

COORDENAÇÃO

ODETE MEDAUAR

VITOR RHEIN SCHIRATO

OS CAMINHOS DO ATO ADMINISTRATIVO

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

ANTONIO RULLI NETO

BERNARDO STROBEL GUIMARAES

CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO

DEMIAN GUEDES

DIEGO ZEGARRA VALDIVIA

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

JACQUELINE MORAND-DEVILLER

JULIANA BONACORSI DE PALMA

JUSTINE ESMERALDA RULLI

LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL

MARCOS AUGUSTO PEREZ

MARCOS J. T. DO AMARAL FILHO

ODETE MEDAUAR

RENATA NADALIN MEIRELES

RODRIGO PAGANI DE SOUZA

SOLANGE TELES DA SILVA

VITOR RHEIN SCHIRATO

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

OS CAMINHOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Coordenação

Odete Medauar
Vitor Rhein Schirato

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO – ANTONIO RULLI NETO – BERNARDO STROBEL GUIMARÃES –
CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO – DEMIAN GUEDES – DIEGO ZEGARRA VALDIVIA – FERNANDO DIAS
MENEZES DE ALMEIDA – FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO – JACQUELINE MORAND-DEVILLER
– JULIANA BONACORSI DE PALMA – JUSTINE ESMERALDA RULLI – LUIZ FELIPE HADLICH MIGUEL
– MARCOS AUGUSTO PEREZ – MARCOS J. T. DO AMARAL FILHO – ODETE MEDAUAR – RENATA
NADALIN MEIRELES – RODRIGO PAGANI DE SOUZA – SOLANGE TELES DA SILVA – VITOR RHEIN SCHIRATO

© desta edição: 2012

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

ANTONIO BELINELO

Diretor Responsável

Visite o nosso site

www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil [11-2011]

Profissional

Fechamento desta edição [10.11.2011]



ISBN 978-85-203-4195-7

A SUPERAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO AUTISTA

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Livre-docente em Direito Público pela Faculdade de Direito da USP. Professor Associado de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público. Presidente da Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación – Asier.

RESUMO: O texto se dedica a analisar o atual conceito de ato administrativo a partir de seu enquadramento funcional, ou seja, de sua decorrência do exercício de uma *função* que considera e pondera uma considerável esfera de direitos e interesses dos indivíduos que se submetem aos efeitos do ato administrativo. Trata-se de concepção distinta da *concepção autista* do ato administrativo, que o inclui na estrutura da Administração Pública como resultado de sua atuação, sem consideração dos direitos dos indivíduos.

PALAVRAS-CHAVE: Ato administrativo – Conceito do ato administrativo – Direitos fundamentais – Proporcionalidade – Motivação – Função administrativa.

ABSTRACT: The essay aims at analyzing the current concept of administrative act from a functional point of view, i.e., as a result of the carrying out of a *function* of the Public Administration that considers and balances the rights and interests of the citizens that are subject to the administrative acts. It refers to a concept different from the traditional concept of administrative act in Brazil, which sets the administrative act within the structure of the Public Administration as a result of its actions and without regard to the rights and interests of the citizens.

KEYWORDS: Administrative act – Concept of administrative act – Fundamental rights – proportionality – Grounds exposure – Administrative function.

SUMÁRIO: 1. Introdução: algo sobre a evolução das ciências – 2. O ato como eixo epistemológico do direito administrativo – 3. O ato administrativo autista – 4. Vetores de transformação paradigmática – 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO: ALGO SOBRE A EVOLUÇÃO DAS CIÊNCIAS

1. Em todos os campos do desenvolvimento humano, na ciência ou nas corporações, nas comunidades ou nas empresas, existe uma permanente tensão entre inovação e tradição. Há forças que apontam para a transformação de métodos, processos, conceitos, técnicas (forças de inovação) e outras que resistem, defendendo a manutenção dos modos de fazer, explicar, compreender e comunicar que se vem utilizando há tempos. Essa dicotomia se traduz historicamente em vários momentos de tensão, em que por vezes prevalece a inovação (revolução), por outras prevalece a tradição. Nem sempre a inovação significa uma ruptura com o passado. Muitos movimentos de ruptura com o presente significaram uma retomada de tradições passadas. De resto, inexistiu uma linearidade na evolução econômica, social ou científica, como bem demonstram as diferentes linhas do pensamento dialético.

2. Nas ciências em geral, esta tensão é uma constante. A ideia de paradigmas na acepção desenvolvida por Thomas Kuhn¹ a reflete quando relaciona os paradigmas científicos aos padrões que estão na base para a criação de um consenso em dada área da ciência. Pressupõe uma tradição de conceitos, métodos, modelos de análise em torno dos quais os cientistas constroem suas contribuições, explicações e respostas. Os paradigmas correspondem a um conjunto de ideias básicas, que delimitam para os teóricos e pesquisadores as perguntas que traduzem problemas relevantes e importantes para um ramo da ciência e, por conseguinte, os métodos e critérios de solução tidos por adequados para resolvê-los. Um paradigma segue prevalecendo numa dada ciência até um momento em que seu ferramental científico não dá mais conta de responder às questões e demandas postas e não é mais possível descartar indagações desafiadoras sem comprometer a eficácia do conhecimento científico. Muitas vezes as próprias respostas oferecidas pelo paradigma maduro às anomalias desafiadoras acabam por gerar contradições com as premissas do paradigma, acelerando sua superação. Eis que, então, no curso deste encadeamento, um paradigma maduro perde

1. Há uma vasta bibliografia produzida sobre o tema. Por todos, ver *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. Não faremos, neste artigo, uma exposição do pensamento de Thomas Kuhn, nem estamos nos filiando à integralidade do seu pensamento acerca das *revoluções científicas*, o que demandaria adentrar no conceito de racionalidade, o que foge em muito do âmbito do presente artigo. Tampouco se trará a lume o instigante debate travado entre ele e Karl Popper. A referência feita aqui se justifica apenas pela apropriação que faço do conceito de paradigma. As linhas seguintes não retratam, contudo, integralmente o pensamento de um ou outro dos filósofos da ciência.

sua capacidade de explicar e responder aos desafios da realidade e cede lugar a um novo paradigma. É o que faz com que a ciência sobreviva.

Contudo, a superação de paradigmas e, portanto, a sobrevivência da ciência depende do convívio entre cientistas conservadores (para a teoria da ciência, o termo não deve ser tomado numa acepção pejorativa que ora e vez a ele se dá, mas se refere apenas aos cientistas portadores da tradição, conhecedores da importância do acervo do paradigma maduro) e de cientistas inovadores que, não são aqueles portadores da nova verdade, mas sim os que dedicam suas forças para responder às questões desafiadoras ao paradigma maduro, justamente aquelas questões que se colocam insolúveis à luz dos métodos, conceitos, modelos manejados pelo paradigma científico posto. Ao se dedicar a responder às questões desafiadoras, os cientistas inovadores se obrigam a cunhar novas soluções, novas abordagens, novos conceitos, muitas vezes novos ângulos de mirada.² Ao construir um novo paradigma – em certa medida legatário do paradigma maduro anterior, pois dele aproveita o conhecimento acumulado e se serve do desafio das questões irrespondidas – os cientistas inovadores “*salvam a ciência*” de seu desafio epistemológico, tornando-se os “*novos portadores da tradição*”. cremos pois, diferentemente da ruptura paradigmática de Kuhn, que não haja uma luta frontal, uma ruptura de indiferença entre paradigmas *tradicionais* e *inovadores*, mas sim um concurso dialético em que as tensões e contraposições impulsionam o avanço, e a ruptura não se dá em contra, mas em função do pa-

-
2. Wolfgang Stegmüller nos brinda com uma passagem assaz interessante sobre esta relação entre os jovens proponentes dos novos paradigmas e os cientistas tradicionais. Diz ele: “Os proponentes de novos paradigmas são, em geral, pessoas jovens. (...) Compreende-se, pois, por que os jovens se empenham em divulgar os novos paradigmas com fervor quase religioso. E compreende-se igualmente, por que as reações hão de surgir principalmente das gerações mais velhas. Entretanto, seria completamente errôneo ver, nesta oposição, apenas teimosia irracional, intransigência dos velhos, comodismo conservador ou falta de flexibilidade mental por parte dos estudiosos de idade mais avançada. (...). Todavia, a maior dose de racionalidade não está ao lado do advogado do novo paradigma – está ao lado do defensor do paradigma antigo. Não é que a nova teoria resolva os problemas da teoria antiga nem que a nova esteja isenta de problemas. Ao contrário, as dificuldades que se apresentam para a nova teoria são muito maiores, no início, do que a soma dos problemas não solucionados pelo paradigma superado que entrou em fase de crise. Os estudiosos da geração anterior (com base nos seu maior conhecimento e em suas experiências mais amplas) percebem, muito mais facilmente do que os estudiosos da geração nova, o número e o significado das questões que a teoria nova precisará enfrentar.” *A filosofia contemporânea*. São Paulo: EDUSP, 1977. vol. 2, p. 368-369.

radigma maduro. Este não desaparece, não é derrotado. Expurgando-se de suas insuficiências, convola-se no novo paradigma.

Lançamos mão de uma imagem que obviamente não teria sido usada por Tomas Kuhn. A ciência normal era explicada por Kuhn como um enorme quebra-cabeça, de milhões de peças, a cuja montagem se dedicariam diuturnamente os cientistas. Temos hoje que a ciência segue sendo este jogo incessante, mas que, tal como nestes videogames contemporâneos que magnetizam os jovens das gerações chamadas de x, y ou vindouras, a cada estágio em que o quebra-cabeça é montado, salta-se para um novo patamar de complexidade (um novo estágio) e novos desafios são postos, a demandar novas peças e soluções mais inovadoras.³ O conhecimento angariado no estágio anterior é imprescindível, mas ele não é suficiente para enfrentar o novo estágio decorrente em grande medida do surgimento de desafios que a própria superação do estágio anterior criou. Mais do que isso, o paradigma tradicional cumpre um papel importante mesmo durante a construção do novo, pois este surge repleto de contradições e anomalias. O paradigma insurgente será necessariamente incompleto e deverá conviver com o anterior, pois este, malgrado insuficiente diante dos desafios contemporâneos, apresenta-se ainda coerente, já tendo sido testado e se mostrando convincente, ao menos diante das refutações tradicionais.

3. Do acima exposto, extrai-se que a força de um ramo científico está no convívio e permanente tensão entre inovação e tradição.⁴ A inovação não existe isolada, sem referenciar e prestar deferência à tradição, em que ela busca a base e os desafios que promoverão a inovação.

Já a tradição autocentrada leva à morte da ciência enquanto tal. Veja-se que um ramo do conhecimento que se imuniza da inovação, que a rejeita como um desafio inaceitável, pode seguir por anos e anos aparentando ser conhecimento científico. Porém, ao não mais conseguir responder aos desafios que se apresentam, nem rejeitar tais contestações como não científicas (seja porque elas cres-

3. Irresistível dizer que esta imagem reflete, involuntariamente, uma síntese dialética entre o passatempo de uma geração passada (a do autor) com o entretenimento das gerações atuais (os inacreditáveis games digitais), como se conceber um *puzzle* digital de terceira geração não desnaturasse o encanto dos quebra-cabeças tradicionais. Em suma, ao cunhar a imagem, acabei por gerar uma prova da *superação dialética do paradigma maturo do lúdico*. A idade nos lega acervo.

4. Para Kuhn, haveria certa impossibilidade de um diálogo entre a ciência normal e no novo paradigma pois cada qual estaria referenciado a questões e premissas distintas, embora muitas vezes utilizando-se das mesmas categorias, das mesmas expressões conceituais.

cem e se avolumam, seja porque elas vão atingir o cerne do paradigma maduro), a ciência tradicional se necrosa. Sem perceber, ela se converte em outra coisa: em comunidade, em seita, em agremiação. As anomalias (perguntas sem resposta) são sistematicamente descartadas em nome da louvação do conhecimento tradicional. A referência e a reverência ao conhecimento tradicional magnetizam os jovens cientistas. Estes, de forças de inovação, podem se converter em áulicos, preocupados em se superar em medidas e reiterações do conhecimento acumulado. A ciência perde sua principal função, desconecta-se da realidade e torna-se inservível. Neste quadro, não se tem a superação do paradigma científico, mas o perecimento do ramo da ciência.

2. O ATO COMO EIXO EPISTEMOLÓGICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

4. Pode-se perguntar o porquê desta incursão, irresponsavelmente ligeira, pela teoria das ciências num artigo com a ambição singela de analisar o ato administrativo. A razão é simples. O objeto de minha análise é: o ato administrativo, que se constitui não só como um conceito, mas como um vetor de análise fundamental para o paradigma maduro do direito administrativo. Ocorre que os pressupostos (elementos, atributos) do instituto "ato administrativo" demonstram hoje uma enorme incapacidade de responder a questões postas a desafiar o direito administrativo contemporâneo, levando a se discutir a "crise do ato administrativo",⁵ "o ato administrativo perdido"⁶ ou mesmo a "imprestabilidade conceitual do ato administrativo".

Porém, o ato administrativo segue sendo uma realidade jurídica. Com ou sem crise, diariamente os administradores editam milhares de atos administrativos, outra quantidade manancial desafia mandados de segurança, muitos são invalidados, outros prestigiados. Pessoas perdem propriedades, outras o emprego, algumas adquirem direitos, outras os veem restringidos. Tudo em função da edição de atos e atos administrativos. Que crise então seria essa?

5. Ao mencionar sobre a "crise do Direito Administrativo tradicional", Maria João Estorninho assim pondera a respeito do ato administrativo: "Pode-se dizer que um dos sintomas dessa crise foi o fato de o ato administrativo perder a sua 'posição de protagonista' nas relações entre o Estado e os cidadãos, o que significa também, inevitavelmente, a inadequação do próprio sistema de justiça construído em torno desse instrumento de atividade administrativa". *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 93.

6. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2006.

5. Podemos enfrentar o ato administrativo por dois ângulos distintos: como objeto de estudo e como eixo epistemológico do direito administrativo. Na primeira mirada, estamos diante de uma manifestação jurídica, que existe e merece análise. Na segunda, estamos diante de uma noção chave do direito administrativo, da forma de manifestação preferencial da autoridade administrativa, que se impõe de modo a tornar possível a efetivação do poder administrativo e de permitir o seu controle. Como objeto de análise, o ato administrativo desafia o direito administrativo em várias questões conceituais, como, por exemplo, a ideia de discricionariedade confrontada com o dever de motivação e com o dever de proporcionalidade. Como fundamento epistemológico, o ato administrativo (conceito) não responde a várias questões desafiadoras (anomalias), como a sua inserção dentro da atividade administrativa processual,⁷ o papel que joga dentro da crescente contratualidade administrativa,⁸ a relação com os módulos consensuais da administração.⁹

Na verdade, seja como objeto, seja como conceito a noção de ato administrativo está a desafiar uma revisão da literatura. A meu ver, isso não ocorre da imprestabilidade do conhecimento acumulado em torno do tema, mas do fato de que a noção de ato administrativo sofre o impacto de uma série de transformações.

6. Dentro das formulações tradicionais do direito constitucional e da teoria geral do direito, o ato administrativo seria o instrumento de manifestação do poder administrativo, assim como a lei estaria para o poder legislativo e a sentença (ou o acórdão, nos órgãos colegiados) estaria para o poder judicial. Esta visão

7. Por todos ver Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

8. Para aprofundamento no tema, ver: Fernando Dias Menezes de Almeida. *Teoria do Contrato Administrativo: Uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro*. Tese de livre docência, 2011. Ver também o nosso: Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, 2009. v. 107, p. 74-82.

9. Ver: DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação Administrativa Consensual: Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de mestrado, 2010. Ver também Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 3, Belo Horizonte, Fórum, 2003. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo*. ARAGÃO, Alexandre Santos de e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ALFONSO, Luciano Parejo. *Los actos administrativo consensuales en el derecho español*. *Revista de Direito Constitucional & Administrativo*. vol. 13. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

refletia uma apartação nítida de cada poder e uma diversificação funcional entre eles. Mais do que isso, esta concepção exprimia um determinado papel reservado ao indivíduo na atuação de cada poder. No legislativo o indivíduo seria uma força atuante, de modo que teria um papel ativo-indireto, fazendo manifestar sua vontade por meio de seus representantes eleitos. Já na atuação do executivo, o indivíduo teria uma posição mais passiva, podendo eventualmente provocar uma atuação administrativa, mas fundamentalmente sendo objeto do agir administrativo que, balizado pela lei, editaria atos de efeitos concretos (constitutivos ou restritivos de direitos) sobre o indivíduo. Por fim, restaria o Judiciário, em que novamente o indivíduo teria aberta a possibilidade de uma posição ativa, demandando a atuação do Estado, mediante o acionamento da jurisdição sempre que um ato do poder administrativo violasse direito do indivíduo para além ou aquém¹⁰ do que a lei predissesse. Esta fórmula tradicional (pouco importa que meramente conceitual ou sempre desafiada pelas intrusões recíprocas da atuação de um poder em outro) embasa a construção epistemológica do direito administrativo, contribuindo para noção de ato administrativo.

7. Por conseguinte, esta noção se apoia na ideia de autoridade como fonte do ato administrativo. Confere pouca – ou, talvez, nenhuma – importância ao administrado,¹¹ reduzido a sujeito do provimento administrativo, seja como beneficiário, seja como detentor de direitos a sofrer de ablação. Isso nos remete a outra chave epistemológica do direito administrativo, qual seja, a permanente tensão entre o vetor da efetivação da autoridade e dos mecanismos para fazer prevalecer o poder administrativo em contraposição à garantia e à efetivação de direitos fundamentais dos indivíduos, de outro.

De um lado, temos a visão estrutural do direito administrativo, que privilegia o ângulo *ex pars principii*; do outro a visão funcional, com relevo à mirada

10. Reportamo-nos às hipóteses de demandar contra a omissão da Administração na consagração de direitos fundamentais, já aqui pensando numa função mais prestacional do poder administrativo.

11. Não ignoramos a crítica ao uso do termo “administrado” como sinônimo de indivíduo sujeito aos poderes da administração. Elas são plausíveis. Uma, mais semântica, diz que administrado é aquele que é dirigido, gerido, conduzido pelo administrador, o que não seria propriamente correto haja vista que a Administração não conduz totalmente a vida dos cidadãos. Outra crítica, esta funcional, entende que o termo carrega uma conotação excessivamente autoritária, ressaltando a figura extremamente passiva do indivíduo. Porém emprego o vocábulo em algumas passagens justamente para destacar estas duas características: passividade e sujeição autoritária, que a meu ver são inerentes à concepção tradicional de ato administrativo.

ex pars populi. Tomado pelo ângulo estruturalista, o ato administrativo é visto como um instrumento autônomo de manifestação do poder, que se forma, é editado e se executa a partir das premissas internas ao sistema jurídico administrativo, independentemente dos interesses, interferências e injunções do administrado que, em última instância, é causa e destino do próprio ato. Numa vertente funcionalista, o ato administrativo só teria razão de ser a partir da função que exerce em relação à esfera de direitos dos indivíduos; ou seja, como manifestação de poder extroverso, todo ato administrativo afeta a esfera de direitos individuais seja para restringi-los, seja para consagrá-los e, sendo assim, haveria necessariamente que ser tomado também a partir das condicionantes externas do sistema jurídico administrativo.

O problema, que vai nortear em grande medida a análise desenvolvida neste artigo, está em que a teoria do ato administrativo, construída ao longo de mais de um século, talvez pela forte influência positivista que recebe, privilegia sobremaneira a vertente estrutural, interna ao sistema. Temas como a participação dos interessados na formação do ato, o juízo de otimização (proporcionalidade) como condição para a sua validade, a ponderação de interesses públicos envolvidos, sua utilidade para a consagração ou respeito a direitos fundamentais, tudo isso não tem lugar de destaque na teoria tradicional do ato administrativo. Visto pelo ângulo que chamei de estruturalista, interno ao sistema jurídico administrativo, o ato administrativo é entendido como manifestação unilateral da autoridade, o qual deve ser analisado apenas a partir dos requisitos internos de validade (competência, forma, limites legais), sem considerar as interações com os interesses e atores externos ao sistema. É esta a preocupação deste texto.

3. O ATO ADMINISTRATIVO AUTISTA

8. Este ato administrativo, tomado pelo ângulo interno ao sistema jurídico administrativo, tratado pelo vetor da estrutura da administração pública, denominaremos aqui de *ato administrativo autista*. E assim o faremos para ressaltar sua principal característica: um brutal déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico; sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são destinatários e razão de ser da prática destes atos.¹² Esta exacerbação da autonomia do ato adminis-

12. É certo que por recorrer a uma designação que reporta uma disfunção, um déficit de capacidade, a adjetivação poderá ser tomada como uma desqualificação. Corro o risco. Porém nos parece que a imagem é muito adequada para o que quero ressaltar, na medida em que as síndromes genericamente incluídas dentro do que a medicina chama

trativo, que pressupõe que todos os elementos para sua existência, validade e eficácia são encontráveis internamente ao sistema jurídico administrativo, gera uma absoluta indiferença em relação ao meio. Aquilo que num primeiro momento procura imunizar o ato das interferências da política, da economia, da cultura e, para tanto, coloca o administrado na condição de mero espectador e destinatário do ato.

Nesta acepção, o ato administrativo autista poderia ser definido como a *manifestação unilateral da Administração pública, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um comando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade*. À delimitação do que estamos designando de ato administrativo autista, acrescentam-se os chamados atributos do ato, quais sejam: a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade. Todas estas características concorrem para moldar uma visão de ato administrativo que desconsidera em absoluto a condição do administrado.

Como vimos anteriormente, nesta concepção tradicional, os interesses legítimos dos administrados estariam supostamente preservados nas etapas precedentes e subsequentes à edição e efetividade do ato administrativo. Antes, na formação do comando legal que autorizaria a prática do ato e lhe daria os contornos; depois, permitindo o recurso à jurisdição para invalidação do ato que colidisse com estes parâmetros da autorização legal. Admitida, dentro desta concepção, a preservação dos direitos dos indivíduos nas etapas precedente (lei) e consequente (controle judicial), a edição do ato administrativo estaria situada dentro da estrutura da administração, de modo impenetrável e impermeável aos interesses do administrado, o que bem se caracteriza com a fórmula “*manifestação unilateral da administração pública*”.¹³

de Transtorno do Espectro Autista se caracterizam, basicamente, por um déficit de comunicação do indivíduo com o meio circundante, uma dificuldade de socialização caracterizada por uma dificuldade ímpar de travar relações, de estabelecer interações e de responder aos *inputs* do ambiente. O indivíduo autista não consegue interagir com o meio, de tal sorte que não responde aos incentivos externos e muito por isso acaba por ter uma pequena interferência, isolando-se. A incapacidade de comunicação do autista não o torna imperceptível ao meio ambiente, mas o faz desconectado, imune aos impulsos, tolhendo a capacidade de evolução incentivada pela integração. (Cf. Richard Dalton; Marc A. Forman e Neil W. Boris. Transtornos generalizados del desarrollo y psicosis infantil. In: BERHMAN, Richard; KLIEGMAN, Robert e JENSON, Hal. *Tratado de Pediatría*. 17. ed. 2004, p. 93.

13. Cf. Almiro do Couto e Silva, para quem o ato administrativo caracteriza-se como um ato jurídico unilateral. *Notas sobre o conceito de ato administrativo*, p. 280-283.

O ato administrativo autista, tal como estamos a ver, é dependente de uma visão positivista do direito administrativo, pela qual o sistema jurídico seria autônomo a partir da premissa da legalidade e passível de checagem e validação apenas no ambiente da revisão judicial (pautada também ela pelos lindes do direito positivo). Esta concepção, repito, é legatária da fórmula clássica da tripartição de poderes, a qual confere ao sistema jurídico administrativo uma robusta autonomia, entendida aqui como a autossuficiência em relação às condicionantes externas ao sistema jurídico. Os parâmetros para a edição de um ato administrativo válido são aqueles postos *ex ante* pelo próprio sistema jurídico (autorização legal, forma prescrita, competência do agente etc.), sendo irrelevantes os fatores externos ao sistema jurídico administrativo (interesses dos administrados, mínimo sacrifício do direito individual, proporcionalidade, máxima eficácia da função pública etc.).

9. Num texto precioso, ainda inédito, Santiago Montt,¹⁴ expõe duas vertentes do Direito Administrativo: a que denomina de *luz vermelha*, baseada na autonomia ditada pela lei e no controle de legalidade; a outra, chamada de direito administrativo de *luz verde*, baseada na ideia de responsividade, na capacidade de dar respostas às demandas do sistema social, e que é pautada pela eficiência, transparência, probidade, publicidade e participação. No entender de Santiago Montt, o direito administrativo autonomista se pauta numa visão retrospectiva (*backward-looking*), pois é condicionado pelos parâmetros fixados *ex ante* pela lei, enquanto a visão responsiva se norteia por uma visão prospectiva (*forward-looking*), preocupada com a eficiência (otimização) e efetividade (concretude) dos resultados do provimento administrativo.

Pois bem, a concepção tradicional do ato administrativo (autista, agregáramos) é a manifestação talvez mais acabada da vertente *luz vermelha* do direito administrativo. Ela se afirma por uma dependência estrita ao conceito de legalidade (fonte e parâmetro para edição do ato) que, apesar de sua origem inegavelmente garantista, protetiva do indivíduo,¹⁵ confere uma ampla margem

14. Refirimo-nos ao texto *Autonomia y responsividade: dos expresiones de la vocación justificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales*, a ser publicado em livro em homenagem a Gaspar Ariño Ortiz, no prelo.

15. É discutível a associação que muita vez se faz entre o surgimento do direito administrativo e a contensão do poder. É fato que o direito administrativo é parte do esforço para contensão do poder, fruto da emergência do Estado de Direito. Porém, não podemos olvidar de que o surgimento do direito administrativo atende também à necessidade de viabilização e efetivação do poder, num quadro de afirmação do Estado Moderno, edificado sobre os escombros da fragmentação típica do período medieval. Assim, temos

de autonomia para a Administração intervir na esfera de direitos dos indivíduos, sem franquear a estes indivíduos a possibilidade de intervir e interferir na formação do ato, e sem obrigar a Administração a sopesar, de forma transparente, as diversas alternativas de ação, para selecionar aquela que reúna as melhores condições de efetividade com o menor sacrifício de direitos.

10. Pois vejamos cada um dos elementos da visão tradicional do ato administrativo, demonstrando como se afirma seu caráter autista.

10.1 Primeiro, a concepção do ato administrativo como manifestação unilateral da administração pública. O caráter da unilateralidade serve não apenas para apartar ato jurídico dos negócios jurídicos de que participa a administração (os contratos administrativos, embora nestes haja também manifestações de poder extroverso). Serve, outrossim, para ressaltar que, na edição do ato administrativo, não caberia a participação dos administrados. Dentro das balizas definidas na lei, o administrador é autônomo para ponderar os fatos, selecionar a providência e editar o ato, sem necessidade mesmo de auscultar os potenciais interessados. A unilateralidade, na concepção do ato administrativo autista, serve para demonstrar não apenas a desnecessidade de manifestação do particular para validade do ato (o que se põe imprescindível no contrato), mas também para indicar que a edição do ato seria infensa à intervenção do administrado, tomada exclusivamente como manifestação da autoridade, em prol do interesse público.

10.2 A segunda manifestação desta autonomia do ato administrativo encontra eco na fórmula do ato praticado pelo agente competente no cumprimento do estrito comando legal. Trata-se da fórmula clássica da sujeição da Administração Pública à *rule of Law*, à *legalité*, ao *Rechtsstaatlichkeit*. Formulação que, vimos, está na base da própria construção do Direito Administrativo e que se revela na conferência de um poder limitado e condicionado pelo Direito. Pois a questão que se põe aqui diz com a efetiva capacidade do Direito oferecer parâmetros claros e estritos para exercício do poder administrativo num contexto de crescente complexidade das demandas por ação administrativa e de ampliação brutal dos campos de manifestação da função administrativa.

Não se está a dizer que os tempos atuais consagram o arbítrio, o exercício desmedido do poder extroverso estatal. Aqui ou acolá isso pode ocorrer. Mas

que o Direito Administrativo se equilibra permanentemente entre o vetor da efetivação e o vetor da limitação do poder, oscilando no predomínio de um ou outro. Para um aprofundamento do tema, ver nosso *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

não como regra. Porém, temos que concordar que a lei, como instrumento de conferência precisa de comandos e limites para exercício da função administrativa é, crescentemente, insuficiente. Isso porque, quanto mais complexos são os provimentos que se demanda da Administração Pública, mais e mais são editados comandos legais dúcteis, pouco precisos, dependentes de preenchimento hermenêutico ou de manifestações discricionárias. Mais ainda, a imprecisão do comando legal acaba por atingir até mesmo a determinação do campo da competência administrativa (que, para a doutrina, fora sempre vista como um campo impassível de discricionariedade, vinculante de determinação do agente legitimado para a prática do ato), como dão mostras a criação de entidades especializadas com subtração dos poderes hierárquicos e a sobreposição de competências entre órgãos e agentes de uma mesma esfera da Administração. Assim, a condicionante do exercício autônomo da competência para edição de atos administrativos a partir da *backward-looking*, da visão referenciada exclusivamente na autorização legal precedente, mostra-se insuficiente, seja para sustentar a integridade institucional do sistema, seja para assegurar a legitimação do agir administrativo.

10.3 O terceiro elemento desta concepção autista do ato administrativo é o que diz com o controle judicial restrito aos aspectos formais, ao cotejo entre ato e os comandos legais autorizantes. A fórmula que completaria aquela premissa autônoma do ato praticado consoante estrita autorização e delimitação legal, verdadeira válvula de fechamento, garantia da integralidade e da autonomia do sistema jurídico administrativo, estaria na possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário exclusivamente tendo em conta a coerência interna ao sistema (aderência às premissas formais e finalísticas postas na lei). O indivíduo poderia retomar sua intervenção, obstada na fase de edição e efetivação do ato administrativo, acionando o controle judicial, apenas para proceder à checagem de aderência do ato à autorização, à premissa legal que o dá suporte.

Ou seja, o controle judicial do ato administrativo seria, nesta visão, um controle duplamente *backward-looking*: retrospectivo porque só possível após a edição do ato e também retrospectivo porque só admissível à luz de um parâmetro (lei) ainda mais anterior. Ao juiz só seria dado conferir a validade do ato à luz de um comando legal precedente à prática do ato. Ou seja, o controle estaria cingido ao plano da validade, só seria acionado após o ato existente (e não durante o percurso para sua edição – existência) e não poderia adentrar no plano da eficácia, em nenhuma das vertentes de apreciação (necessidade, adequabilidade, intensidade e ponderação de consequências). Aqui também, veremos, a funcionalidade do sistema será posta a prova na medida em que a abertura do comando legal, sua ductibilidade, imprecisão e generalidade acabarão por ense-

jar também uma abertura do controle, dando margens não apenas a um controle voltado à verificar a coerência do ato com o sistema (visão retrospectiva, *vis-à-vis* um comando legal), mas dando abertura a um controle de resultados, de perfil consequencialista. Um controle de corte responsivo.¹⁶

11. Contudo, o corte marcadamente autista da concepção tradicional do ato administrativo é revelado por aquilo que a doutrina convencionou chamar de atributos: a presunção de legitimidade e veracidade; a imperatividade; a exigibilidade e a autoexecutoriedade. Nestes aspectos, ressalta com maior clareza a total autossuficiência que a doutrina tradicional atribui ao ato administrativo, justamente aquilo que lhe confere o caráter autista.

Como emanção da autoridade estatal (limitada e determinada pela lei, supõe-se) o ato administrativo deveria ser, na concepção autista, uma manifestação incontestável do poder extroverso estatal. Obstar sua plena efetividade, nesta concepção, seria o mesmo que obstar a autoridade e, por via de consequência, tolher o comando legal. Quando se fala destes atributos, o sujeito oculto de tais atribuições é o indivíduo, o administrado. Presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade somente fazem sentido se admitimos uma efetivação conflituosa do ato administrativo.

E a suposição faz todo sentido. Como exercício da autoridade estatal, é de se supor que os efeitos de um ato administrativo colham sempre, desigualmente, a esfera de direitos de administrados. Sempre haverá direitos individuais ou coletivos tolhidos ou constrangidos (condicionados ou sacrificados),¹⁷ pois o poder extroverso estatal se exerce sobre os direitos individuais.¹⁸ O ato adminis-

16. Para um aprofundamento da ideia de responsividade, ver Philippe Nonet & Philip Selznik. *Law and society in transition: toward responsive law*. New York: Harper & Row, 1978.

17. Sobre o tema, ver o texto seminal de Carlos Ari Sundfeld: Condicionamentos e sacrifícios de direitos. *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 4, p. 79-83,

18. É clássica neste sentido a lição de Giannini: "Ma qui, in realtà, vi è qualcosa di più; che quando l' amministrazione pubblica agisce come autorità, non può non comprimere, ridurre, estinguere situazioni soggettive di privati; tali oggetti dell' agire amministrativo non sono volontari: non è che l'amministrazione può volerli o non volerli. Sono effetti necessari (fatali, si è detto talora metaforicamente): autorità significa incidenza necessaria in situazioni soggettive del privato. Se, usando quelle sintesi verbali che sono proprie delle scienze filosofiche e sociologiche, conveniamo di chiamare 'libertà' le situazioni soggettive attive e di vantaggio del privato (in realtà nel linguaggio giuridico 'libertà' há, como si è visto, un valore più ristretto) possiamo anche dire che l'esercizio dell' autorità riduce necessariamente le libertà, e che recedendo l'autorità la libertà si riespande nelle aree che aveva perduto. Si può dunque esser d'accordo con i sociologi

trativo autista seria sempre a emanção deste poder extroverso. Se assim é, sempre haverá “*perdedores e vencedores*” com a sua edição. Sim, porque ao interferir na esfera de direitos dos administrados, o ato administrativo produzirá efeitos desiguais em relação a cada um.

Perdedores serão os que terão direitos individuais colhidos desfavoravelmente pelo ato (o expropriado na declaração de utilidade pública, o proprietário do bem serviente na servidão administrativa, o lindeiro ao imóvel que obtém licença para construir acima do coeficiente de aproveitamento básico, o comerciante que vê cassado seu alvará de funcionamento, o dono da obra embargada). *Vencedores*, por óbvio, serão os administrados beneficiários diretos ou indiretos do ato (os vizinhos de um bem objeto de tombamento ambiental, os usuários da praça a ser construída no bem desapropriado, os usuários do serviço público ensejador da servidão, os munícipes que desfrutarão da conformidade urbanística preservada pelo embargo de construções desconformes).

Para o que aqui interessa, tenhamos assentado que a prática de qualquer ato administrativo traz efeitos desiguais na esfera de direitos dos indivíduos. Logo, naquilo que sejam efeitos negativos, a efetivação do ato trará resistência por parte dos detentores de direitos contrastados com o ato.

12. O que os atributos próprios ao ato administrativo autista fazem é justamente evitar que a contraposição destes direitos individuais ou coletivos possa obstar a efetivação daquele. Confere-se ao ato um caráter de incontestabilidade em face dos direitos dos administrados, os quais ele irá condicionar ou sacrificar. Legitimidade e veracidade presumidas, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade são manifestações de um mesmo fenômeno: a autonomia do ato administrativo, de sua auto-suficiência em relação ao indivíduo.¹⁹ Todos estes atributos indicam que a eficácia do ato prescinde do concurso de outro poder externo ao sistema jurídico administrativo e que, em relação ao ato administrativo ocorre, digamos assim, uma “*inversão do ônus de iniciativa de provocar a jurisdição*”. Enquanto a eficácia do ato jurídico no direito civil em última instância (caso de pretensão resistida) depende do recurso à jurisdição, o ato administrativo, nesta visão tradicional, não pode ter sua execução resistida, não é oponível pelo direito do administrado. A oposição deste só poderá ter lugar em sede da resistência jurisdicional e nos limites admitidos para tal controle.

allorché esse individuano, nell'autorità e nella libertà due momenti di un processo dialettico continuo”. *Diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1970. vol. 1, p. 535.

19. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 148.

12.1 Essa inversão de ônus resulta clara nos atributos da presunção de veracidade e legitimidade²⁰ (ou de legalidade) do ato, segundo a qual a edição de um ato administrativo presume que seus pressupostos fáticos e seu fundamento jurídico sejam existentes e suficientes a lastrear a sua prática. Parte da doutrina, com exceções dignas de nota,²¹ entende que tal presunção se prolonga até mesmo quando questionado o ato em juízo, ensejando um ônus para o administrado demonstrar que os fundamentos invocados para a prática do ato não estão presentes.²² Note-se que tal presunção é a manifestação pura do caráter autista do ato administrativo na medida em que ela prolonga a imunidade do questionamento dos pressupostos de edição do ato para além de sua edição, tornando-o indiferente ao questionamento do interessado, mesmo em sede de questionamento judicial: invocada a jurisdição, a Administração não teria desde logo que explicar seus pressupostos, expondo-os ao escrutínio da autoridade judicial, só o fazendo se o interessado lograsse demonstrar falseamento destes tais pressupostos, ainda que isso implique na *improvável prova negativa de fato ou ato*.

Toda esta construção do paradigma maduro de direito administrativo aponta para um ato administrativo autista que entra em choque com desafios contemporâneos. A partir da submissão da atuação administrativa ao princípio da motivação e da teoria dos motivos determinantes (respostas dadas ainda no

20. Sobre este tema, inclusive demonstrando a inviabilidade destes elementos no direito administrativo atual, ver o estudo de Demian Guedes. A presunção de veracidade e o estado democrático de direito. In: AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de; ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 241 e ss.

21. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, salvo expressa disposição legal, a presunção de legitimidade existe apenas até o questionamento judicial do correspondente ato administrativo. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo, Malheiros, 2008. p. 411. Nesse sentido, posiciona-se Lúcia Valle Figueiredo: "(...) a presunção [de legalidade] se inverte quando os atos forem questionados em juízo ou, diríamos nós, também fora dele, quando contestados administrativamente. Caberá à Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado". *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 191.

22. Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 158. Nesse sentido, posiciona-se, também, Maria Sylvia Zanella Di Pietro com relação à presunção de legitimidade dos atos administrativos. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo, Atlas, 2009. p. 199.

âmbito do paradigma maduro, mas que desafiam seus próprios pressupostos), começa-se a questionar a viabilidade de tais presunções. Como combinar a presunção de legitimidade e de veracidade com o dever do administrador, prévia ou concomitantemente à prática do ato (portador da suposta presunção), expor suas premissas de fato e de direito, sujeitando tal motivação ao escrutínio do juízo em sede de questionamento pelo interessado? Como combinar estas presunções com os deveres de transparência e publicidade impostos pela Constituição? Embora esta manifestação do paradigma maduro ainda continue sendo manejada na doutrina e, embora incrível, na jurisprudência predominante,²³ tal fórmula de efetivação do ato administrativo autista já não consegue responder aos desafios das questões mais hodiernas.

12.2 O mesmo se passa com os atributos da imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade. Tratam-se, todos esses, de manifestações da primazia do poder extroverso, justificada pela presumida supremacia do interesse público.²⁴

23. Note-se no acórdão 2006.72.00.008083-1, TRF-4.^a Reg., rel. Maria Lúcia Luz Leiria: “Preliminar – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Preliminar rejeitada. Ação ordinária – Pleito que almeja a anulação de multa de trânsito – Inadmissibilidade – Presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, confirmada pelo acervo probatório dos autos – Ação julgada improcedente – Sentença mantida – Recurso improvido” (TJSP, Ap c/ Rev 7144075700/SP, 6.^a Câ. Dir. Público, j. 20.10.2008, rel. Des. Leme de Campos, DJ 29.10.2008). E também: “Dano ao erário. Reparação. Ato administrativo. Presunção de legitimidade. Prova em contrário. Ônus. 1. O ato administrativo é dotado de atributos, que lhe são peculiares, tais como, a presunção de legitimidade e de veracidade, porque se presume legal a atividade administrativa, por conta da inteira submissão ao princípio da legalidade. 2. A consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem o invoca”.

24. Esta tal supremacia do interesse público é um dos eixos centrais do paradigma maduro do direito administrativo e talvez aquela que mais tem sido confrontada com questões desafiantes. Não cabe no espaço deste texto adentrar na discussão, já longa e encarniçada, sobre a validade ou permanência de tal supremacia como princípio estruturante do direito administrativo. Sobre isso já existe suficiente literatura. Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 24. São Paulo: RT, 1998; SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; JUSTEN FILHO, Marçal, O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Em sentido contrário e em defesa da supremacia do interesse público, em clara demonstra-

Desnecessário para os propósitos deste texto separar cada um destes três atributos, apresentando a aceção que a doutrina confere a cada qual.²⁵ Porém, é

ção da polêmica em torno deste princípio na pauta de debates do Direito Administrativo brasileiro, cf. Fábio Medina Osório. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*. vol. 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr.-jun. 2000; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. É fora de dúvida, contudo, que tal supremacia reforça o caráter autônomo do direito administrativo, na medida em que coloca dentro do sistema jurídico administrativo, dentro das atribuições do agente competente, a prerrogativa autônoma e exclusiva de dizer o que vem a ser o interesse público, imunizando tal identificação do conflito entre distintos interesses públicos que se embatem em torno do provimento administrativo. Outrossim, reforça esta autonomia e afasta da responsividade na medida em que reveste a ação da Administração de uma prevalência e incontrastabilidade antes aos direitos do administrado. A ninguém pode ocorrer que haja outra justificativa para a existência e a manifestação do poder extroverso estatal que não seja a efetivação de direitos transindividuais, que colham parcelas relevantes da sociedade, que correspondam a alguma aceção de interesse público. Alguns podem identificar nestes objetivos a consagração de direitos fundamentais, por pressupor que estes interesses tutelados pela Administração Pública devem, antes, ter sido objeto de uma consagração pelo texto constitucional como um direito fundamental (como faz Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 58 e ss.). Outros, como fizemos em oportunidade anterior, com a arbitragem de interesses públicos e a tutela de hipossuficiências (*Regulação estatal e interesses públicos cit.*, p. 176 e ss.). Porém, ninguém sustentaria que a reserva de poder extroverso ao Estado se presta a perseguir a consagração de interesses particularísticos ou privados de qualquer grupo social. O que se põe em cheque no paradigma maduro do direito administrativo é a sustentabilidade de se edificar todo o sistema jurídico a partir de uma ideia a um só tempo absoluta e vazia. Absoluta porque baseada na noção de supremacia, algo inconstatável e inquestionável, inoponível pelo indivíduo. Vazia porque, assim posta, a noção de *interesse público* se mostra vaga, suscetível dos mais diversos preenchimentos ao gosto da autoridade. Note-se que se trata aqui de uma crítica epistemológica, e não, insista-se, ontológica. Não se trata de dizer que a Administração possa perseguir outro interesse que não o comum, de toda gente, transcendente do interesse individual. Trata-se de dizer que a fórmula *supremacia do interesse público* se põe insuficiente para enfrentar os desafios da Administração Pública contemporânea, mais e mais deparada com a difícil tarefa de arbitrar interesses transindividuais (merecedores da chancela público) e frequentemente desafiada a interagir com os sistemas econômicos, sociais, políticos, culturais em conflitos crescentemente complexos. Mas isso será tema de outro texto, por escrever.

25. Para uma referência didática e completa, ver Edmir Netto de Araújo. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 477-478; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 197 e ss.

fato que eles consubstanciam a visão de que, editado o ato, ele se impõe sobre os interesses dos particulares, podendo-os de pronto limitá-los ou sacrificá-los (imperatividade), a ponto de que a resistência pelos administrados possa ensejar ou consequências sancionatórias (exigibilidade) ou o uso dos próprios meios da Administração (autoexecutoriedade) para lhes dar efetividade.

Note-se que estes três atributos vão muito além de dizer que a eficácia do ato administrativo independe da concordância do administrado afetado. Antevem que, para além de prescindir da concordância, não lhes cabe resistir ao conteúdo do ato, restando apenas recorrer à jurisdição para combater eventual desconformidade formal ou finalística do ato em face da premissa legal. Estes atributos são reflexos mais bem acabados, como se disse, do princípio da supremacia do interesse público, que se constitui como eixo central do paradigma maduro do direito administrativo. Como presumidamente a edição do ato administrativo se presta à consecução do interesse público e como este é inoponível, porquanto sempre superior e primaz, qualquer óbice à efetivação do ato administrativo seria um desafio ao interesse público oposto por um interesse necessariamente menor (os interesses privados). Como a parte (o indivíduo) não pode se opor ao todo (o interesse público), coube dotar o ato, veículo deste interesse maior, de condições de efetividade que independessem dos interesses privados confrontantes.

Assim, os atributos de efetividade autônoma do ato administrativo (imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade) nada mais são do que reflexos do autismo do ato administrativo próprio ao paradigma maduro do direito administrativo. São manifestações de sua indiferença, de sua absoluta falta de comunicação com os interesses externos ao sistema jurídico administrativo. Este sistema não admite outra forma de se relacionar com os interesses externos a ele que não seja a subordinação, pois sua autonomia pressupõe impermeabilidade dos interesses dos administrados. Estes não apenas não podem participar da formação do ato administrativo autista, pois isso supostamente poderia contaminar a consagração do interesse público²⁶ (algo concebido necessariamente

26. Ilustro com uma nota da prática do direito administrativo. Todos que lidam com a Administração Pública sabem que não é incomum o agente público se esquivar de receber, ouvir ou mesmo considerar o direito de petição do administrado no curso da edição de um ato administrativo sob o argumento de que a interação com o interessado poderia contaminar a consecução do interesse público, não obstante o dever de processualidade consagrado na Constituição. Certo é que há nesta postura, assaz comum, um tanto de autoproteção do administrador público (em virtude do mito difundido pelas instâncias de controle de que interagir com o administrado é o passe rápido para

como apartado, distinto e independente dos interesses privados), como também não podem a ele se integrar após sua edição, oferecendo limites e contornos para a eficácia do ato.

13. Como resultado destas formulações tem-se que o ato administrativo autista se torna uma manifestação do poder autoritário (v.g., centrado na figura da autoridade). Ao se construir predominantemente apoiada na ideia de autonomia (*rectius*, indiferença) do sistema jurídico administrativo, esta concepção passa a depender exclusivamente da autoridade do agente público. Ao portador da autorização para manejar o poder extroverso nas situações concretas (detentor da competência) é confiada exclusivamente a prerrogativa de (i) interpretar uma ordem jurídica composta por comandos legais dúcteis e abertos, retirando dela a autorização para agir; (ii) interpretar os fatos, selecionando-os e avaliando-os, retirando deles o suporte fático justificador do ato; (iii) identificar qual o interesse público a ser consagrado; (iv) eleger a espécie, a forma, e a intensidade do ato a adotar; e (v) cuidar de dar eficácia ao ato praticado. Tudo isso, no ato administrativo autista, é feito no âmbito interno ao sistema jurídico administrativo, quase sem comunicação com os interesses dos administrados (que são *interpretados* genérica e difusamente na avaliação do interesse público) e sem preocupação com os impactos que a prática do ato terá nos sistemas econômico, social, cultural etc. Num quadro em que estes sistemas adquirem crescente relevância e em que as provocações por provimentos de parte do sistema jurídico administrativo crescem e se tornam mais e mais complexos, veremos se avolumarem questões desafiadoras, predicando um momento de transição de paradigmas.

4. VETORES DE TRANSFORMAÇÃO PARADIGMÁTICA

14. É fato que este paradigma tradicional enfrenta desafios crescentes. Relembro que, no processo natural da evolução da ciência, as respostas que um

a improbidade) e outro tanto de teoria da inércia (pois esta interação tira o agente público da zona de conforto, já que o contraditório é sempre trabalhoso). Todavia, mais do que decorrência do instinto de autoproteção e do direito à maximização do ócio, esta postura reflete uma concepção forte no direito administrativo de que haveria uma apartação clara entre o interesse público (que cabe a autoridade competente consagrar mediante a edição de um ato administrativo) e o interesse do particular interessado (que seria movido, supõe-se, apenas por individualismo e cupidez). Tal situação, infelizmente comum, nada mais é do que uma manifestação sintomática do autismo a que fazemos alusão.

paradigma maduro vai oferecendo às questões desafiadoras que não consegue descartar vão gerando novas e maiores questões, fruto da própria capacidade inovadora das anteriores respostas encontradas. Muitas vezes os portadores da tradição procuram refutar o caráter desafiador das chamadas anomalias, demonstrando ou que a ciência madura consegue lhes oferecer respostas, ou que as questões não são propriamente novas. Porém, como procurei demonstrar na rápida incursão inicial pelo pensamento de Thomas Kuhn, a evolução da ciência não é linear, nem existe data e hora para a superação de um paradigma.

Digo isso para retornar ao tema do ato administrativo autista (tomado aqui como manifestação saliente do paradigma tradicional de direito administrativo). Ao mesmo tempo em que esta noção de ato administrativo, que chamamos de autista, baseada na ideia de autonomia do sistema jurídico administrativo, segue sendo considerada nas provas de concursos públicos, reiteradas em manuais, repercutindo na jurisprudência prevalecente (que diuturnamente lança mão dos elementos ou dos atributos tradicionais do ato administrativo para fulminar questionamentos dos particulares), ela já não consegue responder a algumas questões desafiadoras colocadas pelo próprio direito administrativo.

A crescente demanda de sujeição do ato administrativo a princípios como a proporcionalidade, ao já aludido dever de motivação ampla e concomitante à prática do ato; a submissão da administração à processualidade administrativa, aos deveres de transparência, somada aos desafios da participação popular na Administração, à crescente pressão pelo controle judicial do antes insindicável mérito administrativo, à relativização da autoexecutoriedade a situações previstas expressamente em lei, à contraposição da imperatividade ao princípio da confiança legítima, aos questionamentos apoiados nos módulos consensuais na atividade administrativa, enfim a várias questões postas seja pela própria ciência madura, seja pelos desafios apresentados desde fora dela (por outros ramos do direito, pelas demandas políticas, pelo fortalecimento da sociedade, pelas condicionantes econômicas, pelo sistema judicial), a nosso ver dão mostras de um período de transição a um novo paradigma.

16. Neste processo de superação da concepção autista do ato administrativo, cremos que se pode vislumbrar três vetores que apontam para a sua superação, deixando entrever que a reconfiguração do ato administrativo indica, a seu tempo, também algumas trilhas da própria reconfiguração epistemológica do direito administrativo.

15. O primeiro vetor é a *processualidade administrativa* que tem lugar a partir da consagração na Constituição de 1988 (art. 5.º, LV) do direito ao processo administrativo como um direito fundamental do cidadão. Mais do que assegurar este direito (que poderia já ser considerado como existente e protegido no

regime constitucional anterior), a prescrição constitucional acabou por ter um efeito colateral que se revelou ainda mais importante. Ao lançar mão da fórmula “*litigantes em processo administrativo*” o texto da Constituição acabou por consagrar que a atividade administrativa, o exercício da função administrativa, não é atividade que se realize isolada dos interesses e pretensões dos administrados. Se a Carta admite a existência de litigantes em processo administrativo (é dizer, em processos vocacionados à edição de um ato administrativo), é porque pressupõe haver pretensão resistida (lide, conflito, antagonismo) no processo de produção do ato. Logo, seja ontologicamente, seja operativamente, a edição de atos administrativos não pode ser concebida mais de forma autista, infensa à participação e à consideração dos diversos interesses envolvidos. Para além das consequências diretas da sujeição da atividade administrativa ao processo (participação dos interessados, contraditório, direito a aduzir suas razões e produzir provas, direito a uma manifestação de outra autoridade no curso do manejo recursal), tem-se que a prescrição constitucional cria um dever em si para a Administração Pública de conduzir a prática dos atos administrativos em permanente comunicação com os setores potencialmente atingidos, de forma positiva ou negativa, pelo ato a ser praticado ao fim do processo necessário.

Isso é, em si, uma revolução para a qual o direito administrativo tradicional ainda não atentou totalmente.²⁷ Sob o pálio do direito fundamental ao processo administrativo (é disso que se trata, pois inserido no núcleo pétreo do rol de direitos fundamentais do cidadão), o ato administrativo deverá ser, em regra, o resultado necessário de um processo administrativo. Note-se que o que se extrai do art. 5.º, LV, da CF/1988, não é apenas uma restrição à prerrogativa da Administração em editar atos administrativos de forma unilateral e autoritária. Se fosse assim, teríamos a permanência do ato administrativo autista apenas interditado quando, a contragosto, o administrador tivesse que admitir a participação de um interessado, colocando então a prática do ato dentro do processo administrativo. O sentido que extraímos da prescrição constitucional vai muito

27. Mais uma vez com as ressalvas de praxe. Alguns doutrinadores já destacavam a importância da administração processual. Cf. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008; e ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid, Civitas, 2004. vol. 2. Cf. também Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. (orgs.). *Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial*. Salvador: Editora Podium, 2007; e Carlos Ari Sundfeld. *Processo e procedimento administrativo*. In: *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

além. Ao nosso ver, ela *obriga que todo ato seja praticado no ambiente da processualidade*. Estabelece um dever para a Administração de promover e facilitar a participação processual dos interessados. Isso se verifica, por exemplo, no dever de promover audiências e consultas públicas para a edição de certos atos, independentemente de solicitação prévia por parte de interessados.

Colocada a prerrogativa da Administração em editar atos administrativos dentro da processualidade, três são as consequências, todas a confrontar o ato administrativo autista.

16.1 Primeiro, o percurso de edição do ato administrativo torna-se *permeável aos interesses dos administrados* potencialmente colhidos pelos seus efeitos. Ser permeável não significa que a edição do ato seja capturada, tornada caudatária destes interesses. Significa que todos os diversos ângulos de mirada, todas as contraposições e os conflitos deverão ser conhecidos e considerados. O sistema jurídico administrativo se torna permeável aos demais sistemas e aberto ao ambiente em que se insere.

16.2 Segundo, porque dentro da processualidade, o agir administrativo (para o que aqui se trata, a edição do ato administrativo) não poderá ser referenciado apenas nas balizas editadas *ex ante* (fundamento legal), tornando-se necessário também a consideração do *olhar prospectivo* (*forward-looking*), mediante ponderação de impactos, comparação de alternativas, fundamentação da melhor escolha, juízos de ponderação. Em suma, o ato administrativo tomado no ambiente processual tende a se pautar por uma maior responsividade.

16.3 Por fim, o mais óbvio. Neste contexto, não há como se preservar a unilateralidade como pressuposto da prática do ato administrativo. Não que se diga, repita-se, que o ato administrativo estará convolado em negócio jurídico bilateral ou que a Administração possa renunciar ao manejo ponderado do poder extroverso. Porém, no ambiente da processualidade, *as posições conflitantes têm de ser consideradas* (v.g., levadas em conta inclusive para fins de fundamentação) no momento de produção do ato (ou seja, no curso do necessário processo administrativo). Emerge o que poderíamos chamar de unilateralidade reflexiva, em que o exercício da autoridade não se desvanece, mas se sofisticada, perdendo o seu viés autoritário.

17. O segundo vetor é a introdução da *consensualidade* como mecanismo a que recorre a Administração Pública para obter maior efetividade no exercício de suas funções. Trata-se aqui da percepção pela Administração de que sua atuação, em alguns setores, pode se tornar mais efetiva e proveitosa se construir espaços de consensualidade com os segmentos envolvidos. A busca por mecanismos de articulação consensual já existia há muito tempo nas funções

de fomento. Mas, ditada pela crescente complexidade da atuação da administração em alguns segmentos econômicos, passa a ingressar também na função de polícia, campo de manifestação predominante do ato administrativo autista. É o que ocorre, por exemplo, no exercício do poder de polícia sobre atividades econômicas (regulação, antitruste), na polícia ambiental ou mesmo na polícia de pesos e medidas (com as negociações de planos setoriais para introdução de novas métricas, padrões ou especificações numa dada indústria).²⁸

Evidentemente, a inflexão das funções administrativas a uma maior consensualidade afronta a lógica do ato administrativo autista. Note-se que, muitas vezes, embora construídas sob o pálio da consensualidade, as medidas de polícia são tomadas mediante atos, concretos ou normativos. Manejar módulos consensuais não implica em dizer que estejamos a substituir o ato administrativo pelo contrato. O que se altera é a forma de construção e de edição do ato administrativo, que passa a ser, nestes contextos, não apenas com a participação dos interessados, mas a partir da verificação de possibilidades e aproximações de interesses.

Os atos administrativos praticados no ambiente consensual, por sua vez, prescindem do manejo daqueles atributos que são próprios ao ato administrativo autista. A veracidade e a legitimidade do ato não precisam ser presumidas, pois no processo de formação do consenso elas são construídas e reconhecidas pelos envolvidos, o que torna mais fácil sua absorção pelo sistema social e judicial. Por conseguinte, o manejo autoritário dos atributos da imperatividade, coercitividade e autoexecutoriedade perdem relevância, pois a fonte de efetividade do ato originado na consensualidade é o convencimento recíproco dos envolvidos quanto à aceitabilidade, adequação e aceitabilidade do ato. O poder extroverso remanesce apto a manejar estes instrumentos de autoridade para colher algum comportamento renitente, visto que o consenso não implica necessariamente em unanimidade, sempre podendo remanescer as franjas de dissenso.

18. O último, nem por isso menos importante vetor é o que poderíamos chamar de *controle ampliado da Administração Pública*, o que em si justifica não

28. É nessa linha que se colocam os seguintes mecanismos consensuais: os termos de compromisso de cessação no Direito Antitruste (art. 53, da Lei 8.884/1994), os termos de compromisso na Comissão de Valores Mobiliários (art. 11, §5.º, da Lei 6.385/1976), os termos de compromisso de ajuste de conduta na Agência Nacional de Energia Elétrica (Resolução ANEEL 333/2008) e os compromissos de ajuste de conduta da lei da ação civil pública (art. 5.º, §6.º, da Lei 7.347/1985).

um, mas vários novos estudos.²⁹ Por diversas razões, que vão desde a amplitude da cláusula de inafastabilidade do controle judicial posta na nossa Constituição (art. 5,º, XXXV), seja pela incorporação no paradigma maduro do direito administrativo de princípios que remetem a uma maior controlabilidade (como a moralidade, eficiência, motivação, proporcionalidade, entre outros), seja ainda como uma reação para as maiores margens de discricionariedade aferidas pela Administração em virtude da lassidão e generalidade dos comandos legais, referidas acima, o fato é que o ato administrativo é hoje submetido a uma multiplicidade de controles. Estes controles já não se atêm à verificação de aderência do ato à premissa legal. O fato é que todas estas respostas não dadas pelo paradigma maduro são desafiadas por questões novas. Mas as respostas a essas questões levam a maiores e mais difíceis desafios, apontando para aquela dinâmica própria ao avanço da ciência, visto no início deste artigo.

Na medida em que o ato administrativo pode ser confrontado no âmbito do controle judicial, legislativo ou de contas,³⁰ a partir de crivos mais abertos que a conformação da legalidade estrita, passa a ser imperativo que a sua prática comece a se acautelar com o adequado levantamento dos pressupostos fáticos e jurídicos (motivação) e a tomar em consideração juízos consequenciais, testes de aplicação, verificações de impactos. Sob pena de um ato editado sem estes cuidados. A própria validade do ato deve ser desafiada nos espaços de controle amplo, logo, o ato administrativo é obrigado a perder seu caráter isolado e autossuficiente, adotando um viés mais responsivo (preocupado com sopesar efeitos, ponderar resultados). Esta necessidade também desafia a permanência do ato administrativo autista.

5. CONCLUSÃO

19. O que intentou-se neste texto não foi decretar a morte do ato administrativo ou o fim do paradigma maduro do direito administrativo, que tem neste ato um eixo epistemológico central.

Pretendeu-se destacar que o paradigma tradicional do direito administrativo é constantemente desafiado por novas e mais complexas questões para as

29. Ver, sem esgotar o tema, o nosso *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização pública brasileira*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

30. Embora em nosso sistema constitucional os Tribunais de Contas estejam situados no âmbito do poder legislativo, separamos as duas dimensões de controle por entender que seus métodos, pressupostos e objetivos são distintos.

quais suas respostas ou são insuficientes, ou acabam por ensejar novos desafios. Isso é patente quando analisamos o ato administrativo. Na sua versão tradicional, legatária da autonomia do sistema jurídico administrativo (e do direito administrativo tradicional como seu consectário), o ato administrativo assume uma configuração autista, pois que centrada na autoridade e imune à comunicação com os interesses dos administrados. Esta versão está posta, do ponto de vista teórico, à prova.

Não estamos diante de crise terminal do direito administrativo. Longe disso. Ousamos dizer que, como ramo do conhecimento jurídico, o direito administrativo cresce de importância e prestígio. Porém, ao fazê-lo, ele passa a se contaminar (positivamente) das decorrências dos novos desafios que enfrenta. Esses vão contribuir para sua nova configuração. É assim que a ciência progride.