo de vontade, (ii) entre a Administração Pública e particulares,<sup>199</sup> (iii) voltado à criação de direitos e obrigações recíprocos, independentemente da denominação conferida a essa vinculação. Dada a amplitude do conceito, que não traz qualquer ressalva quanto ao objeto contratual, a definição de contrato administrativo, no Brasil, parece atrelada exclusivamente a um critério subjetivo: a simples presença da Administração como parte contratante induz à incidência do regime jurídico de direito público regido substancialmente pela Lei n.º 8.666/1993.

---

<sup>198</sup> Diz o art. 22, XXVII, da CF/1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III”.

<sup>199</sup> No tocante a esse aspecto, cabe destacar que, em que pese a lei restrinja a definição de contrato administrativo a ajustes firmados entre a Administração Pública e particulares, parece cabível estender esse conceito também aos contratos celebrados pelas entidades administrativas entre si, tal como previsto pela própria lei em outras passagens, por exemplo, no art. 17, I, “b” e “e”: “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo”.

Esse regime jurídico é bastante detalhado pela Lei n.º 8.666/1993, que também contém regras sobre o procedimento de escolha do parceiro contratual e sobre as formalidades necessárias à concretização da contratação. Para os fins da presente dissertação, importa mencionar apenas o regime de prerrogativas da Administração, eis que, muitas vezes, esse aspecto acaba sendo incorporado pela doutrina administrativista pátria ao próprio conceito de contrato administrativo.<sup>200</sup>

Tal como fazia o Decreto-lei n.º 2.300/1986, também a Lei n.º 8.666/1993 consagrou no ordenamento jurídico brasileiro um regime jurídico do contrato administrativo marcado por prerrogativas públicas, ou, na linguagem usual, pelas “cláusulas exorbitantes”. Nesse sentido o art. 58 da Lei n.º 8.666/1993:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – fiscalizar-lhes a execução;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelamento apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1.º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2.º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Dessarte, por expressa determinação legal, as prerrogativas atribuídas por lei à Administração contratante compreendem: (i) a possibilidade de modificação unilateral das cláusulas contratuais; (ii) a possibilidade de rescisão unilateral do contrato; e (iii) o poder-

---

<sup>200</sup> É o caso, por exemplo, da definição de contrato administrativo proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 605-606), para quem esse contrato “é um tipo de avença travada entre Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”.

dever de fiscalização do contrato, aplicação de sanções e ocupação provisória de bens, pessoal e serviço.

Além dessas prerrogativas públicas, outro elemento essencial à compreensão do regime jurídico dos contratos administrativos é a noção “de que se trata de um contrato mutável, em torno de um núcleo permanente consistente do dito equilíbrio econômico-financeiro” (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 218).

Por equilíbrio econômico-financeiro entende-se a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes contratantes, fixada no momento da contratação como decorrência do processo de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e que, também por expressa determinação legal, deverá ser preservada ao longo da execução do contrato.

A Lei n.º 8.666/1993 trata do equilíbrio econômico-financeiro contratual em diversas passagens, por exemplo, no art. 58, §§ 1.º e 2.º,<sup>201</sup> ao dispor sobre as prerrogativas da Administração Pública, ou, então, no art. 65, II, “d” e § 5.º,<sup>202</sup> ao tratar da alteração dos contratos administrativos. Portanto, se, por um lado, é possível falar em mutabilidade do contrato administrativo (inclusive em razão da incidência de prerrogativas públicas), por outro, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro figura como direito adquirido das partes contratantes.

Paralelamente a esse regime jurídico geral, incidente sobre os mais variados tipos contratuais celebrados pela Administração, ao longo dos anos houve uma intensa produção legislativa em matéria contratual, se comparada ao período anterior pré-1988, com a criação de novas figuras contratuais. Houve, ainda, o aumento do recurso aos

---

<sup>201</sup> Supratranscritos.

<sup>202</sup> Diz o art. 65, II, “d” e § 5.º, da Lei n.º 8.666/1993: Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II – por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. § 5.º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

módulos convencionais substitutos de decisão unilateral, influenciado pelo movimento pró-consensualismo perceptível no direito administrativo brasileiro.

Tudo isso se insere no fenômeno de “aumento de complexidade das figuras contratuais” (MENEZES DE ALEMIDA, 2012, p. 230), decorrente da conjugação de diversos fatores, tais como (e sem se limitar a):

- a) Engrandecimento da atuação estatal, em campos tão diversos como fomento à cultura, exploração de petróleo e contratação de inovação tecnológica;<sup>203</sup>
- b) A própria intensificação da produção legislativa em matéria contratual, a partir da década de 1980, por exemplo, com a edição da seguinte legislação: Lei n.º 7.347/1985 (compromisso de ajustamento de conduta); Lei n.º 8.987/1995 (contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas); Lei n.º 9.704/1995 (contrato de concessão de serviços públicos); Lei n.º 9.637/1998 (contrato de gestão), Lei n.º 9.790/1999 (termo de parceria), Lei n.º 11.079/2004 (contratos de concessão administrativa e concessão patrocinada); Lei n.º 13.019/2014 (termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação); entre outras;
- c) O aumento do recurso aos módulos convencionais, contratuais ou consensuais,<sup>204</sup> por meio dos quais a Administração Pública substitui seu poder de decidir unilateralmente uma dada situação concreta por um acordo de vontades;
- d) A intensificação do uso do contrato administrativo não apenas para aquisição de bens e serviços, mas também (e principalmente) para consecução da atividade-fim da Administração (como os contratos de gestão com organizações sociais ou as novas modalidades concessórias, que envolvem um arranjo contratual muito mais complexo).

---

<sup>203</sup> Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 79).

<sup>204</sup> Expressão utilizada por Odete Medauar (2003, p. 199).

Em reação a esse movimento de aumento da complexidade do fenômeno contratual da Administração, passa ser perceptível a formação de uma postura crítica da dogmática contemporânea à teoria clássica do contrato administrativo, que qualifica esse tipo de ajuste em razão da sua submissão a um regime jurídico geral marcado por prerrogativas públicas e derogatório do direito privado.

Tal reação não se deu, é certo, do dia para a noite. Tampouco é unânime entre os doutrinadores contemporâneos. Há, ainda, autores que incorporam no cerne da explicação dogmática do contrato administrativo a existência de certas prerrogativas inerentes a essa figura contratual.

É o caso, por exemplo, de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 605-606), para quem contrato administrativo

[...] é um tipo de avença travada entre Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 260) define contrato administrativo como “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”. Esse regime jurídico, por seu turno, é marcado por prerrogativas e sujeições,

[...] as primeiras conferem poderes à Administração que a colocam em posição de supremacia sobre o particular; as sujeições são impostas como limites à atuação administrativa, necessários para garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos (DI PIETRO, 2013, p. 265).<sup>205</sup>

Aos poucos, porém, é possível perceber a formação de uma postura crítica a esse posicionamento mais tradicional.

---

<sup>205</sup> A autora vai ainda além ao sustentar que, “quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular” (DI PIETRO, 2013, p. 266).

É o caso, por exemplo, de Marçal Justen Filho. Em que pese o autor contemplar na própria definição de contrato administrativo a capacidade da Administração Pública de inovar unilateralmente as condições contratuais,<sup>206</sup> para ele essas competências extraordinárias se identificam como “instrumento de satisfação de necessidades coletivas, como forma de promover os direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 418). Há, aqui, uma alteração substancial na dogmática tradicional: desloca-se o fundamento das prerrogativas públicas da supremacia do interesse público para a promoção dos direitos fundamentais.<sup>207</sup>

Ou seja, para o autor, em que pese as prerrogativas estarem consagradas no ordenamento jurídico brasileiro em matéria contratual, não devem ser lidas como um privilégio da Administração, mas como um instrumento para a promoção dos direitos fundamentais.

Em crítica ainda mais contundente, Floriano de Azevedo Marques Neto (2009) posiciona-se contrariamente ao que denomina de “a maldição do regime único”. Para o autor, a tendência da doutrina em predicar um único regime jurídico aos contratos administrativos

[...] é a origem de várias mazelas. Impede a modulação de regime em virtude da finalidade da ação administrativa. Obsta a maior eficiência da máquina pública. Tende a tornar todas as relações de que participa o Estado de relações de autoridade, marcadas pelo poder extroverso, em detrimento dos direitos dos administrados (MARQUES NETO, 2009, p. 78).

Segue o autor dizendo que essa tendência unicista e uniformizadora do regime jurídico dos contratos administrativos traz grandes malefícios, em especial: a) a perda da

---

<sup>206</sup> De acordo com o autor, o “contrato administrativo em sentido restrito é um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 408).

<sup>207</sup> Essa dualidade “interesse público” vs. “direitos fundamentais” é apontada por Menezes de Almeida ao examinar os principais temas abordados pela doutrina administrativista nacional no período pós-1988. Para o autor, esse é o momento em que os temas substanciais das obras se concentram em valores. Ele ressalta, contudo, que essa convergência numa visão finalístico-valorativa não implica a convergência dos autores quanto aos valores a inspirar esse fim. Em suas palavras: “Neste ponto situa-se divergência entre basicamente duas correntes de pensamento, que se desenvolvem em torno dos eixos valorativos fundados, de um lado, nos direitos fundamentais, e, de outro, no interesse público” (MENEZES DE ALMEIDA, 2015, p. 354).



“maior vantagem do instituto contrato: dispor de normas específicas, vinculantes entre as partes numa dada relação específica”; e b) a impossibilidade de que o regime jurídico único abarque “todas as modalidades de ajustes obrigacionais que podem interessar à Administração” (MARQUES NETO, 2009, p. 78-79).

A crítica do autor centra-se na associação, feita pela doutrina, de um regime jurídico marcado por prerrogativas públicas à essência do fenômeno contratual da Administração, como se esse regime fosse inerente a todo e qualquer contrato administrativo, sem qualquer modulação ou mitigação. Para o autor, essa associação vai contra a essência do contrato, consistente na possibilidade conferida às partes contratantes de dispor livremente do conteúdo e objeto da avença.

Em sentido semelhante, e também com relação ao regime jurídico dos contratos administrativos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto tece críticas às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Em clara oposição à doutrina administrativista tradicional, sustenta o autor que “na perspectiva pós-moderna do Direito Administrativo” as exorbitâncias nada mais representam que “meras modulações contratuais, que são inseridas sempre que motivadamente exigíveis pela matéria administrativa” (MOREIRA NETO, 2017, p. 551).

Assim, prossegue o autor, se, em tempos de economia semidirigida, sob o pálio do conceito de supremacia indiscriminada no Estado, eram inegáveis as vantagens das cláusulas exorbitantes,

[...] essas vantagens perderam sentido e estão em vias de desaparecer nos quadros da economia de mercado, demandante de alta competitividade para atrair capitais, tecnologias, mercados e cérebros, levando o Estado a atuar não mais como mero executor, mas, preferencialmente, como formulador político de instrumentos de fomento (MOREIRA NETO, 2017, p. 553).

Daí a proposta do autor de flexibilização da aplicação das ditas cláusulas exorbitantes (agora denominadas como cláusulas discricionárias), a partir da análise de “conveniência e oportunidade de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações exorbitantes” (MOREIRA NETO, 2017, p. 557). A essa “técnica da flexibilização pela discricionariedade” o autor conjuga a “teoria da dupla motivação”, por meio da qual passa a exigir da Administração a motivação tanto no momento da adoção ou

afastamento em tese de cláusula exorbitante nos contratos administrativos quanto no momento da aplicação concreta de uma dada cláusula exorbitante (MOREIRA NETO, 2017, p. 557).

Desse pensamento crítico aqui exemplificado percebe-se uma postura comum dos autores em questionar a aplicação irrestrita e padronizada de prerrogativas públicas a todo o fenômeno contratual da Administração Pública.

Em meio a essas críticas, Fernando Dias Menezes de Almeida (2012) propõe então um novo sentido teórico ao contrato administrativo. A partir da constatação do aumento da complexidade do fenômeno contratual no direito positivo, e sem desconsiderar a consagração das prerrogativas da Administração no ordenamento jurídico brasileiro, o autor sugere o reposicionamento da teoria do contrato administrativo em função da natureza do objeto contratual.

Para o referido autor, essas prerrogativas inerentes às relações jurídicas de direito público “sintetizam-se na ideia de autoexecutoriedade da ação administrativa”. No entanto, continua o autor, o regime de direito público não acarreta necessariamente a incidência das prerrogativas de ação unilateral tradicionalmente consagradas pela teoria brasileira do contrato administrativo (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 352). Essas prerrogativas “dirão respeito, antes de mais nada e necessariamente, ao objeto da ação administrativa, à função pública”, e não “ao regime do contrato administrativo” – nesse caso sua incidência é eventual e acidental e depende de uma opção de política legislativa (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 353).

Essa é a visão de um regime de prerrogativas decorrente do objeto do contrato (e não do contrato em si) que leva o autor a concluir que:

[...] o *contrato administrativo* há de ser compreendido como elemento pertencente ao gênero próximo *contrato* porque comunga da mesma essência do contrato quanto categoria jurídica geral; e como possuidor da diferença específica *administrativo* porque sofre potencialmente a incidência do regime de Direito público autoexecutório inerente à ação administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral. E o critério da incidência desse regime há de ser o objeto contratual e não a simples presença da Administração na relação. Há que se buscar na *natureza* do objeto contratual a razão de ser do regime (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 355).

Com essa proposição, o autor busca resgatar a essência contratual dos ajustes firmados pela Administração, dando ênfase às situações jurídicas criadas mediante contrato e condicionando a incidência do regime de prerrogativas autoexecutáveis de ação unilateral a uma análise concreta, caso a caso, da sua compatibilidade com a função social do objeto contratual (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 356).

Além da acentuada crítica ao regime de prerrogativas públicas a favor da Administração contratante, observa-se, também, um movimento recente da doutrina administrativista de valorização da atuação administrativa concertada por meio de módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral.

Diante da crescente demanda social por uma ação administrativa menos autoritária e mais aberta à participação de interessados (de modo que estes consigam efetivamente influenciar na formação da decisão administrativa), a doutrina encontrou no contrato administrativo (em sentido amplo) um importante vetor para promoção do consenso no interior da Administração Pública. Despontaram, assim, inúmeros trabalhos a favor desse novo modo de agir, menos autoritário e mais consensual.<sup>208</sup>

Em prol da atuação administrativa concertada via módulos convencionais, argumentam os autores, em linhas gerais: (i) a insuficiência do ato administrativo para satisfatoriamente dar conta dos diversos deveres cometidos à Administração Pública (PALMA, 2015, p. 26); (ii) o ganho de eficiência atrelado a esse modo de agir para disciplina do caso concreto, em comparação com a atuação unilateral (MOREIRA NETO, 2001, p. 41); (iii) que os módulos convencionais possibilitam a conformação de uma decisão administrativa mais consentânea com o caso concreto, contribuindo, assim, para sua aceitação e efetividade.

Na visão desses autores, a participação democrática dos indivíduos na formação da decisão é condição de requisito de validade da ação administrativa. Sustentam que, sempre que possível, a Administração deve “pautar a sua atuação na busca do consenso e

---

<sup>208</sup> Citem-se, a título exemplificativo, os seguintes trabalhos: (MOREIRA NETO, 2001), (BAPTISTA, 2003), (PALMA, 2015), (MARQUES NETO, 2009), (MENEZES DE ALMEIDA, 2017). Moreira Neto (2001, p. 41) chega até mesmo a afirmar ser a consensualidade “preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo”.

da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o Direito Administrativo clássico” (BAPTISTA, 2003, p. 272).

Além dessa grande aceitação doutrinária, os módulos convencionais ganham cada vez mais espaço na prática administrativa, com a paulatina normatização da matéria (ainda que de forma esparsa)<sup>209</sup> e a propagação de figuras como os termos de ajustamento de condutas ou instrumentos similares e os acordos extrajudiciais no âmbito das desapropriações.

Tudo isso leva a que a atuação administrativa via módulos convencionais passe a assumir cada vez mais relevância no direito administrativo brasileiro, justamente num contexto de notável perda de centralidade do ato administrativo.

Do levantamento bibliográfico realizado, Fernando Dias Menezes de Almeida é o primeiro autor a efetivamente propor um novo sentido teórico do contrato administrativo, que consiga, a um só tempo, abarcar toda a abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração, bem como conciliar as principais críticas hoje feitas a esse instituto. Além de demonstrar um posicionamento crítico, o autor se dispõe a efetivamente sugerir uma solução, que pressupõe a evolução da teoria do contrato administrativo, de modo que ela convirja para um ponto mais próximo da essência do contrato, enquanto categoria jurídica geral do direito.

Por ser uma proposta relativamente recente, é ainda prematuro afirmar sua consolidação como teoria. Neste ponto, concorda-se com Floriano de Azevedo Marques Neto (2009, p. 81), para quem ainda vivemos num período de transição, em que o novo já se mostra, mas a tradição resiste.

Menezes de Almeida (2012) aponta um caminho para uma nova evolução da teoria brasileira do contrato administrativo. À época do período clássico foi possível perceber uma primeira evolução: da negação da figura contratual à sua aceitação como um contrato com características peculiares (firmado por partes contratantes desiguais, constitutivo de uma relação assimétrica e marcado por prerrogativas a favor da Administração Pública). O movimento agora proposto é de nova evolução, rumo a um

---

<sup>209</sup> Sobre o tema, conferir o aprofundado trabalho de Juliana Bonacorsi de Palma (2015).

novo ponto de convergência: a essência contratual do instituto. Sua aceitação e consolidação como teoria é ainda incerta.

#### 4.2.3 *Regulamento*

Como demonstrado no Capítulo 2, no início do século XX as formulações teóricas em torno do regulamento administrativo eram construídas com notável distanciamento da legislação e da prática administrativa. No entanto, no novo período aqui contemplado é possível perceber uma mudança nessa postura, sobretudo no que diz respeito à construção de uma abordagem dogmática mais próxima ao texto constitucional vigente.<sup>210</sup> A prática administrativa, por seu turno, tem influenciado parte da doutrina a questionar certos dogmas tradicionais em matéria de regulamento administrativo, sem que se tenha alcançado consenso sobre os temas hoje questionados.

Apesar da mudança de abordagem (agora mais próxima à legislação e à prática administrativa), há ainda grande dissenso doutrinário sobre o conceito, a finalidade e o objeto do regulamento administrativo.

Como denominador comum, acordam os doutrinadores ser o regulamento administrativo ato normativo (portanto, geral e abstrato) expedido pela Administração Pública.<sup>211</sup> Afora isso, as divergências são diversas.

---

<sup>210</sup> Atualmente, os doutrinadores, sem exceção, invocam o art. 84, IV e VI quando da apresentação da figura do regulamento administrativo.

<sup>211</sup> Nesse sentido, as seguintes definições: “regulamento é ato administrativo unilateral, veiculador de normas gerais e abstratas, destinado a complementar a disciplina contida em norma legislativa” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 406); “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública” (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 333); “[poder regulamentar] pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução” (DI PIETRO, 2013, p. 91); “ato normativo (portanto ato geral e abstrato) emanado dos órgãos da Administração Pública” (CLÈVE, 1993, p. 223); “O regulamento, fruto do exercício do poder regulamentar (do qual decorre a regulamentação), é ato normativo geral e abstrato, possuindo caráter materialmente legislativo, apesar de tratar-se de ato da competência privativa própria do chefe do Poder Executivo” (MENEZES DE ALMEIDA, 2005); “atos administrativos de natureza normativa, minimamente genéricos e abstratos, cujas disposições são construídas discricionariamente pela Administração dentro dos limites da competência (genericamente) prevista em lei formal para disciplina jurídica com efeitos futuros, visando à satisfação de finalidades públicas” (PALMA, 2014, p. 340).

Para os fins da presente dissertação, em que se busca compreender a essência dos instrumentos jurídicos de atuação administrativa (ou seja, seus traços característicos e suas funcionalidades) na visão da dogmática administrativista, elencaram-se três principais temas controversos entre nossos doutrinadores: (i) espécies de regulamentos encontráveis no direito brasileiro; (ii) entes administrativos competentes para sua edição; e (iii) extensão da competência regulamentar da Administração.

No tocante ao primeiro tema, a divergência reside na aceitação (ou não) da existência de regulamentos autônomos no direito brasileiro,<sup>212</sup> especialmente após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 32/2001.

Até a referida emenda constitucional, houve relativo consenso na dogmática administrativista nacional sobre a negação da existência de regulamentos autônomos no Brasil. Entretanto, a mudança introduzida no art. 84 da CF/1988 pela Emenda Constitucional n.º 32/2001<sup>213</sup> reabriu o debate. O inciso VI, “a”, do referido art. 84 da CF/1988 passou a admitir que o Chefe do Executivo disponha, mediante decreto, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.

Diante disso, há quem veja espaço para os denominados regulamentos autônomos. Nesse sentido, por exemplo, Gustavo Binenbojm (2014, p. 176) e Juliana Palma (2014, p. 344). Outra parte da doutrina, porém, entende que essa abertura introduzida no texto constitucional é insuficiente para a caracterização de efetivos regulamentos autônomos, seja por lhes faltar a generalidade intrínseca aos atos normativos (MENEZES DE ALMEIDA, 2011, p. 226), seja porque a definição da estrutura básica da Administração continua nas mãos da lei (nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 158) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 332-333)).

---

<sup>212</sup> Os termos “regulamento autônomo” são usados para designar textos normativos editados pela Administração Pública sem base em lei, por força de previsão constitucional. Como consequência, e conforme aponta Menezes de Almeida, o regulamento autônomo situa-se no mesmo plano normativo da lei, criando direitos e obrigações (MENEZES DE ALMEIDA, 2005).

<sup>213</sup> A Emenda Constitucional n.º 32/2001 alterou o inciso VI do art. 84, atualmente assim vigente: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Isso significa que não há consenso entre a doutrina administrativista contemporânea sobre os tipos básicos de regulamentos hoje encontráveis no direito brasileiro. Quanto à qualificação do regulamento previsto no art. 84, IV, da CF/1988<sup>214</sup> como regulamento de execução (assim entendido como ato normativo infralegal, vinculado à lei e dela extraindo seu fundamento de validade), sobre isso não há dúvidas. A existência de outros tipos regulamentares é controversa – o que certamente impacta a formulação de uma teoria voltada a explicar a generalidade do fenômeno normativo pela Administração Pública.

Quanto ao segundo tema, a dúvida refere-se à identificação dos entes legitimados à edição de regulamentos. Também aqui parece haver duas correntes doutrinárias divergentes: uma composta por aqueles que entendem ser privativa do chefe do Poder Executivo a competência para regulamentar leis e outra formada por aqueles que admitem a edição de regulamentos não só pelo chefe do Poder Executivo, mas também por qualquer outro ente administrativo dotado de competência normativa.

A primeira corrente fundamenta seu entendimento na literalidade do art. 84, IV, da CF/1988, que diz expressamente ser competência privativa do Presidente da República expedir decretos e regulamentos. Assim, para os autores adeptos desse entendimento, a competência normativa das agências reguladoras, por exemplo, não se confunde com uma competência regulamentar propriamente dita. Ela seria, em verdade, uma competência muito mais restrita, limitada a assuntos estritamente técnicos, e se equivaleria à competência normativa exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Os regulamentos, em sentido técnico-jurídico, seriam apenas os atos administrativos normativos expedidos pelo Presidente da República.<sup>215</sup>

No entanto, a segunda corrente defende serem também regulamentos não só os atos normativos expedidos pelo Presidente da República, mas também os atos normativos editados por entidades administrativas dotadas de competência normativa. No caso, esse entendimento estaria fundamentado numa interpretação sistemática do texto constitucional,

---

<sup>214</sup> Diz o art. 84, IV: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

<sup>215</sup> Nesse sentido, vide Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 168-169), Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2013, p. 534) e Clèmerson Merlin Clève (1993, p. 215).

que leve em consideração não apenas o art. 84, mas também os arts. 87, parágrafo único, II, e 174, *caput*, e nos artigos que possibilitam a criação de autarquias e entidades reguladoras setoriais (art. 37, XIX, art. 21, XI e art. 177, § 2.º, III).

Portanto, para essa corrente o poder regulamentar não é exclusivo do Chefe do Poder Executivo.<sup>216</sup> Daí a classificação proposta por Gustavo Binimbojm do regulamento como gênero, do qual o regulamento presidencial e o regulamento setorial são espécies (BINENBOJM, 2014, p. 163).

Por fim, o terceiro tema controverso aqui elencado diz respeito à extensão da competência regulamentar da Administração Pública. Ele remete à discussão iniciada já no período clássico sobre o grau de vinculação da Administração ao legislador em matéria regulamentar.

Como indicado Capítulo 2, até 1980 parte significativa da doutrina advogava pela limitação da competência normativa da Administração. Na visão desses autores, os regulamentos administrativos não poderiam inovar na ordem jurídica, cabendo-lhes, única e exclusivamente, a execução fiel da lei.

A partir da década de 1990, porém, passa a haver uma notória ampliação da competência normativa de órgãos e entes administrativos. De um lado, em razão da configuração do Estado brasileiro pela CF/1988 como um Estado intervencionista na ordem econômica e social. Com a CF/1988, o Estado assumiu a função de promotor das mais variadas iniciativas, tanto no campo social quanto no econômico, o que levou à expansão da própria Administração, agora ativamente presente na vida do cidadão.

De outro, como consequência da Reforma do Estado da década de 1990, que desencadeou um processo de paulatina mudança do perfil do Estado de interventor direto na economia (Estado-empresário) para interventor indireto (Estado regulador), com a consequente criação das agências reguladoras, com a finalidade específica de regular os mercados liberados à iniciativa privada.

---

<sup>216</sup> São adeptos desse entendimento Gustavo Binimbojm (2014, p. 162-163), Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 146), Juliana Bonacorsi de Palma (2014, p. 340) e Fernando Dias Menezes de Almeida (2011, p. 225).



Nesse processo de reforma do Estado as próprias leis formais passaram a reconhecer a capacidade normativa da Administração Pública, desde que legalmente atribuída. Houve, assim, um considerável aumento da competência normativa da Administração, o que tem sido feito, na maioria das vezes, por autorização expressa do Legislativo. Isso leva à afirmação de Carlos Ari Sundfeld de que “o que estamos assistindo no Brasil, como em outros Países do mundo, é a um aprofundamento da ação normativa do Estado e à ampliação das competências normativas da Administração Pública” (SUNDFELD, 2012, p. 149).

Ocorre que, mesmo diante desse fenômeno observável<sup>217</sup> de alargamento da competência normativa dos órgãos e entes administrativos, ainda assim a doutrina administrativista contemporânea diverge sobre o papel do regulamento e, mais especificamente, sobre sua capacidade de inovação na ordem jurídica.

Uma primeira corrente, representada por autores como Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 333) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 92), continua a defender a visão de estrita subordinação do regulamento à lei. Para essa corrente, o Executivo seria autorizado a emitir apenas regulamentos *secundum legis*, destinados à simples execução das leis. Execução, para essa corrente, seria sinônimo de “operacionalização técnica” (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 352) ou de procedimentalização do modo de aplicação da lei.

Essa corrente enxerga nesse movimento recente de intensificação da atividade normativa da Administração uma situação de “delegação disfarçada” (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 347) temerária ao Estado de Direito.

Uma segunda corrente, por sua vez, formada por autores como Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 145), Marçal Justen Filho (2010, p. 220), Gustavo Binenbojm (2014, p. 167) e Juliana Bonacorsi de Palma (PALMA, 2014, p. 338), entende por inevitável (e necessário) que o regulamento inove na ordem jurídica.

---

<sup>217</sup> Para averiguação dos dados empíricos que comprovam o crescimento da atividade normativa da Administração Pública vide (PALMA, 2014).

Tais autores partem da percepção básica de que o Legislativo não dispõe de condições para formular todas as soluções demandadas pela sociedade. A Administração, por seu turno, estaria apta a “conferir respostas normativas mais céleres e técnicas às questões cada vez mais complexas e diversas” (PALMA, 2014, p. 337).

Em contraposição à ideia de “deslegalização disfarçada”, entende essa segunda corrente existir hoje um novo equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo no âmbito do processo legislativo. E nesse novo equilíbrio seria permitido ao Legislativo se limitar à regulação das diretrizes fundamentais e normas estruturantes de determinado setor (as denominadas “leis-quadro”), conferindo maior abertura à atividade normativa do Executivo.

Na visão dessa corrente, a Administração não é, e nunca foi, mero braço mecânico do legislador. A ela seria permitido inovar na ordem jurídica, dentro dos limites estabelecidos pela lei. Administrar seria sinônimo de “criar, a partir das leis” (SUNDFELD, 2012, p. 137).

Enfim, todos os debates doutrinários aqui reproduzidos demonstram como temas centrais à compreensão do regulamento administrativo (o que é e para que se presta) são ainda bastante controvertidos entre a dogmática administrativista contemporânea, o que possivelmente dificulta a formação de uma efetiva teoria do regulamento administrativo.

### **4.3 Considerações finais sobre as ideias expostas neste Capítulo**

Percebe-se que muitas das críticas hoje trabalhadas pela dogmática administrativista brasileira quanto ao estudo teórico dos instrumentos de atuação jurídico-administrativa giram em torno de dois temas principais.

O primeiro relacionado à participação dos cidadãos na formação da decisão administrativa. A ideia de uma Administração em posição de supremacia, a justificar uma atuação absolutamente indiferente à posição jurídica do administrado, além de não ser mais compatível com o ordenamento jurídico vigente em nosso país, tem sido objeto de severas críticas pela dogmática administrativista contemporânea. Há um notável esforço da dogmática em reposicionar as teorias do ato, do contrato e do regulamento perante as

atuais demandas de procedimentalização da atuação administrativa e de participação democrática na formação da decisão administrativa.

O segundo refere-se à ideia de um regime jurídico-administrativo, fundamentado em prerrogativas públicas. Em que pese o tema ainda não ser pacífico entre a dogmática administrativista contemporânea, são crescentes as vozes questionadoras dessas supostas prerrogativas usufruídas pelas autoridades públicas, como consequência de sua submissão a um regime jurídico especial. Essas indagações ecoam por todos os instrumentos aqui estudados, seja no questionamento dos atributos dos atos administrativos, seja mediante a ampliação da contratualidade administrativa (com a aceitação das figuras contratuais substitutivas de decisões unilaterais), seja ainda na defesa do entendimento de que administrar é, sim, e em alguma medida, criar com base na lei.

No processo de questionamento e reformulação das teorias do ato, do contrato e do regulamento administrativo, diferentemente do caminho percorrido pela dogmática administrativista germânica, não foi possível identificar, a partir da pesquisa realizada, a construção de um novo marco teórico apto a fundamentar e subsidiar o processo evolutivo atualmente conduzido pela doutrina nacional contemporânea.

Explique-se essa afirmação com mais detalhes.

Conforme apresentado no Capítulo 3, na tarefa de reformulação da teoria das formas de atuação jurídico-administrativa pela dogmática administrativista germânica perante os atuais parâmetros (jurídicos, sociais e econômicos) a pautar a atuação do Estado-Administração, foi necessário à dogmática recorrer a um marco de ordenação dogmática por ela já conhecido (mas até então pouco explorado), qual seja a ideia de relação jurídica.

Ou seja, diante de uma nova realidade foi preciso que dogmática administrativista germânica construísse um novo marco teórico de justificação dos modos e meios de atuação administrativa, como etapa antecedente à reformulação de conceitos e institutos já consagrados no direito administrativo. À dogmática administrativista germânica parece ter sido necessário construir um arcabouço teórico, um novo marco de ordenação dogmática, como etapa antecedente à explicação da nova realidade a ser objeto

de estudo científico de explicação dogmática (no caso, o aumento da complexidade do fenômeno da atuação administrativa).

Por seu turno, a dogmática administrativista brasileira não parece ter essa mesma preocupação. A partir da pesquisa realizada, não foi possível encontrar a construção de um marco teórico correspondente ao papel desempenhado pela teoria da relação jurídica no direito administrativo alemão. Embora os temas atualmente em voga sejam comuns aos dois países (por exemplo, participação democrática, procedimentalização da atuação administrativa, novos critérios de controle e orientação da atividade administrativa – como eficácia e eficiência, entre outros), o modo como se chega a eles e, mais especificamente, de enfrentá-los é bastante diferente entre si.

## **Capítulo 5**

# **EVOLUÇÃO DA DOGMÁTICA ADMINISTRATIVISTA BRASILEIRA E GERMÂNICA EM MATÉRIA DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA: APROXIMAÇÕES E CONTRIBUIÇÕES**

### **5.1 Aproximação: o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo**

A análise empreendida na Parte II desta dissertação demonstrou que o período aqui denominado “contemporâneo” é marcado, tanto no Brasil quanto na Alemanha, pela transformação substantiva no modo de abordagem dos instrumentos de ação administrativa pela teoria administrativista de ambos os países.

A pesquisa mostrou, ainda, que essa mudança de perspectiva comunga da mesma causa: a aproximação da teoria da ação administrativa (ou, então, das teorias do ato, do contrato e do regulamento administrativos) com a ordem constitucional hoje vigente em cada país.

Foi possível perceber que o período inicial de formação das teorias contempladas neste estudo (“período clássico”) foi marcado, tanto no Brasil quanto na Alemanha, por certa independência das construções teóricas formuladas com o texto constitucional então vigente. Tanto assim que em ambos os países essas teorias perpassaram por períodos constitucionais bastante distintos, sem que isso tenha levado à sua transformação radical.

É no contexto dos textos constitucionais ora vigentes (Lei Fundamental e CF/1988) que se percebe uma tendência de fundamentar a explicação teórica dos instrumentos de ação administrativa a partir das bases postas pela Constituição para a Administração Pública.<sup>218</sup>

O viés garantista de ambas as Constituições (marcado pela valorização do indivíduo e de seus direitos fundamentais), associado ao contexto histórico-político de sua

---

<sup>218</sup> No âmbito do direito brasileiro, essa tendência é identificada por Fernando Dias Menezes de Almeida, em sua obra dedicada ao estudo da formação da teoria do direito administrativo no Brasil (MENEZES DE ALMEIDA, 2015, p. 392-393).

promulgação (de abertura democrática e ruptura com o período antecedente de notório autoritarismo), impulsiona os pesquisadores do direito administrativo a adotar esse tipo de postura de aproximação de ambos os ramos de estudo científico do direito.

Essa tendência de aproximação entre direito administrativo e direito constitucional, denominada por muitos como “constitucionalização do direito”,<sup>219</sup> é marcada pelo “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2013, p. 201).

A constitucionalização do direito remete a um movimento recente de reconhecimento da força normativa da Constituição, por meio do qual se passa a admitir uma supremacia não apenas formal, mas também material da Carta Constitucional sobre todo o ordenamento jurídico de um país. Em contraste com o constitucionalismo clássico, em que se esperavam da Constituição apenas a organização dos poderes estatais e a garantia dos direitos fundamentais de liberdade dos indivíduos, o fenômeno da constitucionalização é marcado por uma Constituição extremamente expansiva e penetrante em todo o ordenamento jurídico nacional.

Como destaca Gustavo Binbenbojm, o processo da constitucionalização do direito

[...] não se esgota na mera disciplina, em sede constitucional, de questões outrora reguladas exclusivamente pelo legislador ordinário. Ele implica, mais do que isso, no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica (BINENBOJM, 2014, p. 65).

Como adianta o autor, a constitucionalização do direito pressupõe, é certo, a existência de uma constituição rígida e a previsão, já em sede constitucional, de temas que seriam até então regulados apenas pelo legislador ordinário.<sup>220</sup> Mas não só. Trata-se, antes

---

<sup>219</sup> Nesse sentido, por exemplo, Rainer Wahl (2013, p. 61) e Luís Roberto Barroso (2013, p. 187).

<sup>220</sup> Sobre o protagonismo da Constituição e a desvalorização da lei editada pelo Parlamento, destaca o mesmo autor que: “por um lado, com a crise do Estado liberal-burguês e advento do *Welfare State*, assistiu-se a um vertiginoso processo de ‘inflação legislativa’. O Estado, que antes se ausentava do cenário das relações econômicas e privadas, foi convocado a intervir nesta seara, e assim o fez, dentre outras formas, pela edição de normas jurídicas com frequência cada vez maior. Uma das consequências

de tudo, de um processo levado adiante pelo intérprete e operador do direito, que passa a se socorrer da Constituição sempre quando da aplicação do direito<sup>221</sup>.

Como destaca Fernando Dias Menezes de Almeida, citando Guastini, o fenômeno da constitucionalização impacta no trabalho dos operadores do direito, de modo geral, trazendo por consequências principais:

- (i) que a legislação deixe de ser considerada atividade “livre em seus fins”, para ser tida como atividade “discricionária” (quanto à escolha de meios) condicionada a fazer atuar fins preestabelecidos pela constituição;
- (ii) que os juízes tenham poderes e deveres de aplicar não somente as leis, mas antes a constituição: seja uma aplicação direta da constituição, tida como norma vinculante, seja uma aplicação das leis em uma interpretação que sempre as adéque à constituição;
- (iii) que as relações privadas também sejam condicionadas pela constituição;
- (iv) que até a doutrina veja-se pautada pela constituição, nela buscando “o fundamento axiológico das leis” e tendendo a expor o “conteúdo normativo como um mero desenvolvimento de princípios constitucionais” (MENEZES DE ALMEIDA, 2015, p. 401-402).

Assim compreendidos os traços característicos principais do fenômeno da constitucionalização do direito, a pesquisa revelou que tanto o direito administrativo brasileiro quanto o direito administrativo alemão comungam desse fenômeno, que chega até eles, contudo, por caminhos diversos, cujas peculiaridades merecem ser apontadas.

A iniciar pela Alemanha, esse fenômeno é (i) originário da própria Lei Fundamental, que, por meio de comandos normativos expressos, já incorpora os preceitos embrionários a todo o fenômeno de constitucionalização que vai se desenvolver nos anos seguintes à sua promulgação, e (ii) tem como principal vetor de expansão das normas constitucionais os direitos fundamentais nela catalogados.

No tocante ao primeiro aspecto (existência de comandos normativos expressos), um ponto pouco ressaltado entre os doutrinadores que procuram identificar na Lei

---

desta volúpia legiferante foi exatamente a desvalorização da lei. Ademais, a multiplicação das normas jurídicas, que passavam a constituir novos microssistemas normativos, nutridos por valores e objetivos por vezes dissonantes daqueles, de inspiração liberal, acolhidos pelo Código Civil, importou em movimento de ‘descodificação’ do Direito. Com isso, o Código foi perdendo progressivamente a posição de centralidade que até então desfrutava na ordem jurídica” (BINENBOJM, 2014, p. 62).

<sup>221</sup> Por isso a afirmação de Barroso (2013, p. 212-213) de ser a constitucionalização obra precípua da jurisdição constitucional, cuja realização envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas.

Fundamental alemã o marco inicial do processo de constitucionalização do direito é o fato de que a própria Lei Fundamental já contém em si a força embrionária necessária a impulsionar esse movimento.

Ainda que a constitucionalização seja obra do intérprete e aplicador do direito, com reflexos nos trabalhos de todos os operadores do direito de maneira geral (legislador, administrador, juiz e, até mesmo, da doutrina), no caso da Alemanha o fundamento para desenvolvimento desse processo é extraível do próprio texto constitucional.

E isso se dá por meio de dois comandos principais.

O primeiro, contido no art. 20, Abs. 3, da GG,<sup>222</sup> segundo o qual “o Poder Legislativo está submetido à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judiciário à lei e ao direito”. Esse dispositivo, além de já submeter a produção normativa nacional aos preceitos e ditames da Lei Fundamental, amplia o bloco de legalidade a que se sujeitam o Executivo e o Judiciário, permitindo, assim, a penetração da Constituição e dos valores nela contidos em todas as esferas de atuação estatal.

O segundo comando é aquele presente no art. 1, Abs 3, da GG, de acordo com o qual “os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”.<sup>223</sup> Isso significa que a aplicação direta e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não são apenas uma construção do Tribunal Constitucional alemão, mas decorrem de expresse preceito constitucional nesse sentido.

Esse comando se relaciona com o segundo aspecto aqui ressaltado, qual seja o de que, no direito alemão, os direitos fundamentais constituem o principal vetor de expansão das normas constitucionais para todo o ordenamento jurídico (e, em especial, para o direito administrativo). Esse aspecto é destacado especialmente por Rainer Wahl,

---

<sup>222</sup> No original: “(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”.

<sup>223</sup> No original: “(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”.



que chega a afirmar ser uma peculiaridade alemã a existência de um direito administrativo substancialmente marcado pelos direitos fundamentais (WAHL, 2013, p. 62).

Ou seja, no direito alemão, um dos principais veículos de irradiação das normas constitucionais para o direito administrativo são os direitos fundamentais, como consequência de uma escolha de política legislativa feita quando da promulgação da Lei Fundamental.<sup>224</sup> Conforme destaca Wahl (2013, p. 62), como consequência do preceito constitucional supramencionado, os direitos fundamentais não vinculam apenas a Administração, mas, também, o legislador que formula o direito administrativo. Isso significa que o direito administrativo, em sua origem (leia-se, quando da sua formulação pelo Parlamento), já deve ser um direito com conteúdo normativo bastante próximo aos preceitos constitucionais (e, consequentemente, compatível com os direitos fundamentais consagrados pelo texto constitucional).

A notável primazia do direito constitucional no direito alemão consubstancia-se, pois, na ascensão dos direitos fundamentais, desde a “descoberta de sua dimensão objetiva” no caso de Lüth, de 1958.<sup>225</sup> A partir dessa decisão, o Tribunal Constitucional Federal passou a assentar o entendimento de que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva protetiva dos indivíduos, instituem uma ordem objetiva de valores que deve ser respeitada pelos poderes estatais e por toda a sociedade. Assim, além da função de proteção, os direitos fundamentais “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia *irradiante* em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e administrativos” (BINENBOJM, 2014, p. 74).

---

<sup>224</sup> Nas palavras de Wahl: “el Derecho administrativo marcado (también) por los derechos fundamentales debe su surgimiento – digámoslo una vez más – a la decisión fundamental y de amplias consecuencias tomada en el apartado 3 del art. 1 de la GG. Con arreglo a este precepto constitucional, los derechos fundamentales vinculan no solo la Administración, sino, también y precisamente, al legislador que dicta el Derecho administrativo” (WAHL, 2013, p. 62).

<sup>225</sup> Assim Luís Roberto Barroso sintetiza o caso: “Os fatos subjacentes eram os seguintes. Eric Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação ao § 826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil” (BARROSO, 2013, p. 204).

Passando-se para o direito administrativo brasileiro, como adiantado, ainda que por outros meios, também aqui é possível perceber essa tendência de constitucionalização do direito, com impacto na teoria do direito administrativo e, mais especificamente, nas teorias voltadas ao estudo da ação administrativa.

E por que se diz por outros meios?

Em que pese a inegável influência desse modo germânico de constitucionalização do direito com base na ideia central dos direitos fundamentais, no Brasil esse processo de constitucionalização se dá primordialmente em razão do forte compromisso da doutrina e da jurisprudência, nas mais diversas áreas do direito, em se valer dos valores e princípios consagrados constitucionalmente para o equacionamento de problemas e solução de controvérsias jurídicas.

Diferentemente do que ocorre na Alemanha, carece-se, aqui, de uma estrutura normativa predefinida pelo próprio texto constitucional<sup>226</sup> que subsidie e oriente o fenômeno da constitucionalização a se desenvolver no âmbito da interpretação e aplicação do direito.

Isso, contudo, não impede que esse fenômeno nos alcance. Ocorre que, ao chegar (inspirado justamente no constitucionalismo alemão), a inexistência dessa estrutura normativa predefinida tem permitido que, na prática, o fenômeno da constitucionalização seja aplicado conforme o gosto do freguês.<sup>227</sup>

Assiste-se atualmente a um crescente número de decisões (de administradores públicos e do Judiciário) fundamentadas essencialmente em princípios constitucionais ou em direitos fundamentais extremamente vagos (como “direito à saúde”). Nesses casos, invoca-se a Constituição a partir de seus comandos de baixíssima densidade normativa para, com base neles, se chegar a uma determinação no caso concreto.

---

<sup>226</sup> Por exemplo, listagem de um rol predefinido de direitos fundamentais (arts. 1.º a 17 da GG), vinculação de todos os poderes estatais aos direitos fundamentais (art. 1, Abs. 3, GG), determinação de aplicação direta dos direitos fundamentais, sem necessidade de intermediação do legislador infraconstitucional para produção de efeitos (art. 1, Abs. 3, da GG) e vinculação de toda ação estatal aos preceitos constitucionais (art. 20, Abs. 3, da GG).

<sup>227</sup> Sobre o tema, ver a contundente crítica de Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 60-85).

Essas situações, que não são raras nos dias atuais, demonstram como uma constitucionalização sem balizas leva a um cenário de extrema insegurança jurídica, em que princípios são invocados por mera liberalidade e sem qualquer reflexão sobre suas consequências práticas. Com base em princípios e valores constitucionais, chega-se a múltiplas e difusas decisões, talvez garantidoras de direito, mas certamente gravosas à estabilidade social.

É curioso notar é que esse cenário de perda de segurança jurídica como decorrência da expansividade normativa da Constituição faz-se presente entre nós justamente num contexto em que inexistem balizas normativas a fundamentar e orientar esse movimento de expansão. Ou seja, a inexistência de uma estrutura normativa predefinida, em vez de impedir o desencadeamento desse fenômeno de constitucionalização do direito, tem feito com que se perca o controle sobre ele.

## 5.2 Bases constitucionais<sup>228</sup> da teoria da ação administrativa

Conforme referido *supra*, uma das consequências da constitucionalização do direito é a de que até mesmo a doutrina passa a se ver pautada pela Constituição, o que, consoante pontua Menezes de Almeida (2015, p. 505), pode ocorrer por dois vieses. De um lado, essa pauta constitucional pode fazer com que a doutrina tenda a “compreender as leis como desenvolvimento de princípios constitucionais, sempre decorrentes de um valor constitucionalmente estabelecido”; de outro, pode impulsionar o desenvolvimento de novas formulações teóricas sobre um determinado ramo de estudo científico do direito.

Sobre o segundo viés, Gustavo Binbenjy (2014, p. 65) afirma que o fenômeno da constitucionalização do direito impõe aos juristas “a tarefa de revisitar os conceitos de suas disciplinas”, de modo que eles passem por uma “filtragem constitucional” que permita a reinterpretação de institutos, sempre que a reinterpretação se faça necessária não só para

---

<sup>228</sup> A expressão “bases constitucionais” é utilizada por Fernando Dias Menezes de Almeida (2015, p. 397) especialmente ao tratar do desenvolvimento da teoria do direito administrativo no Brasil. Segundo o autor, a expressão “constitucionalização”, ainda que mais atual e abrangente no tocante ao fenômeno jurídico (direito), quando relacionada à teoria (“constitucionalização da teoria”, portanto), poderia levar a entendimentos, ainda que absurdos, de que a teoria passe a ser objeto da constituição, ou, então, de que possa haver um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da teoria (MENEZES DE ALMEIDA, 2015, p. 405-406). Daí a razão pela qual o autor fala em “bases constitucionais”, e não em “constitucionalização”.

evitar conflitos com a Lei Maior, mas também para potencializar os valores e princípios nela consagrados.

Passando à análise especificamente do direito administrativo, o mesmo autor identifica esse movimento de passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico como a “grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade” (BINENBOJM, 2014, p. 69-70). A supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição, propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras previstos pelo texto constitucional, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.

Em sede de ação administrativa, a pesquisa evidenciou que o processo de releitura de institutos, estruturas e conceitos inerentes à atividade administrativa já está em curso, tanto no Brasil quanto na Alemanha. Em ambos os países, não é mais possível sustentar que a concepção que se tem dos institutos do ato, do contrato e do regulamento administrativo seja a mesma daquela formulada em um contexto (histórico, político, jurídico e social) totalmente distinto do atual.

Para demonstrar o quanto aqui alegado, serão apresentados a seguir os principais resultados obtidos com o estudo comparativo realizado.

A começar pelo *ato administrativo*, é um traço comum às teorias de ambos os países o reconhecimento de que esse instituto não mais pode ser concebido como mero fruto de abstrações teóricas, formuladas em um contexto histórico-político próprio, sem qualquer correspondência com o direito legislado.

Como demonstrado, em sua formulação originária a ideia de ato administrativo estava umbilicalmente ligada à de Estado Liberal de Direito e servia como conceito-chave à própria compreensão do direito administrativo. Atualmente, com a expansão da atuação do Estado para os domínios econômico e social e com a valorização do indivíduo e de seus direitos fundamentais, não é mais possível sustentar que o ato administrativo de hoje seja aquele mesmo formulado por Otto Mayer.

Nesse movimento de revisitação do ato administrativo, convergem as teorias administrativistas de ambos os países na compreensão de ser necessária a formulação de novas explicações doutrinárias, que levem em consideração o ordenamento jurídico hoje vigente. E tanto lá quanto cá esse novo ordenamento se constrói sobre as bases de uma Carta Constitucional garantista, preocupada com a proteção da posição jurídica dos indivíduos perante a Administração Pública e com a promoção dos direitos fundamentais.<sup>229</sup>

Um reflexo disso é a demanda, também comum a ambos os países, pela atribuição de um novo sentido teórico à unilateralidade inerente ao ato administrativo, que não mais indique qualquer tipo de indiferença ou menosprezo à posição jurídica de todos aqueles afetados pelo ato.<sup>230</sup> Hoje, o ato é compreendido como fruto de um processo administrativo em que há participação, dever de motivação e cuja decisão reflete o sopesamento dos diversos interesses em jogo.

Nesse esforço de reinvenção do ato à luz do novo texto constitucional, a dogmática administrativista germânica parece ter se acertado melhor com essa nova figura. Os efetivos esforços despendidos pela dogmática com a reformulação teórica do instituto garantiram que ele continue sendo visto como um importante (não o único) instrumento jurídico de atuação jurídico-administrativa. Tanto em termos teóricos (relevância conferida pela teoria ao instituto) quanto práticos (utilização efetiva do instrumento) o ato administrativo ainda tem o seu valor. Nesse sentido, a teoria germânica do ato administrativo foi bem-sucedida em afastar as desconfianças outrora existentes em torno dessa figura.

No Brasil, por sua vez, percebe-se uma forte resistência da dogmática administrativista contemporânea à atuação via ato administrativo. Não raras vezes o ato é associado com a ideia de autoridade e seu uso é desaconselhado em prol de outros instrumentos de atuação mais consensuais. Em que pesem os recentes esforços de recompreensão da unilateralidade inerente ao ato e de questionamento de seus supostos

---

<sup>229</sup> Preocupação essa que se reflete em deveres comuns à Administração Pública de ambos os países em matéria de atuação administrativa, como, por exemplo, dever de motivação, de proporcionalidade, de processualidade e de eficiência.

<sup>230</sup> Sobre o tema, ver Otto BACHOF (1972), Winfried BROHM (1972) e Odete MEDAUAR (2011).

atributos, essas discussões ainda não foram devidamente sedimentadas e o ato continua a ser visto com certa desconfiança.

Alguns fatores podem ajudar na compreensão dos diferentes rumos seguidos pelo ato administrativo no Brasil e na Alemanha.

Primeiro, o limitado campo de aplicação do contrato administrativo na Alemanha.

Esse tema será aprofundado a seguir, ao se adentrar na análise específica desse instrumento. De todo modo, cabe registrar que na Alemanha o ato administrativo foi concebido com o objetivo de alcançar toda a atuação jurídico-administrativa. Ao contrato, quando aceito, relegou-se um campo de aplicação muito tímido, disputando ele até hoje espaço com o ato, com o contrato de direito privado e com a atuação informal da Administração.

Segundo, a possível influência da teoria da relação jurídica na aceitação da figura do ato pela dogmática administrativista germânica.

A teoria da relação jurídica surge num contexto de questionamento da suficiência da teoria das formas de atuação jurídico-administrativa para explicar as diversas posições jurídicas, ativas e passivas, ocupadas pelos indivíduos e pela Administração, antes, durante e depois da tomada da decisão administrativa. Sem pretender substituir os instrumentos de atuação em si, a relação jurídica direciona o olhar do operador do direito para além do momento (estático) em que a Administração manifesta sua vontade.

É pressuposto da relação jurídica o reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direito e, portanto, como detentores de direitos público subjetivos oponíveis perante o próprio Estado-Administração. E é justamente nesse ponto que ela se contrasta com a ideia do ato administrativo. Enquanto o ato administrativo, em sua concepção original, pressupunha uma relação de subalternidade entre súdito e Estado (“dizer para o

indivíduo o que para ele deve ser de direito”)<sup>231</sup> a relação jurídica concebe o indivíduo como sujeito de direitos, inclusive nas relações que venha a travar com a Administração.

Ainda, por meio da relação jurídica ampliam-se as possibilidades de vinculações intersubjetivas que podem ser criadas entre Estado e indivíduos. Um mesmo ato pode refletir de maneira diversa na esfera jurídica de sujeitos distintos. É o caso, por exemplo, da concessão de uma licença ambiental. A teoria da relação jurídica admite que terceiros afetados com a concessão da licença possam apresentar pretensões jurídicas contra o órgão ambiental, ainda que a licença tenha natureza jurídica de ato administrativo (e, portanto, unilateral, imperativo e autoexecutável).

Dessarte, a relação jurídica amplia o espectro de análise das interações Estado-cidadão, ao mesmo tempo em que permite uma melhor conformação da posição jurídica deste perante aquele. Ao assim proceder, é possível que contribua com a mitigação de eventuais resistências contra a atuação via ato administrativo.

Terceiro fator a possivelmente influenciar nos distintos rumos seguidos pelo ato é a positivação do instituto pelo direito alemão.

Como observa Bumke (2012, p. 1138-1139), a conformação legislativa do ato administrativo faz com que sua concepção seja agora fruto de um processo legislativo democrático, o que delimita e condiciona o trabalho da dogmática. Hoje, as características e os efeitos jurídicos do ato são definidos pelo sistema jurídico, e não mais por um modelo teórico tradicional concebido sem qualquer respaldo legal.

Mas não só. Ao proceder à conformação jurídica do instituto, a VwVfG regulamenta uma série de aspectos do ato administrativo, de modo a harmonizar “a ação administrativa por atos unilaterais e impositivos a uma realidade fática plural e plena de interesses conflitantes” (MARRARA, 2015, p. 439).

Exemplifique-se uma vez mais. A VwVfG regulamenta uma série de “determinações acessórias” (*Nebenbestimmungen*) ao ato administrativo, admitindo que,

---

<sup>231</sup> Lembrando que, para Otto Mayer (1949, p. 126), o ato administrativo pode ser conceituado como “manifestação da autoridade administrativa que determina ao súdito o que para ele deve ser de direito em um caso concreto”.

por ação discricionária do agente público, o ato passa vir acompanhado de termo, condição ou encargo. A abertura dessas possibilidades pela própria lei confere ao administrador o conforto indispensável para que, sempre que necessário, busque harmonizar os interesses conflitantes quando da regulação de um determinado caso concreto.

Em outras palavras, a própria lei confere ao gestor público certo grau de flexibilidade para modulação dos efeitos do ato administrativo sempre que diante de cenários complexos. Isso de certa forma estimula a que se recorra a esse tipo de instrumento jurídico, na medida em que se tem segurança sobre as reais possibilidades de ação e conformação jurídica.

Entende-se, assim, que esses três fatores podem ter contribuído com a melhor aceitação da figura do ato administrativo pela dogmática administrativista germânica.

Passando para o *contrato administrativo*, é um fenômeno comum às teorias brasileira e alemã o movimento relativamente recente de valorização do contrato como importante instrumento para promoção de finalidades públicas. Especialmente a partir da década de 1990, há, em ambos os países, uma intensificação da produção acadêmica em torno do contrato administrativo, impulsionada, sobretudo, pelas ideias de cooperação e de concertação administrativa.

Na Alemanha, contudo, em que pese esse movimento ter representado uma grande ruptura com a dogmática clássica, o contrato administrativo não alcançou, na prática, o mesmo protagonismo verificado no Brasil.

Há algumas razões para isso. Primeiro, e como já adiantado, em razão do restrito campo de aplicação do contrato administrativo. Na Alemanha, os contratos de direito público abarcam apenas as relações contratuais que tenham por objeto o exercício de competências tipicamente administrativas. Essa categoria não inclui, por exemplo, os contratos de aquisição de bens e serviços, considerados como contratos de direito privado da Administração. Assim, uma grande parte da atividade contratual da Administração está submetida ao regime jurídico de direito privado.



Outra possível razão é o fato de que o regime jurídico aplicável ao contrato administrativo é ainda pouco regulado pelo ordenamento jurídico alemão, especialmente se comparado com o ato administrativo. A VwVfG dedica apenas oito parágrafos ao contrato administrativo (§§ 54-61), os quais se limitam, em essência, a delinear as hipóteses de cabimento da figura contratual. Em contrapartida, em matéria de ato administrativo, temas como consequências jurídicas de vícios, perda de eficácia, possibilidade de anulação ou de revogação, possibilidade de retificação, efeitos vinculantes, entre outros, estão devidamente regulados pela VwVfG, além de serem, há anos, objeto de estudo sistemático pela doutrina.

Isso significa que, do ponto de vista normativo, há uma maior precisão sobre as consequências jurídicas atreladas à atuação via ato administrativo, o que tende a favorecer seu uso pelo administrador público.<sup>232</sup> Não por acaso a doutrina administrativista germânica tem incentivado o uso desse instrumento justamente num cenário de baixa densidade normativa da lei, em que tenham sido concedidas amplas faculdades à Administração de conformação jurídica do caso concreto.<sup>233</sup> Argumenta-se que, num cenário como esse, o ato administrativo agrega estabilidade à atuação administrativa, além de proporcionar aos indivíduos uma clara expectativa do que vai ser levado a cabo pela Administração.

No Brasil, por sua vez, o receio qualificado com o autoritarismo da Administração Pública, associado à percepção da utilização de módulos convencionais como “um dos fatores de atenuação do caráter unilateral e impositivo da atividade administrativa” (MEDAUAR, 2003, p. 206-215), impulsionou um movimento expressivo de valorização do contrato administrativo (em sentido amplo) no debate doutrinário.

Nesse contexto, o contrato representou, em nosso país, um importante veículo de aplicação de mecanismos de consenso no interior da Administração Pública. Por ser resultado de um acordo de vontades, o contrato já contém, de partida, mais elementos consensuais se comparado com o ato administrativo. Isso fez com que, num cenário de

---

<sup>232</sup> Sobre o tema, Schmidt-Assmann (1993, p. 59) critica a dogmática administrativista germânica, dizendo que por muitos anos o debate doutrinário se concentrou na admissibilidade da figura do contrato, quando deveria ter se preocupado com o estudo do seu conteúdo e das alternativas para sua configuração.

<sup>233</sup> Seguem essa orientação, especialmente: (BUMKE, 2012, p. 1174), (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 319), (SCHOCH, 1994).

crescente demanda por participação dos administrados na formação da decisão administrativa, por uma atuação administrativa eficiente e concertada, pela busca de eficácia e aceitação da decisão administrativa, entre outros, a dogmática administrativista brasileira encontrasse nos módulos convencionais de atuação um importante instrumento para enfrentamento dessas demandas.

Paralelamente a esse movimento pró-consenso, verificou-se no Brasil, ainda, a intensificação da produção legislativa em matéria contratual, com a criação de novos tipos contratuais, muitos deles voltados à delegação da própria atividade-fim da Administração.

A combinação desses dois fatores (consenso e intensificação legislativa) impulsionou a ampliação do campo contratual da Administração, o que foi percebido e bem recebido pela doutrina. O contrato administrativo assumiu, nesse contexto, verdadeiro protagonismo no debate doutrinário e na prática administrativa.

Curioso notar que essas mesmas demandas de cooperação e de concertação administrativa também se fizeram presentes no debate doutrinário alemão. Lá, porém, essas demandas levaram à requalificação do ato, enquanto aqui se desencadeou o fenômeno de intensificação da contratualização administrativa.

Ou seja, sob influência de fatores comuns, verificáveis em ambos os países, a dogmática administrativista de cada um deles optou por soluções distintas, uma em prol do ato (Alemanha), outra em benefício do contrato (Alemanha).

Isso traz à tona o questionamento sobre quão diferentes seriam esses instrumentos. Se a busca pelo atendimento de demandas comuns (cooperação, participação, concertação) levou a resultados (em tese) tão diferentes, quão efetivamente distintos são esses resultados? Quais traços distintivos a Administração agrega ao regime jurídico incidente sobre o caso concreto ao optar pelo ato ou pelo contrato? Ou, em outras palavras, a escolha por um desses instrumentos implica alterações substanciais na conformação jurídica de uma determinada situação? Em que medida?

Essas respostas ainda não estão claras. O que se percebe, hoje, é o crescimento dos pontos de contato entre ato administrativo e contrato administrativo. Ambos são

expressão da vontade administrativa voltada à produção de efeitos individuais e concretos. Em ambos os casos a participação democrática dos indivíduos é condição de validade da ação. Os dois podem ser vistos como resultado do processo, tendente à conformação jurídica de um caso concreto.

Verifica-se, assim, uma notável tendência de aproximação dos institutos. É o caso, por exemplo, do ato administrativo com cláusulas acessórias – tal como admitido pelo § 36 da VwVfG e utilizado na prática administrativa brasileira, ainda que ausente regramento específico para tanto. Em que medida um acordo administrativo que condicione a adoção de um ato administrativo à implementação de certas medidas pelo particular se diferencia de um ato administrativo vinculado a condicionantes?

Ilustre-se com dois exemplos: (i) um acordo firmado entre a Administração e particular no qual este se obriga à adoção de determinadas condutas como condição à obtenção de uma autorização,<sup>234</sup> (ii) a expedição de licença ambiental pelo Sisnama em que há a previsão de condicionantes. Em que medida a convenção se diferencia da licença ambiental condicionada?

Não se quer com esses exemplos afirmar uma total identidade entre ambos os instrumentos, tampouco sustentar que a Administração possa, sempre, prescindir de instrumentos de atuação unilaterais na promoção de suas finalidades. Intenta-se constatar, apenas, uma tendência de aproximação entre ato administrativo e contrato administrativo, que se evidencia a partir da análise comparativa realizada. A resposta a essas questões ainda é incerta e está aberta à investigação doutrinária.

Por fim, com relação ao *regulamento administrativo*, verifica-se, hoje, tanto no Brasil quanto na Alemanha, a intensificação da atuação administrativa via regulamento.

Diante do fenômeno comum da expansão da atuação estatal para os domínios econômicos e sociais, reconhece-se, cada vez mais, a incapacidade institucional do Parlamento de atender com a velocidade e a tecnicidade desejadas as diversas demandas colocadas pela sociedade. Em contrapartida, constata-se que a Administração Pública

---

<sup>234</sup> Esse exemplo é vislumbrado por Fernando Dias Menezes de Almeida em sua obra sobre contratos administrativos (2012, p. 306).

estaria apta a conferir respostas normativas adequadas a essas questões cada vez mais diversas e complexas.

Como resultado comum a ambos os países, observa-se hoje uma nova dinâmica entre Parlamento e Executivo na produção normativa, dinâmica que a dogmática busca compreender e explicar.

Nesse esforço de explicação da realidade, a dogmática administrativista alemã aceita, sem grandes dificuldades, a “dinâmica de *standards*”,<sup>235</sup> em que a lei editada pelo Parlamento se limita ao estabelecimento das diretrizes fundamentais e das normas estruturantes de uma determinada atividade administrativa, para sua posterior regulamentação pela Administração Pública. A ideia de uma “lei-quadro” é acolhida pela própria Lei Fundamental, que admite a delegação de competência normativa, desde que a lei editada pelo Parlamento delimite o conteúdo, objetivo e extensão da autorização normativa outorgada (art. 80 GG).<sup>236</sup>

No Brasil, em que pesem as crescentes vozes favoráveis à atuação normativa da Administração, ainda há uma grande resistência de romper com a imagem de uma Administração fiel executora da lei e de reconhecer o potencial inovador do regulamento na ordem jurídica.

Como demanda comum a ambos os países, verifica-se o crescente esforço da dogmática administrativista em prol da procedimentalização da atividade normativa da Administração. A normatização de um processo administrativo normativo é uma busca comum a ambos os países.

---

<sup>235</sup> Expressão utilizada por Juliana Bonacorsi de PALMA (2014).

<sup>236</sup> Exceção a essa orientação ocorre apenas nos casos em que se entende ser a atuação administrativa potencialmente apta a restringir direitos fundamentais, oportunidade em que a doutrina majoritária, acompanhando a orientação do Tribunal Constitucional Federal, entende não ser possível uma delegação normativa amplíssima, cabendo ao Parlamento, neste caso, definir com mais precisão os parâmetros que nortearão a ação executiva.

### 5.3 Contribuições do estudo de direito comparado à dogmática administrativista brasileira em matéria de atuação administrativa

Diante da constatação de estar em curso, tanto no Brasil, quanto na Alemanha, um movimento de revisitação dos instrumentos jurídicos de atuação administrativa, visando, especialmente, a sua adequação à nova ordem constitucional, do estudo de direito comparado aqui realizado é possível extrair algumas contribuições que poderiam inspirar e orientar a dogmática administrativista brasileira nessa tarefa.

Proponham-se três contribuições.

A *primeira* é uma *contribuição de método*. A pesquisa revelou que, em matéria de atuação administrativa, tanto a dogmática do direito administrativo alemão quanto a do direito administrativo brasileiro foram originalmente concebidas com grande independência da lei. Em ambos os casos seus conceitos e institutos foram fruto da construção criativa da doutrina, com alguma inspiração francesa.<sup>237</sup>

Quando se passa para o estudo da dogmática administrativista contemporânea – comprometida esta, em ambos os países, a revistar e reformular os conceitos dos instrumentos jurídicos de atuação administrativa –, observa-se uma notória diferença de método na condução desse processo, sobretudo quanto à sua aproximação com a realidade vivenciada pela Administração Pública.

Valendo-se da fórmula utilizada por Wahl (2013, p. 65), a parte geral do direito administrativo alemão (parte em que inserida a teoria das formas de atuação administrativa) é vista hoje pela dogmática como uma “instância mediadora entre o direito constitucional e o direito administrativo especial”. Como instância intermediadora, segue o autor, o direito administrativo geral sofre influências de cima para baixo, desde a Constituição até os distintos campos do direito aplicado, e de baixo para cima, desde as necessidades objetivas dos distintos campos do direito aplicado até o direito constitucional.

---

<sup>237</sup> Entre nós já é sedimentado esse entendimento. No âmbito do direito alemão vale relembrar a observação de Otto Bachof de que “a dogmática do direito administrativo alemão surgiu com grande independência relativamente à lei. Os seus conceitos e institutos foram desenvolvidos por Otto Mayer, em parte com base no Direito Administrativo francês, em parte com base no Direito Civil alemão, mas também, em grande medida, fruto de sua própria construção criativa” (BACHOF, 1972, p. 218-219).

A intermediação do direito administrativo, muito mais do que ressaltar o aspecto da constitucionalização do direito aqui já tratado, chama a atenção para o fato de que também a parte geral do direito administrativo deve se desenvolver de modo a abarcar e enfrentar as necessidades identificadas quando da aplicação prática dos conceitos e institutos por ela formulados (parte especial).

A dogmática administrativista germânica parece mais consciente do seu papel de construção de um arcabouço teórico (conceitos, institutos, definições) que seja, a um só tempo, válido, útil e coerente.

Em matéria de ação administrativa, o papel assumido pela dogmática germânica teve impacto sobretudo na recompreensão do contrato administrativo.

Como demonstrado no Capítulo 3, a condução de trabalhos empíricos no âmbito da Administração revelou à dogmática que o recurso à figura do contrato administrativo era uma prática comum e recorrente entre as autoridades administrativas. Isso desencaminhou um processo de reformulação da teoria do contrato administrativo, que passasse a aceitar o contrato administrativo como uma realidade presente e inevitável.

Outro tema em que a aproximação da dogmática com a prática administrativa se manifesta é no estudo voltado à investigação dos contatos e acordos informais travados cotidianamente entre Administração Pública e particulares. Ainda que para a própria dogmática administrativista não seja claro, até hoje, como o direito administrativo poderia lidar com essas situações (se deveria regulá-las ou não, por exemplo, ou, até mesmo, se essas situações importam ao direito administrativo), o simples fato de a doutrina lançar olhares a tais situações, apontando, muitas vezes, problemas a elas relacionados, demonstra a atenção com que dogmática acompanha a prática administrativa.

É justamente a preocupação com a validade e conformação de institutos e conceitos desenvolvidos abstrata e teoricamente pela teoria com a realidade prática da Administração que poderia inspirar e ser aproveitada pela dogmática administrativista

brasileira em seu movimento atual de revisitação e reformulação dos instrumentos jurídicos de atuação administrativa.<sup>238</sup>

*Segunda contribuição* extraível do estudo de direito comparado aqui realizado está relacionada à preocupação comum a ambos os países *de aprimoramento da efetividade e eficiência da decisão administrativa* contida no ato, no contrato e no regulamento administrativos.

A discussão sobre a efetividade e eficiência da decisão administrativa pressupõe a superação, em definitivo, da visão de Administração Pública prevalecente no período clássico aqui estudado, voltada exclusivamente à “aplicação da lei de ofício” (SEABRA FAGUNDES, 1967, p. 16-17).

Como exposto na Parte I desta dissertação, o processo inicial de formação das teorias do ato, do contrato e do regulamento administrativo é marcado, tanto no Brasil quanto na Alemanha, pela concepção de que caberia à Administração Pública apenas o papel de aplicação do direito, ou, em outras palavras, de aplicação de um programa normativo cujo conteúdo já estaria, de antemão, predefinido em lei.

A ampliação das funções do Estado (com a conseqüente irradiação da atuação administrativa também para os domínios econômico e social), contudo, passa a desafiar esse entendimento, na medida em que releva a incapacidade do Parlamento de antever e regular todas as situações demandantes de intervenção estatal. Para contornar essa incapacidade, tem sido cada vez mais recorrente a edição de leis mais programáticas, de baixo conteúdo normativo, cuja concretização depende de atuação dos entes administrativos, seja de modo individual e concreto (ato e contrato), seja de modo genérico e abstrato (regulamento).

---

<sup>238</sup> Não se quer dizer que isso já não venha sendo feito pela dogmática contemporânea. Há atualmente relevantes trabalhos [citem-se, a título exemplificativo: (MARQUES NETO, 2011), (MENEZES DE ALMEIDA, 2012), (SUNDFELD, 2012), (SCHIRATO, 2012), (PALMA, 2014)] em que a preocupação com a adequação de institutos e conceitos com a realidade é muito presente e leva a severos questionamentos de dogmas tradicionais do direito administrativo brasileiro. O que aqui se aponta é que tal preocupação não ocupa, ainda, posição predominante no modo de ser da teoria administrativista brasileira, de modo que a experiência alemã poderia contribuir para que o sopesamento entre teoria e prática seja cada vez mais presente no debate administrativista brasileiro.

Como consequência, o exercício da função administrativa deixa de ser sinônimo de mera aplicação do direito para compreender, também, a realização de programas normativos (concretização do direito), o que se dá mediante um inevitável processo de criação jurídica. E, ao realizar o direito, a Administração deve fazê-lo de modo efetivo e eficiente.

Toda essa discussão, em que pese presente em ambos os países, parece mais madura e sedimentada na teoria administrativista germânica. Como demonstrado no Capítulo 3, essa aproximação das funções de criação e aplicação do direito, seguida do reconhecimento de que toda aplicação implica algum grau de criação, parece consenso entre a dogmática administrativista germânica contemporânea.

Importante passo nesse sentido foi a incorporação, pelos manuais e tratados de direito administrativo, do regulamento administrativo no capítulo destinado ao estudo dos instrumentos de atuação administrativa (e não mais apenas na sessão dedicada ao estudo das fontes do direito, como feito outrora).

A aceitação de que o exercício da função administrativa envolve algum nível de criação jurídica (que, por sua vez, agrega certos parâmetros a pautar a atuação administrativa, em especial a eficácia e eficiência) permitiu à doutrina administrativista germânica, ainda, dois importantes avanços.

A um, despertou a dogmática para o aspecto instrumental das formas de atuação jurídico-administrativa, aspecto que, ao mesmo tempo em que confere discricionariedade ao administrador para eleição do instrumento de atuação a ser empregado em uma dada situação, agrega responsabilidade à escolha feita.

A análise da ação administrativa pelo aspecto instrumental não se contenta com o mero exame de legalidade da decisão administrativa. Para além da legalidade, o instrumento escolhido pelo administrador público para agir deve ser apto à realização efetiva e eficiente dos fins últimos almejados com essa atuação.

A dois, a expansão do leque de instrumentos de atuação administrativa objeto de investigação científica, como consequência do recurso cada vez mais frequente, pelo



administrador público, de instrumentos de atuação dirigidos prioritariamente à obtenção de efeitos práticos (não necessariamente jurídicos).

No segundo caso, a preocupação com a eficácia da atuação administrativa se reflete primeiro no administrador público, que passa a buscar outros meios para realização eficiente de suas funções, e chega à dogmática como consequência da alteração da realidade fática, com a qual ela tem que lidar. Em seu papel de explicar cientificamente uma dada realidade e de conferir unidade e coerência interna ao ordenamento jurídico-administrativo, a dogmática administrativista se vê obrigada a lidar com categorias jurídicas até então pouco exploradas.

Hoje em dia, a teoria da atuação jurídico-administrativa alemã trabalha com categorias jurídicas ainda pouco exploradas pela dogmática administrativista brasileira, por exemplo, os instrumentos informais (no sentido de despedidos de forma jurídica) de atuação administrativa e os contratos administrativos substitutivos de ação unilateral impositiva (§ 54 VwVfG).

Os dois avanços aqui destacados, em que pese não serem totalmente desconhecidos da dogmática administrativa brasileira, ainda não ocuparam o centro de estudo da dogmática nacional na intensidade e profundidade experimentada pela teoria alemã. Por essa razão, entende-se que o olhar sobre as discussões já maduras em terras germânicas pode contribuir para muitos debates que se encontram aqui ainda em estágio inicial de desenvolvimento.

Enfim, *terceira contribuição* que se extrai do estudo de direito comparado diz respeito à preocupação bastante presente nos trabalhos desenvolvidos pela dogmática administrativista germânica de agregar segurança jurídica à atuação administrativa.

Nos últimos anos, o tema da segurança jurídica despertou interesse renovado dos administrativistas no Brasil. Fernando Dias Menezes de Almeida (2015, p. 415) chega até mesmo a inserir a segurança jurídica entre as tendências de assuntos a serem enfrentados pela teoria do direito administrativo no Brasil num futuro próximo. Tal análise é feita, é certo, por uma perspectiva diversa da que ora se apresenta, já que exposta em contraposição ao movimento recente de amplificação da legalidade.

Na Alemanha, trata-se de tema que há muito preocupa a dogmática administrativa, inclusive e especificamente em matéria de atuação administrativa. Ali a segurança jurídica sempre foi um vetor a orientar o trabalho da teoria na investigação dos instrumentos jurídicos de atuação, razão pela qual o olhar para o que ali está sendo desenvolvido pode contribuir com o processo evolutivo da teoria administrativista no Brasil.

Dois movimentos da teoria germânica das formas de atuação jurídico-administrativa indicam essa forte presença da preocupação com a segurança jurídica já no seio da própria teoria.

O primeiro é o resgate e a consolidação da teoria das formas de atuação jurídico-administrativa como tema relevante à parte geral do direito administrativo alemão após a restauração do Estado de Direito na Alemanha no período contemporâneo.

Conforme demonstrado no Capítulo 3, desde sua origem a segurança jurídica foi um dos pilares a embasar a construção, pela dogmática administrativista germânica, de uma teoria voltada ao estudo do fenômeno da ação administrativa, a partir de uma perspectiva mais geral e que abarque, sob um mesmo critério de análise, a diversidade desse fenômeno e suas distintas formas de manifestação (por exemplo, o ato administrativo, o contrato administrativo, o contrato privado da Administração, o regulamento administrativo e, até mesmo, a atuação material a informal da Administração).

O próprio pensamento em “forma jurídica” está associado a duas ideias fundamentais. A primeira, de ordem analítica, voltada à observação e compreensão da realidade em que se insere a ação administrativa (ideia de abstração). A segunda, de ordem prática, de identificação das consequências jurídicas inerentes às formas de atuação catalogadas pela dogmática (ideia de atribuição de consequência jurídica).

É especialmente na segunda ideia que está embutida a preocupação com segurança jurídica. Como destaca Schmidt-Assmann (2003, p. 307), uma das funções da teoria das formas de atuação administrativa é facilitar a identificação das consequências jurídicas inerentes à escolha pela atuação administrativa via determinado instrumento

jurídico. E, ao assim se proceder, aportam-se, é claro, segurança jurídica e previsibilidade à atuação administrativa.

A vinculação de consequências jurídicas aos instrumentos de atuação catalogados pela dogmática facilita a identificação das respostas a questões corriqueiras, por exemplo, qual o regime jurídico aplicável a determinada forma de ação, qual procedimento a ser observado previamente à tomada da decisão, sobre as condições de validade da decisão administrativa e formas para sua impugnação, e assim por diante.

Contudo, além de investigar quais as consequências jurídicas inerentes a uma determinada forma de ação, cabe à teoria, ainda, revisitar suas orientações numa constante averiguação de sua adequação com a realidade prática e normativa da Administração Pública. Recordando a fórmula empregada por Otto Mayer (1949, p. 92), é papel da teoria das formas de atuação administrativa “no fluxo da atividade administrativa, fazer emergir, aqui e ali, pontos sólidos que forneçam apoio ao indivíduo e lhe indiquem, com segurança, para onde se está indo”.

O segundo movimento da teoria foi o de resgate e revalorização do ato administrativo.

Tal movimento, ressalve-se, decorre de uma particularidade do direito administrativo alemão, em que o contrato administrativo representa apenas uma pequena parcela dos contratos firmados pela Administração Pública, tendo, até hoje, uma relevância prática no dia a dia da Administração menos significativa em comparação com o ato administrativo.

De todo modo, a pesquisa demonstrou que o resgate desse instrumento está intimamente relacionado com a constatação (e aceitação), pela doutrina, da relevância do ato administrativo na estabilização das relações jurídicas em que Administração é parte.

Em comparação com os demais instrumentos jurídicos de atuação administrativa, a doutrina reconhece que os efeitos jurídicos do ato são mais previsíveis, tanto em razão do seu tratamento mais preciso pelo ordenamento jurídico alemão quanto, ainda, em virtude de serem esses efeitos, há anos, objeto de investigação científica pela

dogmática. Temas como invalidação, convalidação e revogação – para citar apenas alguns exemplos – já estão mais equacionados (em termos normativos e dogmáticos) quando se trata do ato administrativo, o que impulsionou a doutrina a se reaproximar dessa figura.

Daí a preocupação da dogmática contemporânea em romper definitivamente com a visão (hoje ultrapassada) do ato administrativo como sinônimo de uma atuação autoritária e indiferente à posição jurídica dos particulares. Constatado seu valor não só para a Administração, mas também e essencialmente para os indivíduos (que têm mais clareza do que esperar do ato administrativo), a doutrina empenhou-se num árduo trabalho de reconstruir esse instrumento jurídico à luz dos novos fundamentos do Estado de Direito alemão.

Hoje, o ato administrativo é, para a dogmática administrativista alemã, “regulação com assunção de responsabilidade”. Ele constitui o exercício do poder de configuração unilateral por parte da Administração, ao mesmo tempo em que proporciona ao cidadão uma expectativa clara do que vai ser levado a cabo pela Administração (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 319).

A preocupação de aportar segurança jurídica e previsibilidade à atuação administrativa via determinado instrumento jurídico poderia inspirar os administrativistas brasileiros na tarefa hoje em curso de revisitação das teorias do ato, do contrato e do regulamento administrativo.

## REFERÊNCIAS

- ACHTERBERG, Norbert. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1986.
- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 155-173, jan.-mar. 2006a.
- \_\_\_\_\_. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006b.
- \_\_\_\_\_. Teoria geral dos atos administrativos – uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. In: MEDAUAR, O.; SCHIRATO, V. R. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 37-70.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: RT, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. 1, n. 7, 2001.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e procedimento administrativo. In: DI PIETRO, M. S. Z. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: RT, 2014. v. 5.

BACHOF, Otto. Reflexwirkungen und Subjektive Rechte im öffentlichen Recht. In: \_\_\_\_\_. *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*. 2. ed. Munique: Gunther & Olzog, 1955. p. 287 e ss.

\_\_\_\_\_. *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin: Walter de Gruyter. 1972. p. 193-244. (Reunião ocorrida em Regensburg de 29 de setembro a 2 de outubro de 1971.)

\_\_\_\_\_. *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin: De Gruyter. 2013. p. 37-84. (Conferência ocorrida em Bonn nos dias 15 e 16 e outubro de 1953.)

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Compêndio de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1969. v. 1 e 2.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1.<sup>a</sup> reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

- \_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, A. S. D.; MARQUES NETO, F. D. A. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BAUER, Hartmut. Verwaltungsrechtslehre im Umbruch? Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemässen Verwaltungsrechtsdogmatik. *Die Verwaltung*, Berlin, v. 25, p. 301-326, 1992.
- \_\_\_\_\_. Verwaltungsverträge. In: HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E.; VOSSKUHLE, A. *Grundlagen des Verwaltungsrecht*. 2. ed. Munique: C.H.Beck, 2012. v. 2I, Cap. 36.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BOHNE, Eberhard. *Der informale Rechtsstaat: eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzzollzug unter besondere Berücksichtigung des Immissionsschutzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.
- \_\_\_\_\_. Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes: Alternativen zu Rechtsnorm, Vertrag, Verwaltungsakt und anderen rechtlich geregelten Handlungsformen? *Verwaltungs-Archiv*, Köln-Berlin, v. 75, p. 343-373, out. 1984.
- BROHM, Winfried. *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin: Walter de Gruyter. 1972. p. 245-306.
- BÜHLER, Ottmar. *Die Subjektiven Öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechungen*. Berlin: Kolhammer, 1914.
- BUMKE, Christian. Verwaltungsakte. In: HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E.; VOSSKUHLE, A. *Grundlage des Verwaltungsrechts*. 2. ed. Munique: C.H.Beck, 2012. v. 2, Cap. 35.

BURMEISTER, Joachim. *Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin: De Gruyter. 2013. p. 190-247. (Conferência ocorrida em Bayreuth de 7 a 10 de outubro de 1992.)

CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, A. S. D.; MARQUES NETO, F. D. A. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 587-598.

CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. *Interesse Público*, Belo Horizonte, mar.-abr. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50652>>. Acesso em: 18 set. 2017.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: RT, 1973.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Motivo e motivação de ato administrativo*. São Paulo: RT, 1979.

\_\_\_\_\_. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1982.

CLÈVE, C. M. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.



COUTO E SILVA, Almiro do. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: OSÓRIO, F. M.; SOUTO, M. J. V. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 271-291.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1967.

\_\_\_\_\_. Prerrogativas e sujeições da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 103, p. 16-32, jan.-mar. 1971.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DIEZ, Manuel Maria. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Libreros, 1963.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913.

ERICHSEN, Hans-Uwe. Das Verwaltungshandeln. In: \_\_\_\_\_; PETER, B. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 10. ed. Berlin: de Gruyter, 1995. p. 205-414.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FABER, Heiko. *Verwaltungsrecht*. 4. ed. Tübingen: Mohr, 1995.

FEHLING, Michael. Informelles Verwaltungshandeln. In: HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E.; VOSSKUHLE, A. *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Munique: C.H.Beck, 2006. v. 2, p. 1457-1521.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Sabino A. Gendin. Barcelona: Labor, 1933. (Tradução da 8.<sup>a</sup> edição alemã.)

FORSTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Munique: C.H. Beck'schen, 1950.

\_\_\_\_\_. *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin: De Gruyter, 2013. p. 8-30. (Conferência ocorrida em Bonn nos dias 15 e 16 de outubro de 1953.)

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Marina Cardoso de. *As autorizações administrativas no direito brasileiro*. 2016. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

FUNKE, Andreas. *Perspektiven subjektiv-rechtlicher Analyse im öffentlichen Recht*. Juristen Zeitung, Tübingen, p. 369-424, abr. 2015.

GASPARINI, Diógenes. *Poder regulamentar*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRÖSCHNER, Rolf von. *Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses*. Die Verwaltung, Berlin, v. 30, p. 301-338, 1997.

GURLIT, Elke. *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen*. In: EHLERS, D.; PÜNDER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. ed. Berlin: De Gruyter, 2016. p. 725-793.

HÄBERLE, Peter. *Das Verwaltungsrechtsverhältnis - eine Problemskizze*. In: \_\_\_\_\_. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie d. offenen Gesellschaft*. Königstein im Taunus: Athenäum Verlag, 1980. p. 248 e ss.

HENKE, Wilhelm. Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts. *Die öffentliche Verwaltung*, p. 621 e ss., ago. 1980.

\_\_\_\_\_. *Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin: De Gruyter. 2013. p. 149-185. (Reunião ocorrida em Bern nos dias 2 e 3 de outubro de 1969.)

HERMES, Georg. Schlichtes Verwaltungshandeln. In: HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E.; VOSSKUHLE, A. *Grundlagen des Verwaltungsrecht*. 2. ed. Munique: C.H.Beck, 2012. v. 2, Cap. 39.

HILL, Hermann; MARTINI, M. Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung. In: HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E.; VOSSKUHLE, A. *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2. ed. Munique: C.H.Beck, 2012. v. 2, p. 1025-1126.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Verwaltungsrechtsreform – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes. In: \_\_\_\_\_; SCHMIDT-ASSMANN, E.; SCHUPPERT, G. F. *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. v. 1.

\_\_\_\_\_. Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen. In: \_\_\_\_\_; SCHMIDT-ASSMANN, E.; VOSSKUHLE, A. *Grundlagen des Verwaltungsrecht*. 2. ed. Munique: C.H.Beck, 2012. v. 2, Cap. 33.

HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

IPSEN, Jörn. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 9. ed. Munique: Franz Vahlen, 2015.

JELLINEK, Walter. *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen: eine verwaltungs- und prozessrechtliche Studie*. Tübingen: J.C.B Mohr, 1908.

\_\_\_\_\_. *Diritti Pubblici Subbiettivi*. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912. (Tradução da 2.<sup>a</sup> edição alemã de 1905.)

\_\_\_\_\_. *Verwaltungsrecht*. 2. ed. Berlin: Julius Springer, 1929.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 1.

KOPP, Ferdinand.; RAMSAUER, Ulrich. *Verwaltungsverfahrensgesetz*. 10. ed. Munique: C.H.Beck, 2008.

KRAUSE, Peter. Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlim, n. 45, p. 212-245, fev. 2013. (Conferência ocorrida em Munique de 15 a 18 de outubro de 1986.)

KREBS, Walter. *Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlim: De Gruyter. 2013. p. 248-284. (Reunião ocorrida em Bayreuth de 7 a 10 de outubro de 1992.)

LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. 5. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1911. v. 2. (Consultada também a 5.<sup>a</sup> edição de 1911.)

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIX, n. 107, p. 74-82, 2009.

\_\_\_\_\_. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, O.; SCHRIRATO, V. R. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 89-113.

\_\_\_\_\_. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: \_\_\_\_\_; ARAGÃO, A. S. D. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. A experiência do direito administrativo alemão: o que os brasileiros devem saber? In: SUNDFELD, C. A.; JURKSAITIS, G. J. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 416-446.

MASAGÃO, Mario. *Natureza da concessão de serviço público*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 2.

MAURER, Hartmut. Der Verwaltungsvertrag – Probleme und Möglichkeiten. *Deutsches Verwaltungsblatt – DVBl*, Berlim, p. 798-807.15 ago. 1989.

\_\_\_\_\_. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 18. ed. Munique: C.H.Beck, 2011.

MAUS, Ingeborg. *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*. Munique: Wilhelm Fink, 1986.

MAYER, Otto. Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge. *Archiv für öffentliches Recht*, Band. 3, p. 3-86, 1888.

\_\_\_\_\_. *Derecho administrativo alemán*. Tradução de Horacio H Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. I. (Tradução da edição francesa de 1903.)

MEDAUAR, Odete. *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

\_\_\_\_\_. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, A. S. D.; MARQUES NETO, F. D. A. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 405-420.

\_\_\_\_\_. Ato administrativo: origem, concepções, abrangência. In: \_\_\_\_\_; SCHIRATO, V. R. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 11-36.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: RT, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 1976.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES DE ALMEIDA, Fernando Henrique. *Noções de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1956.

\_\_\_\_\_. *Os atos administrativos na teoria dos atos jurídicos*. São Paulo: RT, 1969.

MENDES JÚNIOR, Onofre. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Bernardo Alvares, 1961. v. 1.

MENEGALE, José Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Considerações sobre a "regulação" no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 69-94, out.-dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33302>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Atos administrativos normativos: algumas questões. In: MEDAUAR, O.; SCHIRATO, V. R. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 219-236.

\_\_\_\_\_. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

- \_\_\_\_\_. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- \_\_\_\_\_. Mecanismos de consenso do direito administrativo. In: ARAGÃO, A. S. D.; MARQUES NETO, F. D. A. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, A. S. D.; MARQUES NETO, F. D. A. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MÖSTL, Markus. Normative Handlungsformen. In: EHLERS, D.; PÜNDER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. ed. Berlin: De Gruyter, 2016. p. 595-647.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr.-jun. 2000.
- OSSENBÜHL, Fritz. Rechtsverordnung. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2007. v. 5, p. 261-303.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade? In: MEDAUAR, O.; SCHIRATO, V. R. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 237-261.
- \_\_\_\_\_. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo*. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo.

\_\_\_\_\_. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.  
Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>>. Acesso em: 29 set. 2017.

PRATES DA FONSECA, Tito. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

REMMERT, Barbara. Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis im Überblick. In: EHLERS, D.; PÜNDER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 2016. p. 569-594.

ROSSEN-STADTFELD, Helge. Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit. In: HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E.; VOSSKUHLE, A. *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Munique: C.H. Beck, 2008. v. 2, Cap. 29.

RUFFERT, Matthias. Verwaltungsakt. In: EHLERS, D.; PÜNDER, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. ed. Berlin: De Gruyter, 2016. p. 646-724.

RUPP, Hans Heinrich. *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre: Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1991.

SCHIRATO, V. R. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: \_\_\_\_\_; MEDAUAR, O. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 115-144.

\_\_\_\_\_. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. São Paulo: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado. In: ARAGÃO, A. S. D.; MARQUES NETO, F. D. A. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

\_\_\_\_\_; PALMA, J. B. D. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 67-93, 2009.



SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns: Ihre Bedeutung im System des Verwaltungsrechts und für das verwaltungsrechtliche Denken der Gegenwart. *Deutsches Verwaltungsblatt*, p. 533-541, 1.º jun. 1989.

\_\_\_\_\_. Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformsätze. In: HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E.; SCHUPPERT, G. F. *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. v. 1.

\_\_\_\_\_. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons – Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

\_\_\_\_\_. *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

SCHMIDT-DE CALUWE, Reimund. *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers: staatstheoretische Grundlagen, dogmatische Ausgestaltung und deren verfassungsbedingte Vergänglichkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

SCHMITT GLAESER, Walter. *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Berlin: De Gruyter. 2013. p. 179-265. (Conferência ocorrida em Salzburg de 4 a 7 de outubro de 1972.)

SCHOCH, Friedrich. Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht: Anspruch und Wirklichkeit nach 15 Jahren VwVfG. *Die Verwaltung*, Berlin, v. 25, p. 21-53, 1992.

\_\_\_\_\_. Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität. In: HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E. *Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1994. v. 2.

- SCHULTE, Martin. *Schlichtes Verwaltungshandeln: verfassungs- und verwaltungsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltsrechts*. Tübingen: Mohr, 1995.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie. *Deutsches Verwaltungsblatt*, p. 657-667, 15 jun. 1994.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke. Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht. In: \_\_\_\_\_; HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E. *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrecht: Grundfragen*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. v. 1, p. 65-114.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- STELKEN; BONK; SACHS. *VwVfg: Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*. 8. ed. Munique: C.H.Beck, 2014.
- STOBER, Rolf. ; KLUTH, Winfried. *Verwaltungsrecht I*. 12. ed. Munique: C.H.Beck, 2007.
- STOLLEIS, Michael. Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft. In: HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E.; VOSSKUHLE, A. *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Munique: C.H.Beck, 2006. v. 1, p. 63-119.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. 10.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

VOSSKUHLE, Andreas. Neue Verwaltungswissenschaft. In: \_\_\_\_\_; HOFFMANN-RIEM, W.; SCHMIDT-ASSMANN, E. *Grundlagen des Verwaltungsrecht*. 2. ed. Munique: C.H.Beck, 2012. v. 1, Cap. 1.

WAHL, Rainer. *Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán*. Tradução de José Carlos Mardomingo. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal para a implementação de políticas públicas: o uso derivado da contratação pública*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: RT, 1990.