

DIREITO ADMINISTRATIVO E INOVAÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA.*

Sumário: I – Introdução. II – O que pode ser a inovação no Direito Administrativo brasileiro. Três requisitos de cautela. III – A lei de Direito Administrativo: ponte experimental imperfeita. IV – A doutrina de Direito Administrativo: entre o centralismo e a proposta. V – A jurisprudência de Direito Administrativo: laboratório ou museu? VI – Síntese objetiva e encerramento.

*Esperança: a habilidade de acreditar que o futuro será inconceivelmente diferente,
e inconceivelmente mais livre.
Richard Rorty.*

I – Introdução.

Este artigo se propõe a analisar alguns aspectos do que poderia ser, a partir da cultura jurídica brasileira, uma ideia de inovação dentro e a partir do Direito Administrativo.¹ Partindo daí, o texto se pergunta se o tripé operacional da cultura jusadministrativa – lei, doutrina e jurisprudência – funciona como suporte ou como obstáculo à inovação. A hipótese do texto, que se buscará verificar em seu percurso, é a de que tais elementos desempenham função *ambígua*, ora fomentando uma cultura de inovação, ora funcionando como obstáculo a ela.

Em termos metodológicos, o texto se estrutura de maneira deliberadamente convencional: ele busca apresentar, em sua melhor forma, aspectos da dogmática de Direito Administrativo; conteúdos legislativos; e fragmentos de decisões judiciais.² Então, compara-os segundo a uma noção *fuzzy* de inovação no Direito Administrativo. Dir-se-ia que o artigo adota abordagem descritiva (descreve características da doutrina, da legislação e da jurisprudência) e exploratória (explora as possibilidades de inovação a partir dos três elementos).

* Doutor em Direito Público (UERJ). Professor adjunto de Direito Administrativo da UERJ. Professor da Universidade Veiga de Almeida. Procurador do Estado e advogado. Agradeço aos mestrandos André Tosta, Renato Toledo e João Pedro Accioly pelas sugestões feitas a uma primeira versão deste texto.

¹ Por cultura jurídica, entenda-se o modo de se autoperceber, pensar e operar o Direito em certo grupo e período.

² A convencionalidade de sua forma tem o propósito de torná-lo acessível, também, ao operador institucional do Direito (e não apenas aos acadêmicos propriamente ditos).

O roteiro da abordagem é simples: afora esta introdução, há tópico que propõe noção, necessariamente provisória e incompleta, do que poderia ser a inovação no Direito Administrativo (tópico II), e, depois, tópicos sucessivos para a lei, a doutrina e a jurisprudência (tópicos III, IV e V). Dentro de cada tópico, a abordagem sugere as limitações e possibilidades à inovação representadas por cada elemento, trazendo exemplos que testam cada afirmação. Ao final, um tópico encerra o artigo resumindo as ideias do trabalho.

A finalidade geral do artigo é a de contribuir para o debate brasileiro sobre Direito e inovação. Como objetivo específico, busca-se, propositivamente, sublinhar aspectos, na doutrina de Direito Administrativo, em que convencionalismo se torna fundacionalismo; na legislação, pontos em que a lei produz resultados sub-ótimos por excesso de timidez; e, na jurisprudência, decisões em que a adesão ao passado, mais do que garantir direitos, impede a experiência do novo.

II – O que pode ser a inovação no Direito Administrativo brasileiro. Três requisitos de cautela.

Inovação é dessas palavras em relação às quais todos parecem concordar, embora ninguém saiba muito bem o que significa. A concordância, aliás, provavelmente se faz em razão *disso*: os vasos vazios, diziam os romanos, ressoam muito.³ Inovação é exemplo do que Perelman chama de "noção confusa".⁴ Assim, antes de ingressar na formulação de noção simplificada para aplicação do termo junto ao Direito Administrativo (e uma noção simplificada é o melhor que se pode fazer), é interessante identificar aspectos gerais do assunto. Vai-se dedicar os próximos parágrafos a pontuar o tratamento do tema na economia e na administração.

Na *economia*, o debate sobre a economia da inovação tecnológica está consolidado. Joseph Schumpeter é a referência imediata. Sua definição de inovação merece ser citada. Uma inovação é (1) a introdução de novo bem ou nova qualidade para um bem já conhecido; (2) a introdução de método novo ou melhorado de produção; (3) a criação ou a abertura de novo mercado; (4) a conquista de nova fonte

³ Na verdade, estamos propondo acepção diversa da original. No sentido original, "os vasos vazios ressoam muito" significa que os tolos não conseguem ficar calados. Seja como for, em muitas línguas modernas existem provérbios que expressam o sentido indicado no texto principal. As versões brasileiras são "a caixa menos cheia é a que mais chacoalha" e, depois, "a roda pior do carro é a que faz mais barulho" (aqui, também num sentido ligeiramente diferente). Para essa informação, cf. MOTA, L. *Adagiário Brasileiro*. Belo Horizonte, 1987. Também não faltam menções literárias, como a de Henrique V, de Shakespeare. 'I did never know so full a voice issue from so empty a heart. But the saying is true: 'the empty vessel makes the greatest sound.'" ('The Life of Henry the Fifth', 4,4). SHAKESPEARE, William. *The Complete Works*. Ed. Stanley Wells e Gary Taylor. Oxford: Oxford University Press, 1991, 1274p. Um recenseamento do uso da expressão é realizado em TOSSI, Renzo. *Dicionário de Sentenças Latinas e Gregas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 17.

⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 6-7.

de suprimentos; (5) a melhora na organização de uma indústria, tal como a conquista de uma posição de monopólio (ou sua interrupção).⁵

A literatura de *administração* é bastante focada na noção de inovação. Não é para menos: sem inovação, estima-se que os processos produtivos tendam à estagnação. Há autores da área que, ao definir a inovação, aproximam-na e distanciam-na da noção de criatividade. Existem textos que diferenciam inovação (o produto) de inovatividade (a inovação aplicada ao processo). Há quem identifique os componentes da inovação (o sujeito, as ideias, as mudanças) e os fatores que propiciam a inovação (v.g., a existência de distritos específicos, como o Vale do Silício).⁶

Já o debate *no Direito* é mais recente. Não vai se tratar, aqui, da inovação no mercado do Direito, ou, ainda, na academia do Direito, mas é de se ver que processos inovadores estejam ocorrendo tanto em um quanto em outro.⁷ No mercado do Direito, vê-se, por exemplo, o uso de robôs, em especial no contencioso de massa⁸; e, na academia, o processo de profissionalização científica, gerando bons e maus frutos.⁹

⁵ SCHUMPETER, Joseph. *The Theory of Economic Development: An Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycles*. Várias edições.

⁶ Para as referências, cf. a cartilha. Uma *exploração inicial da literatura sobre a inovação*/Canada School of Public Service. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública, 2006. Acessível em: <<

⁷ Em termos legislativos, há a lei federal n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a chamada Lei da Inovação. Trata-se de lei que disciplina o fomento público à ciência e à tecnologia. Em seu art. 2o, inciso IV, a lei define, para efeitos de aplicação em sua órbita de incidência, inovação: *é a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços*.

⁸ Assim, por exemplo, o robô Do Not Pay (www.donotpay.co.uk), criado pelo estudante de Stanford Joshua Brower, teria obtido êxito em 160 mil contestações no Reino Unido e em Nova Iorque. Já o robô IBM ROSS atua pelo escritório nova-iorquino Baker & Hostleter na área de falências. Para uma revisão da literatura na área da inteligência artificial aplicada ao Direito, v. Bench-Capon, Trevor, et al. *A history of AI and Law in 50 papers: 25 years of the international conference on AI and Law*. Artificial Intelligence and Law 20.3 (2012): 215-319. A notícia do robô Do Not Pay foi originalmente publicada em JOHNSON, Khari. The Do Not Pay bot has beaten 160.000 traffic tickets - and counting. Acessível em: <<<https://venturebeat.com/2016/06/27/donotpay-traffic-lawyer-bot>>>. Acesso em: 21 de maio de 2017. A referência ao emprego do robô ROSS pode ser lida em: BECK, Susan. AI pioneer ROSS intelligence lands its first Big Law clients. Acessível em: << <http://www.americanlawyer.com/id=1202757054564/AI-Pioneer-ROSS-Intelligence-Lands-Its-First-Big-Law-Clients?slreturn=20170421192129>>>. Acesso em: 21 de maio de 2017.

⁹ Para um diagnóstico de "relativo atraso" da pesquisa do direito, v. NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo. jul. 2003. p. 145-154. Cf., por outro lado, o diagnóstico e a ponderação de FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em direito: diagnóstico e perspectivas. In: *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, v. 1., n. 2. pp. 57-70, nov. 2004.

Pensando na dogmática jurídica, esta parece usualmente tratar, quando fala em inovação, de proteção a marcas e patentes, da normatização do fomento científico e tecnológico, ou da regulação de novas tecnologias. Mas nada disso é assunto deste artigo.

A inovação de que vamos cuidar aqui é, numa apreensão conceitual simplificada, a engenharia de ideias a partir de conceitos, instituições e normas. É a circunstância, mais prática do que refletida, de *inventar possibilidades no mundo a partir de argumentos jurídicos*. Quando se fala, assim, em inovação no Direito Administrativo brasileiro, está-se tratando de invenções de possibilidades a respeito de assuntos que, por tradição, encontram-se afetos a tal seara (v.g., contratações públicas, desapropriação, poder de polícia).

Há, contudo, que se ter cautela com o discurso da inovação junto ao Direito. Existem três pontos de atenção: *nem sempre inovar é bom; nem sempre o que é bom é inovador; e o discurso da inovação como modismo reduz a complexidade do tema*. Explica-se.

O Direito, no que tem de mais fundacional, busca conciliar os valores da segurança e da justiça. Possui, então, desde as primeiras impressões que se possa ter a seu respeito, preocupação com a estabilidade e a previsibilidade de normas, decisões, acordos. Em muitos casos, a cultura jurídica é acusada, até, de ser *conservadora*: no estereótipo da indumentária - ternos e togas -; no estereótipo da linguagem - o juridiquês e seus arcaísmos; no estereótipo do personagem - o jurista e seu complexo de douto.¹⁰ Embora nem sempre a representação seja precisa, há, nela, alguma verdade.

Pois bem: diga-se, em seu favor, que *nem sempre inovar é bom*. O custo, social e pessoal, de cultura jurídica que adotasse formas radicalmente inovadoras, seria alto.¹¹ É importante, para que trocas sejam possíveis, certo grau de permanência.¹² É nesse sentido que se identifica, em tom crítico, os fenômenos da impermanência das leis e da inflação legislativa em nosso país.¹³

¹⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. O fetiche do jurista e por que ele deve acabar. *Colunistas*. N. 92. 2016. Acessível em: <<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vice-santos-mendonca/o-fetiche-do-jurista-e-por-que-ele-deve-acabar>>>. Acesso em: 31 de maio de 2016.

¹¹ Em toda transição de estados há, ao menos, dois custos: o custo da transição propriamente dito, e o custo da incerteza em relação ao novo estado. Talvez em razão disso, há viés cognitivo, amplamente verificado a partir de experimentos, operando em nossa tomada de decisão: o viés de *status quo*. Sobre o viés de *status quo*, v. KAHNEMAN, Daniel; THALER, Richard H. Anomalies: the endowment effect, loss aversion, and status quo bias. In: *The Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5. 1991.

¹² Há, ainda, questão correlata, que é a da percepção popular de que o administrador público não possuiria clareza em relação à condução da administração. Em certo sentido, é plausível cogitar que existam incentivos eleitorais para que o administrador *não* adote formas administrativas extremamente inovadoras, pois, do contrário, passaria a mensagem de que "não sabe o que está fazendo" ou de que "está realizando experimentos com o povo". Agradeço a Carlos Ari Sundfeld pelo comentário que inspirou essa nota.

¹³ SOUZA, Clayton Ribeiro. A Inflação Legislativa no Contexto Brasileiro. *Revista da AGU*, nº 33, 2012, p. 37/64. Acessível em: <<<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/100/383>>>. Acesso em 31 de maio de 2017 e SILVA, Juary C. Considerações em torno da inflação legislativa. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, 1968, p. 76-92.

E há ponto correlato: *nem sempre o que é inovador é bom*. Experimentos existem para verificar hipóteses. É natural que possam dar errado. Na dinâmica entre avanço e retrocesso de normas jurídicas e realidade, sugerida por Hesse, normas devem avançar, sem se descolar muito do real.¹⁴ Às vezes, o avanço atira em excesso para frente (e se torna inefetivo¹⁵), ou, simplesmente, não é bom.¹⁶

Os dois pontos até aqui observados se conectam na seguinte advertência: *o discurso da inovação como modismo reduz a complexidade do tema*. O fato é que há virtudes na permanência. Além disso, nem sempre adotar posturas inovadoras acaba gerando resultados socialmente úteis. A inovação não é postura cujo valor seja absoluto: embora quase sempre desejável, há momentos em que, quando se fala do Direito, não inovar é permitir que normas e práticas se consolidem. No mundo do Direito, o contrário da inovação não deve ser a estagnação, mas a inovação responsiva à qualidade do presente.

III – A lei de Direito Administrativo: ponte experimental imperfeita.

Leis estão sempre sendo substituídas por leis mais recentes. O dever legislativo não implica, necessariamente, inovação, mas pode ser mera atualização. A inovação pressupõe a invenção de possibilidades. Dito isso, é importante observar que a lei, num sistema jurídico romano-germânico, é, por excelência, o veículo das inovações. A lei é ponte para experimentos - mas ponte imperfeita, com óbvios limites. Dentre os limites, vai-se indicar (a) a *velocidade sub-ótima da lei*, e (b) a circunstância de a lei representar (b) o *ponto focal do legalismo*, cultura associada a visão reativa ao novo. Como possibilidades, aqui se vai tratar do fato de que a lei pode (a') *forçar a inovação*, além de que (b') *certos formatos legais se mostram especialmente adaptativos à inovação controlada*.¹⁷

(a) Em regra, a lei está atrasada em relação às demandas da sociedade. Não necessariamente por culpa do legislador. É que toda ação coletiva traz

¹⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

¹⁵ Assim, pode-se pensar que o Estatuto da Metrópole - a lei federal n. 13.089/15 - seja bem avançada para o estado atual da cultura jurídica sobre metrópoles. Ela pode estar além do estado atual da arte nesta seara. Num exemplo mais prosaico, é de se pensar na exigência normativa de uso de cinto de segurança em viagens intermunicipais por meio de ônibus, cuja efetividade ainda é bastante reduzida.

¹⁶ É discutível se a lei federal n. 6.242/75, que regulamenta a profissão de lavador e de guardador de carro, representou boa inovação no Ordenamento Jurídico brasileiro. Boa ou não, o fato é que ela é inteiramente inefetiva.

¹⁷ Existem aspectos mais específicos do nosso sistema constitucional que também representam limites ao experimentalismo administrativo. Talvez o maior deles seja a centralização de competências legislativas na União: não só, aliás, pelo que está escrito no art. 22 da Constituição, mas também pela interpretação judicial que se dá ao art. 24, com princípios da simetria e que tais limitando o legislador subnacional. Mal se tenta algo - *quando* se tenta - e o Judiciário já declara a inconstitucionalidade do experimento local. É de se ver, aliás, que invalidar lei antes que ela possa ter mostrado seus efeitos é postura anti-pragmática por excelência. Sobre este último ponto, cf. POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

dificuldades.¹⁸ Bloqueios de grupos de interesse, heterogeneidade que torna impossível pontos médios de acordo, equilíbrios instáveis, compromissos estabelecidos com base em conteúdos vagos: a ciência política identifica verdadeiro catálogo de problemas a afetar a ação parlamentar. A isso, somam-se as características específicas do sistema político brasileiro - em especial, seu multipartidarismo fragmentado -, que levam à necessidade de que autores de projetos de lei negociem extensivamente com grupos de congressistas.¹⁹

Além disso, o processo legislativo, de modo intencional, envolve procedimentos demorados. Assim, por exemplo, a necessidade de discussão de projetos de leis em comissões temáticas; a votação em duas casas; a realização de audiências públicas. A ideia é a de que, com isso, possam surgir debates reflexivos.²⁰ A demora é arquitetada como instrumento rumo a uma deliberação de boa qualidade.²¹ Mas o resultado de tudo isso podem ser leis que *não mudam porque não conseguem ser mudadas*.

Exemplo em Direito Administrativo de lei ultrapassada pelo tempo é a lei geral de licitações e contratos administrativos, a lei n. 8.888/93.²² Muito em função disso - mas também porque não se consegue revogá-la -, reduz-se progressivamente sua incidência por meio da edição de regimes paralelos de seleção e contratação pública²³, no que talvez seja bem-acabado exemplo de *by-pass* institucional.²⁴ A lei n. 8.666/93 é uma *lei zumbi*: aplica-se pelas tabelas, possui ainda alguma força na parte de contratos, mas não morre.

¹⁸ Sobre o ponto, v. o clássico OLSON, Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

¹⁹ Um sistema multipartidário altamente fragmentado exige a necessidade da formação de coalizões políticas, o que impõe a realização de alianças. A aprovação de projetos de lei passa diretamente por esse equilíbrio, o que envolve negociações complexas, exigindo, consequentemente, tempo. Sobre os dilemas do presidencialismo de coalizão no Brasil, v. ABRANCHES. *Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro*. In: *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

²⁰ TSCHENTSCHER, Axel; BÄCHTIGER, André; STEINER, Jürg; e STEENBERGEN, Marco, *Deliberation in Parliament in*. *Legisprudence, Special Issue 'Legislation and Argumentation'*, 2010.

²¹ POSNER, Eric e GERSEN, Jacob, *Timing Rules and Legal Institutions*, Harvard Law Review, Vol. 121, 2007, p. 565 e ss.

²² Não é o caso de ingressar, de modo específico, nas críticas à lei n. 8.666/93. Em todo caso, há razoável consenso de que ela padece de problemas, alguns causados por seu anacronismo. V. ROSILHO, André Janiácomo. *As licitações segunda a lei n. 8.666/93: um jogo de dados viciado*. In: *Revista de Contratos Públicos*, vol. 2, 2012, pp. 9-38. Ainda, SUNDFELD, Carlos Ari, *Como reformar licitações?* In: *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público*, nº 54. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

²³ A respeito do ponto, veja-se o comentário de CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo. *O futuro do regime diferenciado de contratações públicas*. In: *Migalhas*. Acessível em: <<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231658,21048-O+futuro+do+regime+diferenciado+de+contratacoes+publicas>>>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

²⁴ O *by-pass* institucional é o recurso a nova instituição para evitar os problemas associados a instituição já existente, sem, no entanto, extingui-la. V. PRADO, Mariana Mota. *Institutional Bypass: An Alternative for Development Reform*, 2011. No caso da lei n. 8.666/93, exemplos de regimes alternativos são o pregão, o RDC, a PPP e o regime de contratação da Petrobras. Hoje, eles respondem por boa parte das contratações públicas no Brasil.

(b) O problema da lei não é só sobreviver a seu tempo. A lei é, também, o *ponto focal do legalismo de Direito Administrativo*, ou seja, da cultura jurídico-burocrática que fetichiza o texto normativo como único espaço possível de juridicidade administrativa.²⁵ Compreender a legalidade, no Direito Administrativo, como vinculação positiva à lei - "na Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza", escreve Hely - é, em rigor, tornar ilegal a inovação no interior da Administração. Afinal, a prática inovadora, por definição, não está prevista em lei.²⁶ E a verdade é que, por muito que se tenha escrito e decidido nos últimos tempos, nas trincheiras da Administração o legalismo ainda triunfa, seja porque é o que se *conhece*, seja porque é o que *conforta*. Entenda-se.

O legalismo é o que se *conhece*: é plausível cogitar que, em razão da forma como se dá a seleção de burocratas de baixo escalão - provas objetivas baseadas no conteúdo textual de leis -, há associação entre *praticar o Direito e fazer incidir a fatispécie de texto de lei*.²⁷ Para o técnico de nível médio, encontrar-se-iam fora de sua zona de segurança epistêmica os princípios, a argumentação jurídica, a doutrina não-manualística; há, apenas, a lei.

O legalismo é o que *conforta*: uma vez que há controle inclemente sobre atos praticados por agentes públicos, muitas vezes com base em conceitos vagos, agentes públicos dotados de menor capital político podem preferir ater-se ao texto da lei como medida de proteção pessoal. Se é para arriscar o patrimônio, o cargo ou a reputação, que se *fiat Lex*, ainda que *pereat mundus*. O Direito Administrativo do Medo é o Direito Administrativo legalista.²⁸

Independentemente de sua causa, contudo, o fato é que o legalismo dificulta a inovação. Depender de lei formal para inovar é depender do processo legislativo, que é, como se viu, lento; tomar, quase sempre, decisões macro (pois a lei, ao contrário do ato administrativo, tende a produzir efeitos mais gerais); e tomar decisões cuja terminação é difícil (revogar uma lei é mais difícil do que revogar um ato administrativo). A inovação passa a ter custo altíssimo.

A lei, contudo, não só indica limites à inovação. Há, também, possibilidades. (a') *A lei pode forçar a inovação*. Há leis que ousam para além de seu tempo, e, nisso, são bem-sucedidas, melhorando a sociedade nesse processo. Alguns exemplos no Direito Administrativo: o orçamento sigiloso, previsto no art. 60 da lei federal n. 12.462/2011 - a lei do RDC -, inovou no modo como o custo estimado das contratações públicas era divulgado.²⁹ Pelo regime da lei n. 8.666/93, o orçamento

²⁵ Claro que, aqui, o problema não é da lei, mas da cultura que a glorifica. Entretanto, por uma espécie de metonímia didática, optou-se por enquadrar o fenômeno junto aos problemas da lei.

²⁶ A não ser que inovadora seja a própria prática estabelecida pela lei. Sobre esse ponto, vai-se escrever em seguida.

²⁷ Essa é, apenas, uma cogitação. Para que possa ser afirmada de modo assertivo, far-se-ia sua verificação por meio de experimentos.

²⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Direito Administrativo do Medo In: Direito do Estado*, nº 71, 2016.

²⁹ Art. 6º da lei n. 12.462/2011: Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

estimado para a contratação é divulgado no edital da licitação.³⁰ Tal valor pode funcionar como alavanca mental para o valor das ofertas³¹, e, por vezes, como veículo para a formação de cartéis de preço entre licitantes.³² Com o orçamento sigiloso, tais incentivos deixam de existir.

Ainda no universo das contratações públicas, a lei do pregão federal (lei n. 10.520/2002) inovou positivamente no Ordenamento: trouxe modalidade de licitação que, em pouco tempo, tornou-se hegemônica, influenciando leis posteriores sobre o assunto (por ex., na inversão das fases de habilitação e de julgamento das propostas).³³ A lei inventou conceitos e categorias, e, ao fazê-lo, forçou a inovação.

Outras possibilidades de inovação, trazidas pela lei, têm a ver com (b') *certos formatos legais, que se mostram particularmente propícios à inovação segura*. Trata-se do formato das leis temporárias - a lei vige por certo tempo, e, então, considera-se seus efeitos -, ou o de leis cuja vigência se associa ao resultado de certos índices (elas podem ser mantidas ou terminadas a partir do resultado). Ao impor a reanálise da norma após algum tempo, tais alternativas reduzem os riscos derivados de erros ou de efeitos não esperados. Há, aqui, no entanto, pouco experimentalismo legístico. Leis não precisariam ser assuntos de *tudo ou nada*. Lamentavelmente, no Brasil, elas são. Mas, se a realidade é medíocre, a possibilidade é libertadora.

IV – A doutrina de Direito Administrativo: entre o centralismo e a proposta.

Se hoje não faltam leis de Direito Administrativo, nem sempre foi assim. A disciplina possui origem jurisprudencial e, desde sempre, contou com forte influência doutrinária. Categorias como a responsabilidade civil objetiva do Estado e a noção de serviço público foram antes decididas ou postuladas em livros do que objeto de leis. Natural que, na doutrina de Direito Administrativo, existam, também, limites e possibilidades de inovação.

Há momentos em que a lei muda, mas a doutrina continua interpretando-a como se nada houvesse ocorrido. Trata-se da (a) *interpretação retrospectiva*. Há ocasiões em que a doutrina jusadministrativista cria categoria, e quando a lei não a

³⁰ Art. 40, par. 2o, II, da lei n. 8.666/93: § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: (...) II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

³¹ Isso ocorre de modo ainda mais evidente quando há divulgação do preço máximo a ser aceito na licitação.

³² LIRA, Bruno e NÓBREGA, Marcos. O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões. In: *Revista Brasileira de Direito Público*, nº 35. Belo Horizonte: Fórum. Belo Horizonte: Ed. Fórum

³³ JUSTEN FILHO, Marçal, Pregão: nova modalidade licitatória. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 221, 7-45, 2000. Em rigor, o pregão já existia, antes da lei n. 10.520/2002, na Lei Geral das Telecomunicações - a lei n. 9.472/97 -, como procedimento próprio de contratação da ANATEL (arts. 54 e 55). Então, a prioridade cronológica cabe à LGT. Mas o impacto veio com a Lei do Pregão. De onde se levanta a seguinte questão: quem é que inova - quem cria primeiro ou quem adota e gera impacto?

adota, toma-a por inconstitucional: é o peculiar fenômeno do (b) *controle doutrinário de constitucionalidade das normas de Direito Administrativo*. Mas, dentre as possibilidades, deve-se destacar que, em textos doutrinários, é possível realizar (a') *análises críticas contextualmente responsáveis*, e, mesmo, (b') *cogitações de baixo custo*. Analisemos os fenômenos.

A (a) *interpretação retrospectiva* é a interpretação doutrinária que enxerga o presente com os olhos do passado. José Carlos Barbosa Moreira identificou a atividade:

Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica.³⁴

É dizer: em virtude da interpretação retrospectiva, a lei nova chega, mas há resistência interpretativa à sua efetividade. Conclui-se que não inova, ou inova pouco. Nos exemplos de Direito Administrativo, veja-se o tratamento dispensado, por certos autores, à figura da regulação da economia, em especial a partir da criação de diversas agências reguladoras federais nos anos 90. Diogo de Figueiredo Moreira Neto observa que o tratamento da regulação muito se dava como se o instituto não trouxesse nada de novo em relação aos regulamentos administrativos. Sob tal premissa, a deslegalização - a lei passa parte de seu poder para o regulamento - não seria admissível, eis que o que não se admite para o regulamento não se admitiria para a regulação.³⁵⁻³⁶

Figure-se outro exemplo, de sutil percepção. No debate acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a interpretação retroativa se qualifica como interpretação defensiva. Aqui, a interpretação defensiva se baseia em distinções conceituais voltadas a preservar elemento tradicional do Direito

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa, O poder judiciário e a efetividade da nova Constituição. In: *Revista Forense*, nº 304, 1988, p. 152. No trecho, Barbosa Moreira criticava a interpretação constitucional realizada pelos ministros do STF logo após a promulgação da constituição de 1988.

³⁵ “Ao persistirem nesse vício exegético, sempre 'para nada inovar', os adeptos da velha hermenêutica, como não encontram na Constituição um dispositivo que lhes seja suficientemente confortável para fundamentar a regulação, que respeite suas características de deslegalização técnica setorial, optam por desconhecer ou desdenhar a copiosa literatura jurídica existente sobre o fenômeno da deslegalização para se conformarem em assemelhar a regulação à regulamentação, pois, afinal, esta lhes parece nitidamente presente na Carta”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, A Regulação sob a perspectiva da Nova Hermenêutica. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, nº 8, 2008.

³⁶ Na ADI 4568, em que se discutia a constitucionalidade da deslegalização do reajuste e do aumento do salário mínimo (que havia sido operada pelo art. 3º da lei n. 12.382/2011), o STF, ao decidir pela constitucionalidade da norma, parece haver acolhido a deslegalização no Direito brasileiro.

Administrativo, ainda que adaptado a um novo paradigma.³⁷ Há resistência - se bem que menor - ao novo.³⁸

A doutrina de Direito Administrativo representa limite extremo à inovação quando opera o que se vai aqui chamar de (b) *controle doutrinário de constitucionalidade das normas de Direito Administrativo*. Ao exercê-lo, o autor constitucionaliza sua opinião ou a de juristas do passado, e, com base nisso, decreta a invalidade da norma que lhes contraria.³⁹

Exemplo notório é o da autorização administrativa. De acordo com tradicional entendimento doutrinário, autorização administrativa é ato de natureza *discricionária*.⁴⁰ Ou seja: há margem de escolha para que o Poder Público permita ou não que o particular desempenhe atividade. Ao lado da autorização, há a licença que, segundo lição clássica, é ato administrativo *vinculado*: se o particular preencher os requisitos legais para sua obtenção, o Poder Público deverá licenciar a atividade.⁴¹

³⁷ V., por exemplo, a posição de Luís Roberto Barroso que fez uso de novas distinções conceituais para defender a manutenção do princípio, mesmo que com substância distinta de sua concepção tradicional: BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁸ Exemplo de interpretação retroativa é, também, aquela proposta pelo Procurador Geral da República na ADI 4655, em que investe contra a lei n. 12.462/2011 - a lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Na prática, o que o PGR faz, na argumentação de mérito, é constitucionalizar o regime licitatório da lei n. 8.666/93, e dizer que, como a lei do RDC é diferente da lei n. 8.666/93, ela é inconstitucional. Interpretação retroativa não da doutrina, mas de instância interpretativa (o MP) - mas, de qualquer modo, exemplo lapidar de interpretação retroativa com pretensão de inconstitucionalizar opções legislativas inovadoras.

³⁹ Tratando do ponto, afirma Jacintho Arruda Câmara: "Em vez de se interpretar o direito posto e, a partir dele, revelar-se o significado dos institutos, toma-se como fonte conceitual a própria doutrina, pondo-a como paradigma a ser observado pelo legislador (mesmo que seja o constituinte originário)." CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (Coord.) *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 622.

⁴⁰ Por todos, leia-se Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: "Autorização é ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedado. A respeito, é de se recordar o porte de armas: salvo os agentes encarregados de segurança pública, ninguém mais pode trazer consigo armas sem prévia autorização da repartição policial competente. O atendimento ao pedido do interessado, entretanto, fica a critério da Administração Pública, tendo em vista considerações de conveniência e oportunidade políticas." BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo - introdução - vol. 1*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 560-561.

⁴¹ Nas palavras de Hely Lopes Meirelles: "Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, por exemplo, o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio." MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 170.

O legislador da Lei Geral de Telecomunicações não pensou assim, e criou, no art. 131, par. 1o, autorização vinculada.⁴² Alguns entenderam que a figura era imprópria, ou, no limite, inconstitucional. Ora: embora seja desejável, por razões pragmáticas, que novos institutos criados por lei guardem alguma referibilidade com o passado⁴³, isso não é razão para invalidar normas que não respeitem a sugestão. De igual modo, não seria inconstitucional a criação de licenças discricionárias.⁴⁴ Opinião de autor não tem força de Constituição.⁴⁵

Não tem força de Constituição, mas pode ser bastante útil. Ao realizar (a') *análises críticas contextualmente responsáveis*, a doutrina pode aclarar usos, identificar problemas, pautar sugestões. Fala-se, aqui, não da doutrina imediatamente dogmática, com pretensões de verdade autofundada (a "melhor doutrina"), tampouco da que só replica o entendimento dos tribunais. Está-se tratando da doutrina que busca apoio em evidências empíricas, ou que ingressa em reflexões teóricas mais profundas.

Exemplo: a partir de categoria criada pelo Conselho de Estado Francês - o *mérito administrativo* -, levantamentos em decisões de órgãos judiciais brasileiros podem esclarecer, para certos cortes temporais, o nível de sua aderência.⁴⁶ Mais do que dizer que o juiz deve respeitar o mérito administrativo, cumpre saber se e em que medida isso ocorre, e, nos casos em que não, por quais motivos. Em situações quietas, tem-se doutrina que ilumina, e não confunde, a prática.

Em outra análise, grupo de pesquisa da FGV-SP identificou quem é, de fato, o diretor das agências reguladoras federais. A análise levanta dados, tem um quê de sociologia das instituições, mas, elaborada por pesquisadores do Direito, fala e apela

⁴² Art. 131, par. 1o, da lei n. 9.472/97: Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

⁴³ Assim, pode ser útil escolher nome parecidos para institutos que se sucedem a fim de poder recuperar, na pesquisa histórica da doutrina e da jurisprudência, a evolução do tema.

⁴⁴ Vitor Schirato noticia a existência de licenças com algum grau de discricionariedade na legislação municipal de São Paulo. Cf. SCHIRATO, Víctor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Víctor Rhein. (Orgs.) *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁵ Já houve casos em que órgãos de controle atuaram com base nestas definições doutrinárias. Assim, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a concessão de licença ambiental para terminal marítimo, na região de Itaguaí, alegando, dentre outros pontos, que a licença ambiental era inválida porque teria que ser, necessariamente, vinculada. Vale a citação da petição inicial: "Na conhecida definição de Hely Lopes Meirelles, licença é o 'ato administrativo VINCULADO e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculte o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, p. ex., o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio'. Pela natureza vinculada, e não-discricionária, desta espécie de ato administrativo, o órgão público não está, obviamente, autorizado a conceder, a seu bel-prazer, licenças para o funcionamento de atividades potencialmente poluidoras." A íntegra da peça processual pode ser obtida aqui: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/acp-porto-sudeste-vila-do-engenho-1.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

⁴⁶ Assim, por todas as pesquisas do gênero, cada dia mais comuns no Brasil, veja-se CARDIM DE ALMEIDA, Fabricio Antonio (Coord.) *Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

a estudantes e profissionais da área.⁴⁷ Não se trata mais de perorar de si para si; cumpre, agora, explicar, transformativamente, o mundo.

A força da doutrina está em que ela é uma (b') *cogitação de baixo custo*. Ao contrário da lei, do regulamento e da decisão judicial, ela se faz com custo tendente a zero. Daí que se mostra espaço propício à inovação. Ao lançar especulação *de lege ferenda*, o escritor está livre para ir além de onde qualquer acordo político ou decisão judicial pode. E a força da doutrina de Direito Administrativo não é desprezível. Ela inventa categorias o tempo todo.⁴⁸ Inventar é, literalmente, inovar. Ora, por vezes, o conceito inventado de Direito Administrativo é acolhido pela lei ou por um tribunal e se torna, concretamente, o referencial normativo do assunto.

Tome-se, como exemplo, a noção de que *o poder de polícia só pode ser exercido por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público*. Essa formulação é resultado de amálgama doutrinário de várias intuições: a de que o Estado detém o monopólio da violência legítima; preocupações com a legitimidade, a isonomia e a *accountability* do exercício de sanções etc.⁴⁹ Enfim, o fato é que, ao longo de séculos, *crystalizou-se* - talvez o verbo seja esse - a noção do monopólio público do exercício do poder de polícia, que foi, então, adotada em decisões públicas e em leis.⁵⁰

Só que tal conclusão levou a problemas. Como justificar empresa privada de pardal eletrônico? Como explicar vistoria veicular realizada por particular contratado pelos DETRANs? Diante disso, a doutrina driblou⁵¹ sua própria regra, inventando a noção de ciclo de polícia.⁵² O conceito de ciclo de polícia, afinal, veio a ser adotado pelos tribunais. O ciclo - doutrinário - se fecha: a doutrina inventa a solução, que se mostra problemática, que requer nova solução. A inovação não é caminho sem tropeços.

⁴⁷ Dinâmica de nomeações das agências reguladoras. Escola de Direito da FGV-SP. A íntegra do estudo pode ser obtida em: << http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/grp_-_relatorio_de_pesquisa_-_nomeacao_de_dirigentes_nas_agencias_reguladoras_sponsor.pdf>>. Acesso em: 10 de maio de 2017.

⁴⁸ Sobre o tema, v. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de Direito Administrativo. In: FREITAS, Rafael Vêras; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno. *Regulação e novas tecnologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁴⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. Particulares em colaboração com o exercício do poder de polícia: o "procedimento de polícia". In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor. (Coord.) *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014 (esp. pp. 139-140).

⁵⁰ No campo jurisprudencial, alude-se aos seguintes julgados: STJ, 2ª Turma, REsp 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell, julgado em 04.08.2009 e STF, ADI 1.717/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, julgado em 07.11.2002. No campo legal, mencionamos o art. 4o, III, da lei n. 11.079/2004 (lei das PPPs federais): Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...) III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado (...).

⁵¹ ZAGO, Marina Fontão. O dogma da indelegabilidade do poder de polícia defrontado com casos do Código de Trânsito Brasileiro. *Fórum Administrativo*.

⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 444-447.

V – A jurisprudência de Direito Administrativo: laboratório ou museu?

Por fim, a jurisprudência. Ela configura limite à inovação quando (a) representa *segunda força da doutrina anti-inovação*, mas pode configurar possibilidades inovadoras pois, às vezes, (a') *viabiliza experimentações a custo médio*. Confira-se.

A jurisprudência pode assumir papel de (a) *segunda força da doutrina anti-inovação* quando faz coisa julgada de certas opiniões de autor. Ou seja: por vezes, o Judiciário pode emprestar "dentes" (na expressão de Sunstein e Holmes⁵³) a opiniões contrárias à inovação. A lei inova, a doutrina retroage, o Judiciário transita o passado em julgada. É de se ver que muitos tribunais - mas não, em regra, juízes isolados - desempenham, por formação e vocação, o papel de travas institucionais ao novo. Afinal, quando se fala da jurisprudência, está-se falando de ofício para o qual se dão sugestões como a seguinte, de Carlos Maximiliano:

Fica bem ao magistrado aludir às teorias recentes, mostrar conhecê-las, porém só impor em aresto a sua observância quando deixarem de ser consideradas ultra-adiantadas, semi-revolucionárias; obtiverem o aplauso dos moderados, não *misonéistas*, porém prudentes, *doutos e sensatos*.⁵⁴

Os exemplos são fáceis de se encontrar. Para ficar no caso do item anterior, basta ver decisões judiciais que proclamam, contra os fatos, a indelegabilidade do poder de polícia a entidades privadas.⁵⁵ Ou, em cogitação fora do Direito Administrativo, mas polêmica: é plausível imaginar que certos tribunais resistam se e quando houver alteração legislativa que permita uniões estáveis paralelas ao casamento, o chamado *poliamor*. Aliás, é de se ver que, já hoje, com base em alguns princípios - v.g., dignidade da pessoa humana, pluralidade das formas de família - seria possível atribuir direitos a famílias não monogâmicas. Mas a jurisprudência ainda não reconhece a inovação, aqui, não meramente administrativa, mas *existencial*.⁵⁶ A ver.

⁵³ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why our liberties depend on taxes*. Na obra, Sunstein e Holmes afirmam que direitos subjetivos propriamente ditos possuem "dentes", isto é, são capazes de mudar concretamente a realidade.

⁵⁴ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed., p. 160. Grifos no original.

⁵⁵ Por ex., a ADI 1717, assim emendada: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.

⁵⁶ "Ser casado constitui fato impeditivo para o reconhecimento de uma união estável. Tal óbice só pode ser afastado caso haja separação de fato ou de direito. Ainda que seja provada a existência de relação

Por outro lado, a jurisprudência é capaz de (a') *viabilizar inovações a custo social médio*. De fato, uma sentença ou acórdão não tem o custo social de uma opinião doutrinária, mas, também, não é tão socialmente custosa quanto uma lei ou um regulamento. Decisão judicial é, em regra, decisão para um caso ou um grupo de casos.⁵⁷ Decisões judiciais são ótimas para experimentações: possuem tração (não são especulações em si próprias inócuas, como a doutrina); seu processo deliberativo não é tão complexo como o das casas legislativas; incorporam uma dinâmica de revisão quase que necessária em seu próprio procedimento (os recursos⁵⁸); e seu impacto não é tão grande que dificulte a retroação, nem tão ínfimo que torne duvidosos os resultados.⁵⁹

Louis Brandeis, juiz da Suprema Corte americana, anotou, no caso *New State Ice Co. v. Liebmann*, que estados federativos são, em comparação à União, *laboratórios*: "o estado pode, se os cidadãos assim escolherem, servir como um laboratório; e tentar experimentos sociais e econômicos sem risco para o resto do país". No Brasil, diante do centralismo federativo, sem falar na predominância de elites paroquianas em nível subnacional, a honra experimentalista não vai aos estados. É o Judiciário o nosso laboratório da democracia.

Assim, antes que houvesse leis ou regulamentos, havia decisões judiciais concedendo pensões a cônjuges homoafetivos sobreviventes a servidores públicos.⁶⁰ Quando a lei que regulamenta a desapropriação é, quase que literalmente, peça de museu, decisões judiciais conformam-lhe, na prática, um regime mais garantista.⁶¹ Onde a lei e a doutrina resiste, o Judiciário, por vezes, avança.

não eventual, com vínculo afetivo e duradouro, e com o intuito de constituir laços familiares, essa situação não é protegida pelo ordenamento jurídico se concomitante a ela existir um casamento não desfeito (...) Diante disso, decidiu-se que havendo uma relação concubinária, não eventual, simultânea ao casamento, presume-se que o matrimônio não foi dissolvido e prevalecem os interesses da mulher casada, não reconhecendo a união estável." (STJ, REsp 1.096.539/RS, 4 Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/3/2012).

⁵⁷ Decisões havidas em controle abstrato de constitucionalidade assemelham-se, funcionalmente, a decisões legislativas, só que negativas. Mas tais decisões não correspondem à grande maioria das decisões judiciais.

⁵⁸ Em alguns casos, como nas decisões judiciais tiradas contra interesses significativos da Fazenda Pública, a revisão é, literalmente, necessária (cf. art. 496 do CPC).

⁵⁹ Por outro lado, aspectos negativos em decisões judiciais, em comparação a decisões legislativas e administrativas: decisões judiciais só admitem argumentos apresentados sob forma jurídica (o que pode reduzir a complexidade dos elementos considerados para a decisão, ou tornar insinceras as premissas nominalmente adotadas), e seu processo de revisão de última ordem (depois de quando se formou a coisa julgada) é bastante difícil. Além disso, o Judiciário possui formação menos heterogênea do que o Legislativo e o Executivo. Juízes são menos diferentes entre si do que legisladores e, em nível um pouco menor, burocratas. Tal homogeneidade acaba se espelhando no repertório argumentativo das decisões.

⁶⁰ Por ex., TJ/RJ, AC 2004.001.30635, Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, julgado em 05.04.2005 e TJ/RJ, AC 2005.001.34933, Rel. Des. Leticia Sardas, julgado em 21.03.2006

⁶¹ V. em BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Consensualidade e justo preço* nas desapropriações: novos parâmetros à luz do Direito Administrativo contemporâneo. Acessível em <<http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-20-AUTORA-PATR%C3%84CIA_FERREIRA-BAPTISTA.pdf>> Acesso em: 30 de maio de 2017.

*

A jurisprudência de Direito Administrativo, assim como a doutrina e a lei, são *ambíguas* quanto à inovação: ora fomentam-na, ora são suas adversárias. É claro que nem sempre inovar é bom, e a dinâmica construtiva novo-velho-novo possui valores de segurança (a demora é garante da permanência) e de testagem (a dificuldade é garante da qualidade).

Por outro lado, inovação segura é garante de relevância. Na doutrina de Direito Administrativo, há, então, como se viu, momentos em que convencionalismo se torna fundacionalismo; na legislação, pontos em que a velocidade sub-ótima da lei se torna anacronismo; e, na jurisprudência, decisões em que a adesão ao passado, mais do que garantir direitos, impede a experiência do novo.

VI – Síntese objetiva e encerramento.

Ao fim deste estudo, é possível apresentar suas conclusões sob a forma de síntese objetiva.

(1.) A palavra inovação é daquelas em relação às quais todos parecem concordar, embora ninguém saiba muito bem o que significa. O termo, que encontra desenvolvimentos clássicos na economia e na administração, vem sendo recentemente debatido junto ao Direito. Para este texto, inovação é a *invenção de possibilidades no mundo a partir de argumentos jurídicos*.

(2.) Há, contudo, que se ter cautela com o discurso da inovação junto ao Direito. *Nem sempre inovar é bom; nem sempre o que é bom é inovador; e o discurso da inovação como modismo reduz a complexidade do tema*. A inovação não é postura de valor absoluto: embora quase sempre desejável, há momentos em que, quando se fala do Direito, *não inovar* é permitir que normas e práticas se consolidem. O contrário da inovação não deve ser a estagnação, mas a inovação responsiva à qualidade do presente.

(3.) Leis apresentam (a) *velocidade sub-ótima*, não necessariamente por culpa do legislador. É que toda ação coletiva traz dificuldades. A elas, somam-se características de nosso sistema político, em especial o multipartidarismo fragmentado. De resto, o processo legislativo é desenhado para que demore, de modo a gerar decisões refletidas. Em razão disso, há leis que ultrapassam seu tempo e não mudam porque não conseguem ser mudadas. O maior exemplo do fenômeno, no Direito Administrativo, é a lei n. 8.666/93, cujo apogeu já passou, e que, hoje, tem sua vigência contornada por uma série de leis especiais.

(4.) A lei é, também, (b) o *ponto focal do legalismo de Direito Administrativo*, cultura jurídico-burocrática que fetichiza o texto da lei como único espaço de juridicidade. Se a Administração só pode agir dentro do que a lei prevê, ela não pode inovar, pois a inovação, por definição, ainda não está prevista. E, por muito do que se tenha escrito e decidido nos últimos tempos, o legalismo ainda

triumfa nas trincheiras da Administração Pública - seja porque é o que o burocrata conhece, seja porque é como se protege de um sistema inclemente de controle. Ora, depender de lei formal para inovar é depender do processo legislativo, que é lento; tomar, quase sempre, decisões macro; e tomar decisões cuja terminação é difícil. A inovação passa a ter custo altíssimo.

(5.) Mas (a') *a lei pode forçar a inovação*. Há leis que ousam para além de seu tempo, e, sendo bem-sucedidas, melhoram a sociedade nesse processo. Exemplos são o regime do RDC e seu orçamento estimado inicialmente "oculto", e a lei do pregão federal, que inspirou legislações subsequentes.

(6.) Além disso, (b') *certos formatos legais se mostram propícios à inovação segura*, como o das leis temporárias ou o das leis cuja vigência se atrela a índices. No Brasil, tais formatos ainda não são comuns, mas é possível que o sejam algum dia.

(7.) O Direito Administrativo consagra bastante força à sua doutrina, que dela se utiliza ora para facilitar, ora para dificultar a inovação. O fenômeno da (a) *interpretação retrospectiva* - a interpretação doutrinária que enxerga o presente com os olhos do passado - é comum. Exemplo foi o tratamento doutrinário inicial da figura da regulação pública da economia, em que ela era tomada como equivalente funcional da regulamentação. Ou, no debate sobre a superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o uso de distinções conceituais com vistas à preservação de elementos tradicionais, ainda que adaptados a novos ares.

(8.) O (b) *controle doutrinário de constitucionalidade das normas de Direito Administrativo* é a prática de tomar opinião doutrinária como critério de controle de validade das normas. Na LGT, o legislador criou uma autorização vinculada - contra a opinião clássica, que entendia que autorização era sempre discricionária. Alguns viram nisso uma impropriedade, ou, quiçá, uma inconstitucionalidade. Ao proibir que até mesmo a lei inove contra sua vontade, a doutrina de Direito Administrativo atua, aqui, como obstáculo à inovação, senão ao próprio princípio democrático.

(9.) A doutrina pode, contudo, realizar (a') *análises críticas contextualmente responsáveis*, em que se despe de pretensões de verdade autofundada, e passa a verificar dados ou refletir de modo aprofundado. Também ela pode servir para operar (b') *cogitações de baixo custo*, especialmente propícias à inovação.

(10.) A jurisprudência de Direito Administrativo atua, por vezes, como (a) *segunda força da doutrina anti-inovação*. Em certos casos, a lei inova, a doutrina retroage, o Judiciário transita o passado em julgado. Pode-se ver a prática nas decisões contrárias à delegação, a entes privados, de parcelas do poder de polícia, ou, em exemplo fora do Direito Administrativo, na negativa de reconhecer práticas familiares não-monogâmicas.

(11.) Por outro lado, a jurisprudência é capaz de (b) *viabilizar inovações a custo social médio*. Embora apresente custo social mais alto do que uma cogitação doutrinária, uma sentença ou acórdão é menos abrangente do que uma lei ou um regulamento. No Brasil, é até possível imaginar que seja o Judiciário - e não os entes federativos subnacionais - o laboratório da democracia. Assim, antes que houvesse leis ou regulamentos, havia decisões concedendo pensões a cônjuges homoafetivos sobreviventes a servidores públicos. Quando a lei que regulamenta a desapropriação se mostra atrasada, a jurisprudência atualiza-lhe os anacronismos. Onde a lei e a doutrina resistem, o Judiciário, por vezes, avança.

(12.) A jurisprudência de Direito Administrativo, assim como a doutrina e a lei, são, então, *ambíguas* quanto à inovação: ora fomentam-na, ora são suas adversárias. Na doutrina de Direito Administrativo, há momentos em que convencionalismo se torna fundacionalismo; na legislação, pontos em que a velocidade sub-ótima da lei se torna anacronismo; e, na jurisprudência, decisões em que a adesão ao passado, mais do que garantir direitos, impede a experiência do novo.

*

O que se tratou aqui foi de identificar uma característica: a ambiguidade da tríade jusadministrativista em relação à inovação. Se se buscasse, entretanto, uma *causa* da ambiguidade na postura do Direito Administrativo brasileiro, provável culpado seria a educação jurídica brasileira, da forma como tradicionalmente vem sendo feita.

Nossos doutrinadores clássicos, nossos legisladores (de formação jurídica, o que corresponde à maioria) e nossos juízes foram cultivados num ambiente hierárquico, formal e formalizante, superatento a protocolos e obcecado com figuras de autoridade. É natural que não seja ambiência das mais abertas à inovação. Ao mesmo tempo, precisa-se da inovação para sobreviver. É preciso, então, construir um mundo inconcebivelmente diferente. Um mundo, quem sabe, inconcebivelmente mais livre.