

Esferas administrativas: uma leitura a partir da lei de introdução às normas do direito brasileiro

Marco Antônio Moraes Alberto

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP, 2023), onde atua como pesquisador e coordenador do Grupo de Estudos sobre a Legalidade, GELEG-USP. Foi bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP, 2018-2022). Pesquisador visitante do Centre d'Études et Recherches en Sciences Administratives et Politiques (CERSA, Université de Paris II, Panthéon-Assas), e pesquisador convidado da Università Luigi Bocconi (Milão, Itália). É consultor e observador internacional da Associação Interamericana para a Defesa do Meio-Ambiente (AIDA) e da Associação Ibero-americana de Regulação (ASIER). Professor da Universidade Anclivepa de São Paulo (UNI-A). Advogado e consultor jurídico em São Paulo, onde atua como Superintendente de Regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Municipais, SP Regula.

1 INTRODUÇÃO, JUSTIFICATIVA E PLANO DE TRABALHO

Escolhi abordar o tema das contratações públicas no Brasil pela perspectiva das “esferas administrativas” por duas razões muitas especiais, as duas relacionadas com a própria oportunidade de participar das “Jornadas em Contratações Públicas no Brasil: Licitações, Concessões, Desafios e Oportunidades”, promovida pela Escola Superior de Gestão e Contas Públicas (EGC) do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM-SP), em parceria com o Observatório de Contratações Públicas da Universidade Presbiteriana Mackenzie (OCP-UPM). As duas razões – uma circunstancial, outra acadêmica – contêm algo de pessoal, pelo que já peço desculpas por desviar brevemente do tema deste documento de trabalho.

A *primeira* é circunstancial: ainda são raros os eventos que permitem a conjugação de profissionais de diferentes instâncias das contratações públicas – secretarias, agências reguladoras, controladorias, escritórios de advocacia, tribunais de contas e tribunais judiciais – em painéis nos quais se possa discutir, sem a urgência ou o clamor de um ou de outro problema concreto, os papéis institucionais envolvidos na dinâmica das contratações públicas no Brasil. A ambição “caleidoscópica” das Jornadas me convidava tentar enquadrar essa questão de uma maneira menos “parcial”, menos “localizada”, e menos “apaixonada”, até mesmo para procurar avançar sobre alguns sentidos comuns – a (suposta) “invasão” da seara administrativa pelo Poder Judiciário,¹ a (suposta) substituição das entidades

¹ Um excelente diagnóstico sobre este fenômeno, inclusive em face das esferas administrativas, é oferecido em VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese de doutorado defendida junto ao Departamento de Direito do Estado da Universidade de São Paulo, 2006, p. 1-42.

regulatórias pelos tribunais de contas na construção de soluções técnicas, setoriais e consensuais,² o (suposto) “apagão das canetas” diante do receio dos administradores em serem responsabilizados pelas instâncias de controle externo,³ a (suposta) captura das agências reguladoras por interesses políticos de gestão ou pelo poder econômico dos agentes de mercado.⁴

A minha ideia – eu mesmo participando das Jornadas como superintendente de regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de São Paulo, SP Regula – não era comentar todos esses assuntos da perspectiva do regulador, mas o de tentar superar esse viés para de alguma maneira aproximar todos esses problemas de uma perspectiva comum, mais geral, porém simultaneamente mais próxima de todas as esferas, a gestora, a controladora e a reguladora. Tive inclusive a oportunidade de me recordar da minha própria experiência pessoal em gestão universitária, na Universidade de São Paulo e em sua controladoria geral, na advocacia privada, e até mesmo no próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, onde estagiei no final da minha graduação em direito.

Decorre da minha experiência acadêmica, aliás, a *segunda* razão pela escolha da abordagem pelo ângulo das “esferas administrativas”. Minha agenda de pesquisa vem se pautando, na última década, pelos modos de construção do próprio “direito administrativo” enquanto um campo disciplinar próprio, uma “semântica” específica no horizonte do sistema jurídico.⁵ Alguns conceitos básicos – regime administrativo, poderes administrativos, legalidade, discricionariedade, vinculação constitucional da administração pública, dentre vários outros – têm papel crucial na construção desse “método próprio”, nessa “forma de ser” do direito administrativo.⁶ Nessa mesma prateleira estão, evidentemente, as “esferas administrativas”, se assim as entendemos como *papéis institucionais* nas dinâmicas de *realização* das *funções administrativas*.

Curiosamente, no entanto, no Brasil pouco se teoriza, nessa escala mais geral e mais abstrata, sobre *o que seriam as esferas administrativas, e o que caberia a cada uma delas*. Embora a legislação – mas também a doutrina e a jurisprudência – utilize expressões como “esfera gestora” e “esfera controladora”, relativamente pouco se tem debatido sobre o seu *sentido*, ou mesmo sobre *como deveriam ser as suas interações*. Esse dado me levou também a escolher a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB),⁷ onde essas expressões são mais abundantes, como ponto de partida e base de referência normativa para a minha argumentação.

2 Exemplicativamente, v. PALMA, Juliana Bonacorsi de; MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. *Consensualidade administrativa na regulação: acordos substitutivos no setor de telecomunicações*. In: VORONOFF, Alice; PALMA, Juliana Bonacorsi de; TOLEDO, Renato (orgs.). *Coleção de Direito Administrativo Sancionador*, v. 3: *Direito Administrativo Sancionador Regulatório*. Rio de Janeiro: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ), 2022.

3 Cf. VALGAS DOS SANTOS, Rodrigo. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

4 Para um panorama do problema da captura regulatória, confira-se o excelente e provocativo JORDÃO, Eduardo; PORTUGAL RIBEIRO, Maurício. *Como desestruturar uma agência reguladora em passos simples*. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3(1), 2017.

5 Para esse ponto, v. JAMIN, Christophe; MELLERAY, Fabrice (orgs.). *Droit civil et droit administratif: dialogues sur un modèle doctrinal*. Paris: Dalloz, 2018.

6 A minha reflexão desse período se encontra essencialmente condensada em minha tese de doutorado: ALBERTO, Marco Antônio Moraes. *Métodos de direito administrativo: entre discricionariedade e constitucionalidade*. Tese de doutorado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2022. Este trabalho se encontra integralmente disponível em < <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25042023-140340/pt-br.php> >, acesso em dezembro de 2025.

7 Decreto-Lei n. 4657/1942, com os dispositivos introduzidos pela Lei n. 13655/2018.

Fixadas as minhas duas justificativas, a circunstancial e a acadêmica, proponho expor neste documento de trabalho menos uma pesquisa ou estudo completo, e bem mais uma *proposta de abordagem para investigações científicas e experiências didáticas futuras*. Seguindo o roteiro da minha apresentação nas Jornadas, no dia 11 de novembro de 2025, exploro o quadro teórico e normativo das “esferas administrativas” no Brasil, para depois sugerir dois encaminhamentos iniciais para o que seria uma abordagem de pesquisa e didática que se pautasse pelo estudo dessas esferas, e de suas interações potencialmente virtuosas.

2 QUADRO TEÓRICO E NORMATIVO

À luz da teoria geral do direito administrativo, é possível situar as primeiras aparições da expressão “esferas administrativas”, como a estou mobilizando, no contexto político-institucional do New Deal norte-americano (1933-1938). A razão é relativamente compreensível: com a expansão sem precedentes da atuação administrativa em domínios jurídicos antes reservados à iniciativa privada não-regulada, era alarmante e inescapável o embaralhamento das capacidades e limites institucionais da administração pública, do Poder Judiciário, das recém-criadas agências reguladoras (e executivas), e dos próprios agentes privados, contratados ou regulados pelo Estado.⁸ Na arquitetura jurídica do pós-New Deal, não estavam claras as competências da administração pública, os limites federativos das (então alargadas) atribuições federais, a métrica das derrogações do *Common Law* por esse novo “direito público”, que não se baseia propriamente em precedentes, mas em leis escritas (*statutes* ou *legislation*) e normas regulatórias (*regulation*).⁹

Esse novo constitucionalismo, como sugere Sunstein, vai causar estranheza e gerar ruídos entre os juristas do período.¹⁰ Em 1938, a associação federal da advocacia norte-americana lança um relatório-denúncia, contendo uma descrição de dez “patologias” que teriam sido introduzidas pelas políticas “intervencionistas” do New Deal.¹¹ De acordo com McCubbins, Noll e Weingast (grifei e destaquei):¹²

“The 1938 report criticized ‘ten tendencies’ of administrative officials, including to **decide without a hearing**, or without hearing one of the parties; to **decide on the basis of matters not before the tribunal or on evidence not produced** (e.g., to act on secret reports of inspectors); to make decisions on the basis of preformed opinions and prejudices; to **disregard**

8 Para uma visão geral dos impactos do New Deal sobre a estruturação das funções administrativas e seu controle, v. ALBERTO, Marco Antônio Moraes. *Métodos de direito administrativo: entre discricionariedade e constitucionalidade*. Tese de doutorado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2022, p. 392-394. No mesmo sentido, com foco nas esferas controladoras (administrativas e judiciais), v. JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. Salvador: Juspodivm, 2026, p. 304-313.

9 Essas duas fontes costumam ser, no direito norte-americano, reunidas sob o rótulo de “REGLEG”, designando tanto o *statutory law* (normas legais aplicáveis à administração pública e aos bens e serviços de utilidade pública) quanto o *regulatory law* (onde são estudados o poder normativo das próprias autoridades regulatórias, as normas emanadas por elas, e sua interação com instâncias de controle internas e externas ao Poder Executivo). Esse cenário destoa do *Common Law* clássico, no qual a criação e a evolução do direito são vistas como processos orgânicos, contínuos e sedimentares, a partir da aplicação e interpretação de precedentes judiciais pelas Cortes ordinárias. Para esse ponto, v. SUNSTEIN, Cass. *Constitutionalism after the New Deal*. Harvard Law Review, v. 101, 1987, p. 418-419.

10 SUNSTEIN, Cass. *Constitutionalism after the New Deal*. Harvard Law Review, v. 101, 1987, p. 423-425.

11 AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Special Committee on Administrative Law Report*. 1938.

12 MCCUBBINS, Mathew; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry. *The political origins of the Administrative Procedure Act*. Journal of Law, Economics, and Organization, v. 15 (1), 1999, p. 196.

jurisdictional limits and seek to extend the **sphere of administrative action** beyond the jurisdiction confided to the administrative board or commission; to extend the **regulatory power of the administrative agency**; to **arbitrary rule making** for administrative convenience at the expense of important interests; to mix rule making, investigation, and prosecution, or the advocate's function, the judge's function, and the function of enforcing the judgment. **In the ABA's view, New Deal agencies were acting without considered judgment, without due process, without sufficient consideration of the issues, and without granting parties the right to be heard or procedures for relief."**

A resposta do Poder Legislativo norte-americano a este relatório-denúncia vem precisamente na forma de uma comissão parlamentar organizada para estudar as necessidades de regulamentação dos desafios descritos, e em oito projetos de lei que tramitam, entre 1939 e 1946, no Congresso e no Senado dos Estados Unidos.¹³ Em 1946, um deles consegue, depois de aprovado pelas duas casas legislativas, a sanção do recém-eleito Presidente Truman (vale lembrar que Roosevelt, idealizador do New Deal, havia vetado integralmente um projeto similar em 1940, opondo-se veementemente a qualquer ideia congênere). Este projeto, aprovado, entra para a história como a lei federal que procurou organizar, pela alocação de competências e limites institucionais em processos administrativos, o que cabe a cada *esfera administrativa* em diferentes âmbitos de realização da *função regulatória*. Trata-se do *Administrative Procedure Act* (APA), que se tornaria um verdadeiro marco global da *processualização* da atividade administrativa e, no contexto político-institucional da segunda metade do século XX, vetor de *constitucionalização* do direito administrativo pela vinculação dos meios de realização de obrigações públicas à garantia constitucional do devido processo legal.¹⁴

O mais importante a reter neste documento de trabalho: o esforço de processualização da atividade administrativa, ao vinculá-la ao devido processo legal, que é direito fundamental de matriz constitucional, pressupõe a predefinição normativa básica de quais são as atribuições, em cada processo administrativo concreto, de quem performa a obrigação pública, de quem regula os parâmetros de adequação dessa performance, e de quem *controla* a sua conformidade. O processo administrativo procura resolver, por meio da predeterminação de papéis institucionais, os problemas de exorbitância, ausência ou sobreposição de limites entre o poder administrativo, o poder regulatório e o poder jurisdicional, que ameaçam os direitos fundamentais dos cidadãos no contexto de uma atividade administrativa não-processualizada. O método se vale da tradicional propriedade dos processos jurídicos de canalizar poder político e, no âmbito das esferas administrativas, por meio de sua predefinição, de tornar previsível, estável e juridicamente constituída a atividade que se imputa ao Estado.¹⁵ Trata-se nem tanto de uma maneira de formalizar o exer-

13 MCCUBBINS, Mathew; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry. *The political origins of the Administrative Procedure Act*. Journal of Law, Economics, and Organization, v. 15 (1), 1999, p. 197-198.

14 Para a conexão entre a processualidade do direito administrativo e o desenvolvimento da tese da vinculação constitucional da administração pública, v. MASHAW, Jerry. *The American model of Federal Administrative Law*. The George Washington Law Review, v. 78, 2010, especialmente p. 980-981, e, no debate brasileiro, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: 2014, p. 49-81.

15 A ideia de processo administrativo como meio de canalização do poder político dá origem à chamada "processualidade" do direito administrativo, que decorre, nesse ponto, da própria teoria geral do processo. Cf. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 5-6. Trabalhei esta ideia em ALBERTO, Marco Antônio Moraes. *A Lei Brasileira de Processo Administrativo como estrutura jurídica do poder político: parâmetros e possibilidades*. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (orgs.). *Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

cício de poder político pela administração pública, mas, sim, de uma estratégia de proteção do cidadão, de tutela substancial dos seus direitos e interesses juridicamente protegidos, pela via formal do processo administrativo.¹⁶

No Brasil, os mesmos vetores de segurança jurídica, processualidade administrativa e garantia dos direitos dos cidadãos aparecem na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), com as inovações trazidas pela Lei n. 13655/2018, que, de maneira original, procura traçar um primeiro esboço das “esferas administrativas” no ordenamento jurídico brasileiro, com clara inspiração tanto no APA de 1946 quanto, decisivamente, nos propósitos que o animaram.¹⁷

Especificamente no tema das esferas administrativas, vale mencionar, da LINDB, os seus artigos 20 (limites materiais das decisões de todas as esferas administrativas, inclusive em suas interações), 21 (dever de todas as esferas administrativas de prever consequências jurídicas em hipóteses de invalidação), 22, caput e § 1º (dever das esferas controladora e reguladora de interpretar normas de gestão pública à luz das dificuldades reais, exigências de políticas públicas e circunstâncias práticas da esfera gestora), e 24 (vinculação de todas as esferas administrativas, inclusive em suas interações, às “orientações gerais da época” enquanto cláusula geral de direito intertemporal).¹⁸

O que se observa, no interior desse quadro normativo, é, assim, a existência de ao menos três esferas administrativas – para além da esfera judicial, e da esfera dos particulares em contato com a administração pública – que respondem pela performance das obrigações públicas (ou “exigências de políticas públicas”), pela adequação de seus parâmetros técnicos, jurídico-regulatórios e econômicos, e pelo controle (contra papel) de sua conformidade (a verificação dos parâmetros). Trata-se, respectivamente, da esfera gestora, da esfera reguladora e da esfera controladora. As três se veem constituídas e interconectadas por processos administrativos, que alocam atribuições específicas para cada uma delas, e impõem certos perfis, compromissos e limites institucionais à sua atuação – inclusive em face umas das outras. Graficamente, poderíamos representar as esferas administrativas como círculos coloridos, que se encontram interconectados, dois a dois, por processos administrativos específicos (tracejados em cinza):

16 Na clássica inversão de perspectiva (e escopo) proposta em BENVENUTI, Feliciano. *L'istruzione nel processo amministrativo*. Pádua: Cedam, 1953, p. 15-17.

17 Para os debates subjacentes ao desenvolvimento da Lei n. 13655/2018, v. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo: o novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

18 **Art. 20.** Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão**. **Parágrafo único.** A motivação demonstrará a **necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação** de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. **Art. 21.** A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas **consequências jurídicas e administrativas**. **Art. 22.** Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados **os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo**, sem prejuízo dos direitos dos administrados. **§ 1º** Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as **circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente**. (...) **Art. 24.** A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à **validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa** cuja produção já se houver completado levará em conta as **orientações gerais** da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Figura 1 - As esferas administrativas: abordagem inicial



3 POSSÍVEIS ENCAMINHAMENTOS: A INTERAÇÃO ENTRE “ESFERAS ADMINISTRATIVAS” COMO AGENDA DE PESQUISA E PROPOSTA POLÍTICO-PEDAGÓGICA

Como mencionei, este ensaio teve como propósito documentar uma possível abordagem que, em várias dinâmicas da administração pública – contratações, licitações, modelagens, definições de agendas regulatórias, análises de impacto regulatório, análises de viabilidade técnica, etc. – busca compreender as diferenças institucionais entre perfis de atuação administrativa (esfera gestora, esfera reguladora e esfera controladora), e avaliar seus potenciais de interação virtuosa e sinérgica por meio de processos administrativos.

Esse referencial precisa ainda ser situado no interior de futuras agendas de pesquisa científica, para que possa ser adequadamente testado na análise de problemas teóricos e empíricos do direito administrativo contemporâneo. Ele também pode se revelar útil a experiências didáticas, tanto na formação jurídica básica, quanto na educação preparatória ou continuada de profissionais que lidam com as diferentes esferas administrativas: quadros da administração pública, equipes de tribunais de contas e tribunais judiciais, analistas, reguladores, controladores, agentes da iniciativa privada (como advogados, modeladores, economistas, consultores), dentre muitos outros.

Para completar o exercício, e deixar mais questões abertas para essa estimulante agenda de ensino e pesquisa, podemos pensar, com base no quadro teórico e normativo da seção anterior, no que seriam as interações possíveis, e virtuosas, entre as esferas administrativas em suas interações recíprocas:

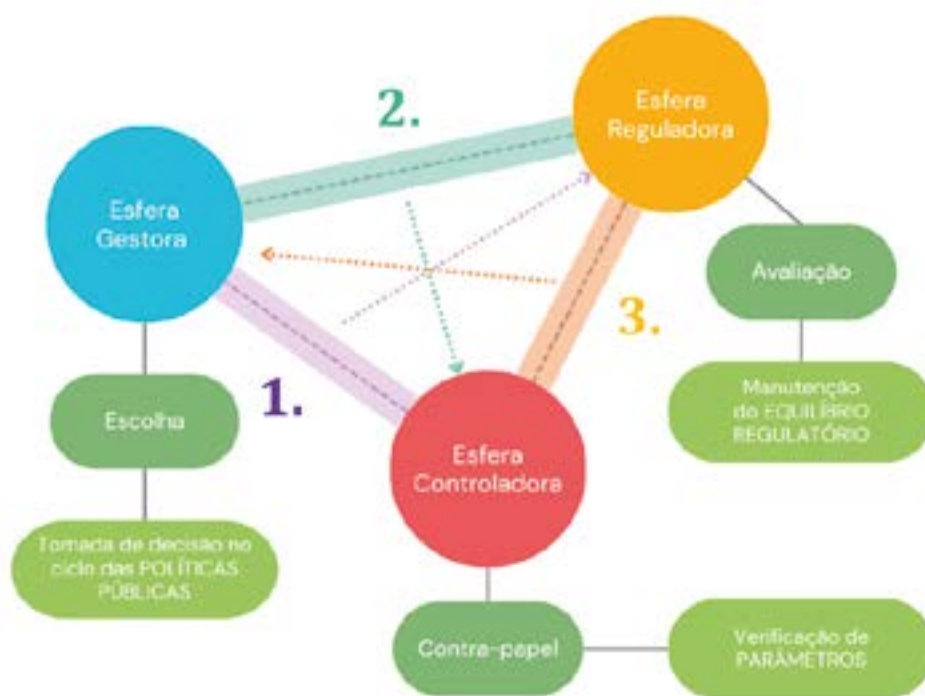
1. A relação entre a esfera gestora e a esfera controladora tem como objetivo e resultado a definição, dinâmica e mutável, dos espaços disponíveis e indisponíveis no contexto regulatório de uma política pública. A delimitação desses espaços demarca, para a esfera regulatória, o horizonte juridicamente possível da atividade regulatória.

2. A relação entre a esfera gestora e a esfera reguladora tem por escopo a preservação da diferença institucional entre o poder administrativo, titular da obrigação pública, encarregado das exigências de política pública, e a autoridade técnica ocupada com o ajuste entre os interesses institucionais desse poder com os demais interesses subjacentes às relações jurídicas reguladas (prestadores privados, setores econômicos, mercados de utilidades públicas, usuários, sociedade civil organizada, demais entidades regulatórias e metarregulatórias, etc.). O alinhamento entre esses interesses deve pautar a esfera controladora, que, ressalvada hipótese de verificação de desconformidade, deve considerar os ajustes regulatórios assim construídos.
3. A relação entre a esfera reguladora e a esfera controladora, por fim, contém o atributo da corresponsabilidade pelo acerto, adequação e atualização (ênfase da esfera reguladora), bem como pela verificação de conformidade (ênfase da esfera controladora), das soluções técnicas encontradas para o equilíbrio regulatório em determinadas circunstâncias reais e concretas, em suas condicionantes e circunstâncias práticas. Os parâmetros de adequação e conformidade definidos na interação regulação-controle enformam e constroem o espaço de escolha política da esfera gestora.

Observe-se, assim, que as interações entre as esferas administrativas, consideradas duas a duas, definem aspectos que pautam a atividade da esfera que não participa diretamente da interação, o que garante que ela encontre, fora de si mesma, os limites de sua própria atividade, o que evita ausência, sobreposição e exorbitância de limites entre as esferas administrativas. Essa relação é representada pelas setas pontilhadas no esquema abaixo, que ilustra os principais encaminhamentos sugeridos neste ensaio:

Figura 2

As esferas administrativas: interações possíveis



Minha intenção neste ensaio foi, portanto, a de esboçar muito preliminarmente uma hipótese, segundo a qual a processualização da atividade administrativa responde a um propósito legítimo de predeterminação básica de capacidades e limites institucionais no seio da administração pública (e de seus controles), e que é precisamente essa diferenciação de perfis, de atribuições, no curso de processos administrativos específicos, o elemento-chave que condiciona qualquer interação virtuosa entre elas. Seguindo por essa linha, a preservação da diferença entre as esferas administrativas é, assim, o que garante, no limite, a sua complementaridade, a sua sinergia.