

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 ABREVIações

| | |
|----------|--|
| 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 (<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 |
| | |
| PARTE I – INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NA DOGMÁTICA CLÁSSICA | 25 |
| | |
| 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 |
| | |
| 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 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 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 Administração Prestadora..... | 70 |
| 3.1.2 | Subjetivação do direito administrativo: a nova posição do indivíduo no 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 alemão 83 | |
| 3.2.1.1 | Período inicial: consolidação da teoria das formas de atuação jurídico-administrativa como tema central do direito administrativo alemão | 83 |
| 3.2.1.2 | Transição: nascimento da teoria da relação jurídico- administrativa e seu impacto na teoria das formas de atuação jurídico-administrativa | 86 |
| 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 | 95 |

| | | |
|--|---|-----|
| 3.2.2 | Instrumentos de atuação administrativa na visão da dogmática..... | 100 |
| 3.2.2.1 | Ato administrativo | 100 |
| 3.2.2.2 | Contrato administrativo | 112 |
| 3.2.2.3 | Regulamento | 123 |
| 3.2.2.4 | Relevância dos instrumentos não jurídicos de atuação administrativa (informelles Verwaltungshandeln) | 129 |
| 3.3 | Considerações finais sobre as ideias expostas neste Capítulo | 136 |
| Capítulo 4 – DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO | | 138 |
| 4.1 | Pressupostos teóricos à abordagem da atuação administrativa..... | 138 |
| 4.1.1 | Consolidação do Estado Social e Democrático de Direito e o fortalecimento da Administração Pública | 138 |
| 4.1.2 | Valorização do indivíduo na conformação do interesse público e seus reflexos para o direito administrativo..... | 141 |
| 4.2 | Tratamento dogmático dos instrumentos de atuação administrativa | 145 |
| 4.2.1 | Ato administrativo | 145 |
| 4.2.2 | Contrato administrativo | 154 |
| 4.2.3 | Regulamento..... | 165 |
| 4.3 | Considerações finais sobre as ideias expostas neste Capítulo | 170 |
| Capítulo 5 – EVOLUÇÃO DA DOGMÁTICA ADMINISTRATIVISTA BRASILEIRA E GERMÂNICA EM MATÉRIA DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA: APROXIMAÇÕES E CONTRIBUIÇÕES | | 173 |
| 5.1 | Aproximação: o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo... | 173 |
| 5.2 | Bases constitucionais da teoria da ação administrativa..... | 179 |

| | |
|--|-----|
| 5.3 Contribuições do estudo de direito comparado à dogmática administrativista 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.¹

Tratando-se da ciência do direito administrativo – representativa do modo como se estuda o conjunto de normas constitutivo do direito administrativo² –, 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.³

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”

¹ 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).

² 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).

³ 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 Administração⁴) 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.

⁴ 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 aqui⁵ 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.

⁵ 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 jurídica⁶ brasileira de modo comparado com

⁶ 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 complexidade⁷ 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

⁷ 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,⁸ 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

⁸ 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.⁹

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.

⁹ 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).

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.²¹⁸

O viés garantista de ambas as Constituições (marcado pela valorização do indivíduo e de seus direitos fundamentais), associado ao contexto histórico-político de sua

²¹⁸ 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”,²¹⁹ 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 Binbenbujm, 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.²²⁰ Mas não só. Trata-se, antes

²¹⁹ Nesse sentido, por exemplo, Rainer Wahl (2013, p. 61) e Luís Roberto Barroso (2013, p. 187).

²²⁰ 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 direito²²¹.

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).

²²¹ 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,²²² 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”.²²³ 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,

²²² No original: “(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”.

²²³ 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.²²⁴ 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 1958.²²⁵ 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).

²²⁴ 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).

²²⁵ 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 constitucional²²⁶ 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.²²⁷

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.

²²⁶ 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).

²²⁷ 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 constitucionais²²⁸ 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 Binbenojm (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

²²⁸ 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.²²⁹

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.²³⁰ 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

²²⁹ 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.

²³⁰ 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”),²³¹ 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,

²³¹ 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.²³² 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.²³³ 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

²³² 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.

²³³ 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;²³⁴ (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

²³⁴ 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*”,²³⁵ 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).²³⁶

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.

²³⁵ Expressão utilizada por Juliana Bonacorsi de PALMA (2014).

²³⁶ 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.²³⁷

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.

²³⁷ 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.²³⁸

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).

²³⁸ 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.^a 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.^a 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 Gesetzvollzug 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.^a 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.^a 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.^a 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.^a 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.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. 10.^a 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.