

Recebido em: 15/08/2023

Aprovado em: 31/10/2023

DOSSIÊ

O DIREITO ADMINISTRATIVO ENTRE O IDEAL E O REAL: O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DA TEORIA

*ADMINISTRATIVE LAW BETWEEN THE IDEAL
AND REAL: THE ROLE OF CONSTITUTIONAL
JURISDICTION IN THE REALIZATION OF THE
THEORY*

Valter Shuenquener de Araujo¹

SUMÁRIO: Uma homenagem necessária. Introdução. 3. Intervenção do Estado no domínio econômico e a livre iniciativa: o caso Uber. 4. Delimitação objetiva da judicialização da saúde e autocontenção judicial. 5. Ensino religioso nas escolas públicas: o caso da ADI 4439. Conclusão. Referências.

¹ Doutorado em Direito Público pela UERJ, KZS pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Atualmente é Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Conferencista da EMERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ (PPGD). Juiz Federal.

RESUMO: O presente artigo destina-se a analisar como o Direito Administrativo pode contribuir para o desenvolvimento econômico e social do Brasil por meio da concretização de suas mais recentes ideias e teorias através da jurisdição constitucional. A profunda evolução dessa disciplina jurídica nos últimos vinte e cinco anos permite uma ampla reflexão sobre a necessidade de desconstrução de conceitos já superados, mas que insistem em subsistir. O Direito Administrativo pode, assim, contribuir para a materialização das grandes transformações pelas quais o Estado brasileiro ainda precisa passar para progredir em termos de produção e distribuição de riqueza. A metodologia adotada é a revisão bibliográfica e o objetivo da pesquisa é o de contribuir para o debate acerca da necessidade de se tornar concretas as novas ideias do Direito Administrativo, apresentando a expressiva contribuição do Ministro Luís Roberto Barroso no exercício da jurisdição no Supremo Tribunal Federal em relação ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Burocracia. Regulação. Livre iniciativa. Judicialização.

ABSTRACT: This article intends to analyze how Administrative Law can contribute to the Brazilian economic and social development through the implementation of its most recent ideas and theories by means of the constitutional court jurisdiction. The profound evolution of this legal discipline in the last twenty-five years allows for a broad reflection on the need to deconstruct concepts that have already been overcome, but which insist on being maintained. Administrative Law can thus contribute to the materialization of the great transformations that the Brazilian State still needs to go through in order to evolve in terms of production and distribution of wealth. The adopted methodology is the bibliographical review and the objective of the research is to contribute to the debate about the need to materialize the new ideas of Administrative Law, presenting the expressive contribution of Justice Luís Roberto Barroso in the exercise of jurisdiction in the Federal Supreme Court regarding the topic.

KEYWORDS: Administrative law. Bureaucracy. Regulation. Free Initiative. Litigation.

UMA HOMENAGEM NECESSÁRIA

Antes de adentrarmos o tema objeto deste estudo, algumas palavras precisam ser ditas sobre o professor e Ministro Luís Roberto Barroso, homenageado desta coletânea pelos seus dez anos de judicatura no Supremo Tribunal Federal.

Quem acaba de o conhecer, percebe a velocidade de seu raciocínio, sua espontaneidade, leveza de espírito, seriedade de propósito, inteligência e, sobretudo, seu bom humor. Alguém que reconhece o valor da vida e faz da sua profissão, seja como magistrado ou no magistério, uma ferramenta para a transformação social e para semear o bem. Aqueles que o conhecem há mais tempo, têm a certeza de que estes predicados estão impregnados no seu DNA e de que possuem a sorte de poder conviver com um ser humano muito especial. Alguém muito acima da média em diversos aspectos.

O Ministro Barroso pavimentou seu caminho com muita dedicação e trabalho e tornou-se um líder na academia, criando a Escola de Direito Público da UERJ. Uma Escola de pensamento humanista, criativa e de densa reflexão que tem origem na linha de Direito Público do programa de pós-graduação em sentido estrito da UERJ (BARROSO; MELLO, 2018). Aliás, projeto que também foi fundado e difundido, de forma republicana e meritocrática, pelo homenageado. É inimaginável falar de Direito Público na UERJ e no Brasil sem se cogitar do pensamento e das ideias do professor Barroso. O homenageado possui relevância ímpar no Direito Público brasileiro, e conseguiu simplificar o que tradicionalmente era apresentado como complexo, mostrando como a comunicação direta, clara e simples também pode levar a conclusões profundas e sofisticadas. Mostrou como o tom coloquial não é banal.

Para quem respira o Direito, não é difícil admirar o que fez e alcançou o homenageado em sua trajetória profissional. Trata-se de um orador exemplar; é difícil encontrar pessoas com tamanha capacidade como o homenageado de prender a atenção de um auditório e de transferir conhecimento com uma elevada clareza, objetividade e, o que é o mais árduo, conciliando simplicidade com profundidade.

Não pretendemos nos alongar demasiadamente na homenagem, mas apenas registrar o que nos parece ser minimamente justo pela importância do homenageado na profissão que particularmente escolhemos para a vida, e pela sua influência na nossa caminhada como exemplo a ser seguido. Parabenizamos, portanto, as coordenadoras desta obra, professoras Aline Rezende Peres Osório, Patrícia Perrone Campos Mello e Luna van Brussel Barroso, pela genial ideia desta merecida homenagem.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo brasileiro tem, nos últimos vinte e cinco anos,² evoluído enormemente e ampliado com verticalidade o seu campo de atuação. Em lugar de se preocupar unicamente com o regime dos servidores públicos, as licitações, a desapropriação e outros de seus tradicionais temas, o Direito Administrativo avançou – e ainda avança – na análise e investigação de novos tópicos.

Entram no escopo de análise do Direito Administrativo temas como o da racionalidade do sistema punitivo estatal (NIETO, 2008; ARAUJO, 2022), do pragmatismo jurídico (POSNER, 2003), do ordenamento urbano (CARMONA, 2015), da regulação responsiva (AYRES, BRAITHWAITE, 1995), da regulação inteligente (smart) (WENDLAND, EISENBERGER, NIEMANN, 2023), da meta-regulation (GRABOSKY, 2017), da crescente judicialização em torno de políticas públicas (MARRARA; GONZALEZ, 2016), da incompletude inerente aos contratos administrativos (GARCIA, 2023), do governo digital (FUX; MARTINS; ARAUJO, 2022; MOTTA; VALLE, 2021; BARROSO, 2022), da proteção de dados pela Administração Pública (DONEDA, 2021), dentre outras matérias que aparecem como novidades na disciplina.

E há, ainda, uma frequente desconstrução de institutos consagrados, tal como já vimos com a substituição do princípio da legalidade pelo da juridicidade administrativa (BINENBOJM, 2014) e o contundente questionamento do multicitado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em virtude da mudança do eixo gravitacional do Estado para o cidadão (SARMENTO, 2010).

O escopo da disciplina cresce horizontal e verticalmente, de maneira a exigir que o profissional do Direito escolha um foco bem mais específico para sua atuação. O desenvolvimento teórico do Direito Administrativo é, assim, elogiável, na medida em que está pavimentando os mais variados caminhos a serem trilhados por aqueles que precisam de soluções específicas e concretas para as dificuldades do mundo contemporâneo.

Muito embora os avanços da dogmática sejam louváveis, há um notório e gigantesco vale separando o que representam as teorias mais modernas do Direito Administrativo daquilo que vivenciamos no dia a dia do funcionamento do Estado e da Administração Pública brasileira (SUNDFELD, 2014).

2 O incremento da expansão temática do Direito Administrativo foi profundamente influenciado pelo advento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995. No referido documento, buscou-se incentivar a transformação do Estado brasileiro em um modelo de Estado Gerencial. Essa abordagem proporcionou – e ainda proporciona – o surgimento de mudanças normativas profundas capazes de interferir no escopo e alcance do Direito Administrativo. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

Sustenta-se na teoria, por exemplo, a necessidade de criação de um ambiente de segurança jurídica e de tutela de expectativas legítimas, mas os regimes jurídicos de longa duração, e que originam direitos acumulados, tal como ocorre com o regime previdenciário e tributário, são cotidianamente alterados pelo Estado sem uma adequada proteção do cidadão diante das mudanças (ARAUJO, 2016).

No que concerne à remuneração de agentes públicos, impera o discurso doutrinário de que o princípio da moralidade deve ser observado e o de que cada profissional que trabalhe para o Estado deverá receber uma remuneração de acordo com suas responsabilidades e consoante a complexidade das suas atribuições. Deverá, inclusive, receber uma contraprestação pelo trabalho desempenhado que seja semelhante ao que o mercado privado retribui pelo mesmo serviço. Esta a narrativa encontrada na academia que, muito embora acertada e fundamentada em sólidos argumentos, não se tornou realidade.

Na prática, o texto constitucional assumiu a função de disciplinar o tema para evitar abusos e, nessa missão, estabeleceu padrões remuneratórios alicerçados em qual ente da federação paga o agente público, e não em razão da função por ele desempenhada.

Cuida-se de uma opção normativa que promoveu o deletério nivelamento dos mais variados profissionais das carreiras públicas pelo topo, independentemente do que especificamente realizam de trabalho. Ademais, desincentivou a assunção de responsabilidades no âmbito do serviço público brasileiro. Nesse contexto, por mais incrível que possa parecer, essa matéria (remuneração de agentes públicos), que nenhuma complexidade deveria ter, ocupa tempo desproporcionalmente expressivo das sessões do STF e das páginas dos livros de Direito Administrativo, notadamente pela distância entre o que é defendido na teoria e a sua prática.

Quanto à intervenção no domínio econômico, é marcante na doutrina a concepção de que o Estado deve prestigiar a livre iniciativa e interferir o mínimo possível nas atividades econômicas e na propriedade privada (SUNDFELD, 2018, 113). Contudo, o que se descortina pela frente, e com muita frequência, são leis obrigando empresários a estenderem promoções aos clientes preexistentes à oferta,³ que criam o dever a toda pessoa física ou jurídica que disponibilize um local para estacionamento de contratar

3 Nas ADIs 5.399 e 6.191, STF, em processo da relatoria do ministro Roberto Barroso acertadamente assentou a seguinte tese “É inconstitucional lei estadual que impõe aos prestadores privados de serviços de ensino e de telefonia celular a obrigação de estender o benefício de novas promoções aos clientes preexistentes.” ADI 5.399/SP, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 9.6.2022; ADI 6.191/SP, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 9.6.2022. Além de reconhecer ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito civil, O STF entendeu que as leis impugnadas promovem uma indevida ingerência em relações contratuais firmadas entre particulares, sem que exista demonstração de qualquer conduta abusiva por parte do prestador.

seguranças como seus funcionários,⁴ que obrigam condomínios a contratar um guardião de piscina independentemente da sua profundidade,⁵ e que impõem aos donos de estabelecimentos a contratação de funcionários para o empacotamento de mercadorias.⁶ Leis que obrigam as indústrias, os comerciantes e consumidores a adotar um modelo de tomada de três pinos redondos que não existe nos grandes mercados do mundo ocidental.⁷

Há, na doutrina, debate sobre as *sunshine laws* (JONES, 2011), a autorregulação regulada, dispute board, e acerca da regulação retrospectiva (*regulatory lookback*) (JORDÃO; CUNHA, 2020), mas, ainda, não conseguimos, por exemplo, que o Brasil inteiro fique conectado em uma única voltagem: parte do país utiliza energia elétrica com 127 (antigo 110) e parte com 220 volts.

Em matéria de regulação, a literatura é praticamente uníssona, no sentido de que se deve estimular a priorização da ordenação de atividades econômicas por meio de agências reguladoras. No entanto, não são raras as tentativas do próprio Poder Executivo a que as agências estão vinculadas de esvaziar os seus poderes e do Poder Legislativo de disciplinar matérias técnicas que ele próprio deslegalizou em favor dessas autarquias de regime especial.⁸

No Direito Administrativo Sancionador, defende-se na doutrina a proporcionalidade das sanções e a proibição de dupla punição por um mesmo fato (*ne bis in idem*). A realidade, contudo, é diversa. Penas são aplicadas pelos distintos entes da federação com ampla discricionariedade

- 4 Na ADI 451, em processo da relatoria do Ministro Barroso, o STF decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei do estado do Rio de Janeiro que obrigava a pessoa que disponibilizasse um estacionamento a contratar seguranças. Além de reconhecer ofensa à competência da União para legislar privativamente sobre Direito Civil e Direito do Trabalho, também se identificou uma ofensa à livre iniciativa, haja vista que referida lei não poderia impedir a terceirização, muito menos interferir na escolha do empreendedor sobre se contratará ou não seguranças. A tese que ficou assentada foi a seguinte: “*Lei estadual que impõe a prestação de serviço segurança em estacionamento a toda pessoa física ou jurídica que disponibilize local para estacionamento é inconstitucional, quer por violação à competência privativa da União para legislar sobre direito civil, quer por violar a livre iniciativa.* 2. “*Lei estadual que impõe a utilização de empregados próprios na entrada e saída de estacionamento, impedindo a terceirização, viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho.*” ADI 451/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 1º.8.2017.
- 5 A Lei nº 3.721/2001 do estado do Rio de Janeiro prevê no seu artigo 1º que “É obrigatória a permanência de guardião de piscinas em piscinas localizadas nos prédios residenciais, de dimensões superiores a 6m x 6m, em hotéis, clubes sociais e esportivos, e nas academias de esportes e ginástica, em território fluminense”.
- 6 Ao julgar a ADI 907, o Plenário do STF, em posição defendida pelo Ministro Roberto Barroso, julgou inconstitucional uma lei do estado do Rio de Janeiro que obrigava os supermercados a prestarem o serviço de empacotamento aos seus clientes. STF. ADI 907. Tribunal Pleno. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Redator do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 01/08/2017. Publicação: 24/11/2017.
- 7 Nos Estados Unidos da América, as tomadas também são de três pinos, mas achatados. Na Europa, a tomada mais comum é a do tipo C, que possui apenas dois pinos redondos. A tomada de três pinos redondos do Brasil (tecnicamente denominada de NBR 14136) foi inspirada em um modelo publicado pela Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC 60906-1) que, por sua vez, se assemelha ao modelo utilizado na Suíça (SEV 1011 T12). O curioso é que essa tomada surgiu no Brasil com o objetivo de criar uma padronização, algo que efetivamente ocorreu, mas por meio de um padrão brasileiro que despreza o que predomina no mundo. Essa circunstância originou – e ainda origina – um custo adicional para os brasileiros sem que sequer haja qualquer estudo (análise de impacto regulatório ou análise de resultado regulatório) comprovando percentualmente a efetiva redução dos acidentes em virtude da inclusão de um terceiro pino redondo.
- 8 Ao julgar a ADI 5.501, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da Lei 13.269/16 que, contrariamente ao entendimento da ANVISA, permitia a comercialização da pílula do câncer (fosfoetanolamina sintética). ADI 5501. Tribunal Pleno. Relator: Min. MARCO AURELIO. Plenário, Sessão Virtual de 16.10.2020 a 23.10.2020. Julgamento: 26/10/2020. Publicação: 1º/12/2020.

e amparadas em conceitos extremamente vagos. Não raras vezes as sanções são excessivas, ou, no outro extremo, exageradamente brandas. E também é comum a dupla punição pelo mesmo fato, sob o fundamento de que as instâncias punitivas são diversas. O direito positivo não edificou, ainda, um sólido sistema de interdependência das instâncias para a materialização do que, até o momento, unicamente é defendido na teoria (ARAUJO, 2022).

A excessiva judicialização em face da Administração Pública é apresentada na literatura como algo atípico do Brasil, que recomenda a adoção de uma posição de autocontenção pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2009). Na prática, contudo, o Poder Executivo é, segundo o Painel de Grandes Litigantes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o maior litigante no país (2023). E as hipóteses em que o Estado brasileiro adota meios extrajudiciais de solução de controvérsias ainda não superam quantitativamente as ações distribuídas.⁹¹⁰

No que toca à relação do Direito Administrativo com o ordenamento jurídico internacional, a narrativa predominante na academia é a de que o Brasil precisa compatibilizar suas regras, modelos e práticas com o que o mundo oferece de mais eficiente. E essa uniformização de normas jurídicas e de padrões internacionalmente adotados contribui, sobremaneira, para o desenvolvimento econômico nacional, especialmente porque simultaneamente facilita a circulação de riquezas e reduz os custos de transação.

Nesse diapasão, os textos acadêmicos revelam a importância de se avançar rumo a um governo digital, à virtualização dos processos e ao incentivo por uma Administração Pública consentânea com a revolução 4.0 que se difunde mundialmente. No entanto, ainda convivemos, por exemplo, com o instituto do reconhecimento de firma,¹¹ da autenticação de documentos e com a possibilidade de edição de mais de cinco mil leis distintas sobre processo administrativo.¹² Mais um tema em que se torna fundamental

9 De acordo com o relatório Justiça em Número 2022 produzido pelo CNJ, o total de casos novos distribuídos em 2021 foi de 27,7 milhões, representando um crescimento de 10,4% em relação a 2020. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 105).

10 No que concerne especificamente a esse tema do controle judicial da Administração Pública, o Poder Judiciário deu um passo importante, no sentido de condicionar o ajuizamento de uma ação ao prévio requerimento administrativo. Essa contribuição também devemos ao Ministro Barroso que, ao relatar o RE 631.240, decidiu que o ajuizamento de uma ação previdenciária depende, como regra, da formulação do prévio requerimento administrativo (BRASIL, 2014).

11 Para os que não são brasileiros, o reconhecimento de firma é o ato do tabelião que atesta que a assinatura lançada em um documento foi efetivamente feita por quem o tabelião reconhece como autora do ato. E existem duas espécies: o reconhecimento por autenticidade e reconhecimento por semelhança. No primeiro, aquele que assinou precisa comprovar pessoalmente que assinou. No segundo caso, o tabelião certifica que a assinatura é semelhante àquela já lançada em seus livros. Esses procedimentos, embora superados pela tecnologia já disponível amplamente no mercado e pelo próprio governo federal de forma gratuita no Gov.br, ainda são exigidos por parcela expressiva da Administração Pública.

12 O Senador Rodrigo Pacheco apresentou no Senado o PLS 2.481/2022 que foi redigido por uma comissão de juristas criada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Senado. No referido projeto de lei, há uma proposta de tornar a Lei nº 9.784/99 uma lei de caráter nacional que seria aplicável a todos os entes da federação. Disponível em: Para consulta ao texto, confira o seguinte link: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/docu mento?dm=9199165&ts=1686866399530&disposition=inline&_gl=1*1iz8sld*_ga*MjAyNyM1MjIzLjE2NjI3Mjc3NDg*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MTk2NjA2My44LjAuMTY5MTk2NjA2My4wLjAuMA.. Acesso em: 13/08/2023.

reduzir o enorme vão existente entre o plano da teoria e o mundo real, a fim de se conferir plena efetividade aos direitos fundamentais e possibilitar, no dizer do homenageado, “*a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e ser da realidade social*” (BARROSO, 1996, p. 326).

Devemos, assim, refletir sobre como é possível reduzir essa diferença entre o atual estágio do desenvolvimento da teoria e a realidade no nosso país. Uma das estratégias que tem se mostrado eficiente nessa tarefa é a da concretização da teoria administrativa por médio da jurisdição constitucional. E o Ministro Luís Roberto Barroso tem desempenhado um exímio papel como magistrado nesse sentido.

A partir de agora, concentraremos nossa análise em três exemplos marcantes extraídos da jurisdição constitucional que contaram com a participação do Ministro Luís Roberto Barroso e que revelam sua preocupação com a concretização daquilo que é defendido na literatura como forma de consolidar o Estado de Direito, promover a tutela de direitos humanos e fortalecer a democracia na nossa república. Os três temas escolhidos são os seguintes: i) Intervenção do Estado no domínio econômico e a livre iniciativa: o caso Uber; ii) Delimitação objetiva da judicialização da saúde e autotenção judicial, e iii) Ensino religioso nas escolas públicas.

3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E À LIVRE INICIATIVA: O CASO UBER

O Estado possui a prerrogativa de intervir no domínio econômico para o benefício da coletividade. Age para proibir a comercialização de substâncias danosas à saúde, para tutelar os empregados, para assegurar uma relação de consumo mais equilibrada, para proteger o meio ambiente, e para garantir inúmeros outros valores relevantes sob a ótica da nossa Constituição da República.

Ocorre que a mesma Constituição que garante essa intervenção, também preconiza a livre iniciativa como princípio protetor do exercício de atividades econômicas por particulares (GRAU, 2023). O Direito Público brasileiro enaltece, e com razão, a livre iniciativa, de tal forma que o Estado não está autorizado a invadir de maneira desproporcional este sagrado espaço do particular para fazer escolhas que são de responsabilidade e risco de quem explora uma atividade econômica. Se o supermercado terá ou não estacionamento, se ele será gratuito ou remunerado, isso é decisão a ser tomada pelo particular, e não pelo Estado, que não pode pretender assumir, de forma paternalista, escolhas que não lhe cabem.

Diante do conflito entre o princípio da livre iniciativa e os demais bens jurídicos que com ele convivem em um perene estado de tensão (tutela do consumidor, por exemplo), não se pode permitir que o Estado substitua

por completo a vontade do particular sobre o formato de organização do seu próprio negócio. A escolha de cada um quanto ao modo como irá explorar sua atividade merece total respeito, notadamente por ser uma autêntica projeção da própria personalidade do empreendedor. A intervenção estatal nesta seara será, por outro lado, muito bem-vinda quando realizada para promover a segurança e dignidade das pessoas sem asfixiar a liberdade de empreender.

Em 2019, o Plenário do STF decidiu duas ações em que o tema central foi o litígio sobre a constitucionalidade da proibição legal do transporte remunerado individual de pessoas. Das duas ações, a APDF 449 (BRASIL, 2019.b) foi de relatoria do Ministro Luiz Fux e o Ministro Barroso foi o relator do Recurso Extraordinário 1.054.110 (BRASIL, 2019.a). No referido recurso, interposto pela Câmara de Vereadores do município de São Paulo, houve questionamento de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que declarou a inconstitucionalidade da Lei municipal nº 16.279/2015. Referida lei proibiu o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas.

O TJSP declarou a inconstitucionalidade material da aludida lei municipal, firme no fundamento de que ela, ao proibir uma atividade privada, afrontou os princípios da livre iniciativa e da razoabilidade. Em suas razões recursais, o Poder Legislativo do município de São Paulo sustentou que o transporte individual remunerado de passageiros sem o consentimento prévio estatal seria um verdadeiro “taxi clandestino”, que ocasionaria riscos para o usuário e originaria uma injusta competição.

Em seu voto pelo desprovimento do recurso interposto, o relator Ministro Barroso destacou os seguintes pontos: i) natureza privada da atividade de transporte individual remunerado de passageiros, nos termos do que previsto na Lei nº 13.640/18; ii) necessidade de se analisar a matéria com base no princípio da livre iniciativa e no princípio da livre concorrência; iii) a existência de uma disputa inegável entre as soluções apresentadas por novas tecnologias e as formas tradicionais de oferecimento de serviços; iv) o Estado precisa lidar com essas inovações sem impedir o progresso e tentar criar uma via conciliatória possível; v) a necessidade de o Brasil abandonar o “capitalismo de compadrio”, “capitalismo de Estado” e incentivar a livre iniciativa; “um capitalismo com risco privado, concorrência, empresários honestos, regras claras e estáveis propiciadoras de um bom ambiente de negócios” (BRASIL, 2019.a, p. 5-6); vi) a livre iniciativa tem uma dimensão econômica, mas, também, uma dimensão pessoal que se extrai dos direitos da personalidade, na medida em que se refere às escolhas existenciais das pessoas; vii) uma lei não pode arbitrariamente retirar uma determinada atividade econômica da liberdade de empreender das pessoas; viii) a competição entre os agentes econômicos e a liberdade de escolha dos usuários é que produzem

qualidade e preços justos, e ix) a assimetria regulatória não viola a isonomia e produz o salutar efeito de promover a competição.

Ao final do julgamento, a seguinte tese ficou assentada:

1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI).

A análise dos fundamentos empregados pelo homenageado em seu voto nos permite concluir que o princípio da livre iniciativa encartado logo na porta de entrada da Constituição da República deve ter como função primordial impedir que o Estado asfixie a liberdade que cada um de nós possui de empreender. Ao Estado não cabe, assim, proibir – ou dificultar ao extremo – o surgimento de novas atividades econômicas capazes de destruir criativamente modelos anteriores, salvo quando elas, excepcionalmente e de forma sobejamente comprovada, comprometerem valores constitucionais tão ou mais valiosos do que a livre iniciativa.

As inovações tecnológicas surgem, cada vez mais, de maneira disruptiva, e, por mais que haja resistência ao que é novo, o Estado não pode querer proteger o que já se tornou superado. Daí porque a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso do Uber merece ser aplaudida. No caso, as ideias predominantes na literatura sobre intervenção no domínio econômico e sua necessária conciliação com a livre iniciativa ganharam vida no voto do Ministro Barroso, bem como nos lançados pelos demais Ministros que o acompanharam.

Sob outro prisma, a velocidade das transformações provocadas pela tecnologia é atualmente tamanha que a incorporação das novidades no Brasil tem sido filtrada pelo Supremo Tribunal Federal. Não tem havido tempo hábil para o Poder Legislativo editar uma lei, nem mesmo para o Poder Executivo internalizar uma matéria por meio de tratados, pois a novidade, em tempos de revolução 4.0, se torna realidade de forma praticamente instantânea.

Essas circunstâncias provocam profundas modificações nas relações entre os poderes do Estado, e o Judiciário acaba por assumir um protagonismo ímpar (BARROSO; OSÓRIO, 2018). Uma das razões que pode ser apontada para este cenário é a inexistência de uma consolidada arena internacional para um debate célere e profundo acerca da necessidade de universalização normativa de temas que interessam a mais de um país, tal como é o caso do Uber, Airbnb, canais de *streaming* e de outras matérias com características semelhantes.

Tradicionalmente, o Direito Internacional se ocupa de matérias de interesse transnacional e o processo decisório se realiza no âmbito dos organismos internacionais multilaterais por meio dos corpos diplomáticos. É o Poder Executivo de cada Estado que participa do processo decisório em nível internacional, sendo o texto final internalizado no Brasil com o aval do Congresso Nacional.¹³

Como não tem havido tempo hábil para a construção de normas sobre temas inovadores no plano interno (Poder Legislativo) e nem mesmo no âmbito internacional (Executivo + Legislativo), o Poder Judiciário é provocado e precisa fazer escolhas. Foi o que ocorreu, por exemplo, nos casos do Uber (BRASIL, 2019.a; BRASIL, 2019.b) e do Buser (BRASIL, 2023.b). Em relação ao Airbnb, o STJ já possui decisões permitindo que os condomínios proíbam o aluguel de imóveis pela referida plataforma digital (BRASIL, 2021.a; BRASIL, 2021.b).

Nesse contexto, o Direito Administrativo, tradicionalmente focado no âmbito local e nas relações jurídicas entre a Administração Pública de um país e os seus administrados, deve ter um firme compromisso com o desenvolvimento de espaços de deliberação administrativa e institutos com uma funcionalidade e aplicação transnacional. Evita-se, com isso, que as decisões que interessam ao mundo e aos consumidores globais sejam tomadas exclusivamente com amparo no que pensam as autoridades locais.

O Direito Administrativo Global, disciplina que ganhou fôlego com o projeto *Global Administrative Law (Direito Administrativo Global)* da Universidade de Nova Iorque, reconhece este fenômeno e estimula a criação de um espaço decisório plural de composição transnacional e não apenas estatal (BADIN, 2008; BENVENISTI, 2004; BERMAN, 2012; CASSESE et al., 2008). A origem desse novo ramo do Direito Público remonta ao artigo acadêmico *The Emergence of Global Administrative Law (O Surgimento do Direito Administrativo Global)* publicado em 2005 pelos professores Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart (2023).

A sociedade civil, os grupos econômicos e as autoridades estatais precisam criar este espaço comum para a tomada de decisão, especialmente, porque, nos dias de hoje, as decisões sobre novas tecnologias normamente interessam a toda a humanidade. A solução para um conflito oriundo de uma novidade tecnológica não pode depender das virtudes ou vicissitudes de um dado órgão estatal. Neste tema, precisamos evoluir, a fim de que as decisões sobre matérias de interesse da comunidade mundial ostentem uma legitimidade democrática global.

13 Constituição da República: Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

4. DELIMITAÇÃO OBJETIVA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

A atuação do homenageado no aprimoramento da judicialização da saúde e da autocontenção judicial, dois temas muito caros ao Direito Administrativo, também é marcante. No exercício da jurisdição constitucional nessa matéria, o Ministro Barroso tem procurado aproximar o que é teoricamente defensável da realidade.

A análise dos argumentos lançados pelo Ministro Luís Roberto Barroso em decisões sobre o direito à saúde nos permite concluir, por exemplo, que sua visão é simultaneamente humanista e atenta às dificuldades orçamentárias do estado brasileiro.

Um processo de extrema relevância sobre o tema da judicialização da saúde que teve o homenageado como redator do acórdão foi o RE 657.718 (BRASIL, 2019.c). Nele, o que se debatia nos autos era a existência do dever do Estado de fornecer, em virtude de uma decisão judicial, medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A tese assentada foi a seguinte:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

A leitura dos parâmetros acima nos leva a algumas conclusões. Em primeiro lugar, o Poder Judiciário não pode vulgarizar a liberação de medicamentos que ainda não foram registrados na agência reguladora com competência para tanto. O contrário esvaziaria o sentido da existência dessas autarquias de regime especial. Em segundo lugar, o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA pelo Poder Judiciário é uma medida excepcional, que fica condicionada à existência de mora administrativa na apreciação do pedido. Em terceiro lugar, o pedido de registro precisa ter sido feito à ANVISA, o medicamento deve ter registro em renomadas agências

do exterior e não pode existir substituto terapêutico no Brasil. Há, assim, uma nítida preocupação do Ministro Barroso com a autocontenção do Poder Judiciário, a fim de evitar que juízes se tornem administradores públicos da área da saúde ou verdadeiros médicos.

A fixação desses requisitos estabelecidos na tese do RE 657.718 é extremamente relevante, pois sinaliza, tanto para as partes de um processo quanto para o sistema de justiça como um todo, o caráter excepcional da função jurisdicional, inclusive em matéria de saúde pública. E, diante do rigor e clareza dos parâmetros estabelecidos, o resultado de uma ação judicial torna-se mais previsível. Mais um exemplo, portanto, de concretização na jurisdição constitucional daquilo que é defendido na teoria. Daniel Wang, a título de ilustração, questiona, a nosso sentir acertadamente e na mesma linha que a defendida pelo homenageado, a excessiva judicialização da saúde e aponta seus efeitos deletérios, nos seguintes termos:

A judicialização gera um gasto muito difícil de planejar, com custos de oportunidade enormes e crescentes, suportados pelos outros usuários do SUS. O orçamento da saúde não consegue acompanhar a expansão dos gastos ordenados pelo Judiciário, e o custo da judicialização espreme os recursos para outras ações e serviços de saúde, como assistência farmacêutica, assistência médico-hospitalar, atenção primária, medidas preventivas etc. Essa grande realocação de recursos dentro do orçamento do SUS tem implicações na equidade em saúde. (2021, p. 853)

Em outro processo, vale dizer, no RE 566.471, em que a controvérsia se referia ao dever do estado de fornecer medicamentos de alto custo, o Ministro Barroso também lançou um voto alinhado com sua posição já adotada no RE 655.718.¹⁴ Naquele recurso, o homenageado sugeriu, em forma de tese, parâmetros objetivos para o surgimento do excepcional dever estatal de fornecimento de medicamentos de alto custo (BRASIL, 2007).¹⁵ A análise dos critérios empregados pelo Ministro Barroso torna possível visualizar a essência do pensamento do homenageado no tema, que: i) adota, mais uma vez, uma postura de autocontenção judicial, evitando que

14 No momento em que escrevemos este artigo, o julgamento do RE 566.471 ainda não havia sido concluído.

15 EMENTA. SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (...) e do **voto do Ministro Roberto Barroso, que fixava a seguinte tese:** “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020. (Grifamos)

o Judiciário substitua a Administração Pública; ii) parte da premissa de que os recursos públicos não são ilimitados, e que, por essa razão, existiria a necessidade de demonstração, pelo paciente, de sua incapacidade financeira, e iii) propõe um diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e as autoridades e profissionais da área de saúde como forma de estimular a decisão administrativa sobre a incorporação do medicamento no âmbito do SUS.

Os critérios sugeridos pelo homenageado em seu voto são acertados e contribuem para o avanço na forma como o problema da judicialização da saúde pode ser enfrentado. Materializa-se, com esse encaminhamento, o que é predominantemente proposto na literatura, evitando-se a crença em sonhos inalcançáveis em um país com sérias dificuldades orçamentárias. Nesse ponto, uma maior autocontenção judicial acompanhada de um diálogo interinstitucional para o empoderamento da Administração Pública são soluções que efetivamente resolvem problemas e diminuem o vão entre o ideal e o real.

5. ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS: O CASO DA ADI 4.439

No julgamento da ADI 4.439 (BRASIL, 2018.b), da relatoria do Ministro Roberto Barroso, o STF teve de se pronunciar a respeito da constitucionalidade do art. 33, §1º e 2º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional¹⁶ e do art. 11, §1º, do Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010.¹⁷ A controvérsia se referiu especificamente à possibilidade de as escolas públicas adotarem o ensino confessional de matrícula facultativa.

A maioria dos Ministros do STF votou pela improcedência do pedido e reconheceu ser correta a interpretação de que os dispositivos impugnados permitiam que as escolas públicas adotassem o ensino religioso confessional (aquele que professa uma religião específica com o objetivo de angariar novos fiéis), desde que a matrícula dos alunos na aludida disciplina fosse

16 Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

17 Artigo 11. A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.

§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

facultativa. A posição do relator ficou vencida, mas o julgamento foi apertado (seis a cinco).¹⁸

Em seu voto vencido, o Ministro Barroso defendeu a necessidade de se interpretar as normas questionadas conforme à Constituição, de maneira que o ensino religioso em escola pública não fosse confessional. Na sua fundamentação, destacou que:

(...) há três problemas - na tese de que é possível o ensino religioso confessional – de identificação entre o Estado e Igreja. O primeiro: o espaço público, que é a sala de aula, estaria sendo cedido para a pregação de uma religião específica. Em segundo lugar, o segundo momento de identificação proibida entre Estado e religião é o de permitir que professores sejam admitidos como representantes das religiões, porque, de novo, há uma identificação entre o Estado e a Igreja, porque alguém admitido pelo Estado é um servidor público e um servidor público representa o Estado ou apresenta o Estado, como se prefira. E, em terceiro lugar, haveria o problema de o Estado remunerar este professor representante de uma confissão religiosa. Portanto, com todo o respeito por quem tenha convicção diferente, o ensino religioso confessional viola a laicidade porque identifica Estado e Igreja, o que é vedado pela Constituição (BRASIL, 2018.b, p. 12-13).

Além desses três obstáculos constitucionais acima, o voto do Ministro Barroso é o que, considerada a realidade orçamentária do estado brasileiro, torna viável o ensino religioso nas escolas públicas com atenção ao pluralismo e ao direito das minorias. E esse aspecto não passou despercebido pelo Ministro Barroso em seu voto, *in verbis*:

De acordo com o novo mapa das religiões, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas com base em dados do IBGE, existem, no Brasil, 140 denominações religiosas identificadas. É materialmente impossível que a escola pública, respeitando a igualdade das religiões, ofereça condições para que 140 religiões diferentes e alternativas sejam ministradas dentro das salas de aula. Logo, algumas religiões terão que ser favorecidas. O que acontecerá, como dito da tribuna, será o favorecimento das religiões majoritárias. Ora, qualquer política pública ou qualquer interpretação

18 Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, que proferiu voto em assentada anterior. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 27.9.2017. Trecho da ementa do julgado: “7. Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

que favoreça uma religião, mesmo que majoritária, quebra a neutralidade do Estado nessa matéria. Portanto, o ensino religioso confessional é incompatível com a laicidade também pela impossibilidade de preservação da neutralidade do Estado em relação às religiões (BRASIL, 2018.b, p. 13).

A Administração Pública tem, por imperativo constitucional, a missão de garantir o ensino público gratuito e o pluralismo de ideias por meio de uma gestão democrática.¹⁹ O Brasil possui mais de cinco mil entes da federação e cada um tem suas escolas. E uma grande virtude de nosso país é que temos uma vasta variedade cultural e, em especial, de identidade religiosa. Pesquisa realizada pelo DATAFOLHA chegou à conclusão de que os brasileiros se identificam proporcionalmente com as seguintes religiões: i) Católica: 50%, ii) Evangélica: 31%, iii) Espírita: 3%, iv) Umbanda, candomblé ou outras religiões afro-brasileiras: 2%, v) Outra: 2%, vi) Não tem religião: 10%, vii) Ateu: 1%, e viii) Judaica: 0,3% (G1, 2023.a).

Em um cenário como este, em que há uma larga variedade de religiões e 2% da população brasileira adota uma “outra religião” distinta daquelas que são predominantes, a solução proposta pelo homenageado em seu voto da ADI 4.439 é a que melhor tem condições de reduzir o vão entre o que se defende na teoria (liberdade de religião, pluralismo cultural e laicidade do Estado) e a realidade. As escolas públicas brasileiras não conseguem remunerar adequadamente seus professores²⁰ e nem mesmo contratá-los para todas as disciplinas. Adotando-se o ensino confessional na rede pública, tal como foi reconhecido pelo STF, cada escola pública passaria a, em tese, ter de oferecer aos seus alunos uma aula confessional para cada escolha religiosa pessoal, e, ainda, assegurar, aos que não possuem uma religião específica e aos ateus, o direito de terem aulas sobre essa dimensão do conhecimento.

Na prática, e com todo respeito que a posição vencedora no STF merece, as escolas públicas brasileiras não terão condições de garantir a todos os seus alunos o direito de escolher uma disciplina de sua religião específica. A posição defendida pelo autor, e acompanhada pelos Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello, possibilita, por sua vez, que uma escola pública tenha uma única disciplina religiosa de natureza não confessional. Uma aula em que um único professor pode ensinar valores universais comuns a todas as religiões, e de maneira a, também, respeitar ateus e os que não possuem uma religião específica. A posição vencedora exige em tese, todavia, da Administração Pública algo que apenas

19 A Constituição da República trata do tema em variadas passagens: em seu art. 6º apresenta o direito à educação como um direito social, no seu art. 205 predica que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, em seu art. 206 incisos III e IV, assegura o direito ao pluralismo de ideias e a gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais.

20 Segundo dados do INEP referentes ao ano de 2020, os professores da rede pública estadual recebem mensalmente por uma jornada de 40 horas semanais, em média, R\$4.947 e na rede pública municipal R\$4.897. Cerca de mil dólares norte-americanos por mês (G1, 2023.b).

muito excepcionalmente será viável na prática: o ensino confessional para todas as religiões dos alunos. Em lugar de um único professor, uma escola pública, ainda que diminuta, terá de, em tese, oferecer tantas aulas de ensino confessional quantas forem as escolhas religiosas dos seus estudantes.

É insatisfatório eventual argumento de que a escola pública não estaria obrigada a, por força da decisão do STF, oferecer tantas disciplinas religiosas quantas fossem as escolhas religiosas de seus alunos, e também insuficiente o raciocínio de que ela, consoante referido *decisum*, só não poderia obrigá-los a se matricular na aula de religião. Seria uma compreensão que desconsidera os aspectos constitucionalmente mais relevantes do tema, pois, neste caso, não teríamos a promoção da igualdade de condições e o pluralismo de ideias no ensino público (art. 206, I e III, da CRFB). Esses valores não são respeitados quando, na prática, um aluno pode optar por ter aula de sua devoção específica e outro, por pertencer a uma religião com menos adeptos, dificilmente terá esta oportunidade, porque a escola não terá estrutura para tanto. Muito provavelmente o que ocorrerá no cotidiano das escolas públicas será o oferecimento de uma ou duas aulas de religiões específicas que tenham o maior número de fiéis, o que é indesejável.

O fato de um aluno do ensino público poder escolher se frequentará ou não a disciplina de ensino religioso confessional de sua fé disponibilizada pela escola não é suficiente como solução constitucional. É que essa facultatividade não proporciona uma igualdade de tratamento com aquele aluno que, por circunstâncias da vida, não teve esta oportunidade de escolha, em razão de ser devoto de uma religião brasileira com menos seguidores. Quando um estudante de uma religião menos difundida escolhe não participar de uma aula de religião, porque ela é confessional, mas de doutrina diversa da sua, isso não o coloca no mesmo patamar de ensino do aluno que pode frequentar aulas sobre sua religião específica, porque ela lhe foi oferecida. Por essa razão, a facultatividade assegurada ao estudante não resolve o problema e torna maior o vão entre o que se defende na teoria (pluralismo religioso, laicidade estatal, liberdade de aprender e igualdade de condições na escola) e a prática (oferecimento de uma ou duas classes de ensino religioso confessional prestigiando as religiões seguidas por um maior número de alunos).

A posição sustentada pelo homenageado em seu voto, portanto, serve de exemplo de uma abordagem do Direito capaz de aproximar o mundo platônico do aristotélico, tornando concreto o desenvolvimento econômico e social do Brasil com uma visão humanitária e plural da sociedade. Nesse sentido, o pensamento de Immanuel Kant quando chama atenção para o fato de que “*se exige também entre a teoria e a prática um membro intermediário que faça a união e a passagem de uma para a outra*” (2015, p. 11).²¹ E isso é tão ou

21 No original “*se exige también entre la teoría y la práctica un miembro intermediario que haga enlace y el pasaje de la una a la otra*”.

mais importante que o próprio desenvolvimento da teoria, especialmente porque *“tudo o que é, de acordo com a moral, correto para a teoria também terá de valer para a prática”* (KANT, 2015, p. 245).²² Uma construção teórica, considerada isoladamente e dissociada da realidade, perde sua relevância se não for dotada de mecanismos efetivos para ser implementada. A abordagem científica do papel dos princípios da Administração Pública, tais como o da moralidade e da eficiência, com um olhar atento para as medidas a serem adotadas para a sua concretização é, portanto, um fenômeno que prestigia as valiosas lições de Kant acima mencionadas, no sentido de que o intervalo entre o abstrato e o concreto deve ser estreitado e aquilo que se legitima na teoria também deve valer para o mundo real.

CONCLUSÃO

O Direito Administrativo contemporâneo evoluiu horizontal e verticalmente em relação ao seu cardápio temático do século XX. Tornou-se mais complexo e desafiador. Um amadurecimento capaz de, irmanado com o Direito Constitucional, estimular o pleno desenvolvimento de um país.

O Direito Administrativo brasileiro tem acompanhado as mais profundas transformações do Estado brasileiro com louvor. E a ampliação do seu escopo ao longo dos anos, em conjunto com a sua elasticidade, permitiram que ele acompanhasse grande parte das demandas da pós-modernidade. Atualmente, contudo, outros grandes desafios se apresentam para referida disciplina: o de não se distanciar do mundo criado pela Quarta Revolução Industrial e o de perceber o contundente impacto das inovações disruptivas nos institutos jurídicos tradicionais. Esta nova fase demanda um olhar do Direito Administrativo também para fora das fronteiras do Estado-nação. E não é recomendável esperar muito para a concretização de novas ideias e conceitos já desenvolvidos pela academia. O trem que hoje em dia passa é de alta velocidade e não espera muito na plataforma. Deixa para trás – em todos os aspectos – a sociedade que demora no esforço de encurtar o vão entre o mundo das ideias e o real.

Ao longo do texto, abordamos três temas específicos que têm em comum o fato de contarem com a expressiva contribuição do homenageado Ministro Luís Roberto Barroso na jurisdição constitucional para a redução da distância entre o que é sustentado no campo das ideias e a realidade brasileira: i) o caso do Uber; ii) o tema da judicialização da saúde, e iii) o ensino religioso nas escolas públicas.

O caso do Uber julgado pelo STF é um autêntico exemplo de como as inovações disruptivas estão sendo incorporadas pelos países mais

22 No original *“todo lo que en la moral es correcto para la teoria también tiene que valer para la práctica”*.

recentemente. Não há tempo hábil para leis locais e nem mesmo para a formalização de tratados sobre essas matérias que, nitidamente, são de interesse transnacional. E isso faz com que o Poder Judiciário brasileiro, em especial o STF, assuma um protagonismo na construção de soluções que tradicionalmente não lhe cabiam. A escolha sobre a adoção ou não de uma nova tecnologia por um país que seja capaz de destruir criativamente modelos de negócios já consolidados e que tenha repercussão internacional reclama a adoção de um procedimento decisório plural, transnacional e que conte com a participação de todos os atores envolvidos: autoridades estatais, grandes corporações, organizações não governamentais, consumidores etc.

Daí a relevância de se dispensar uma devida atenção para o Direito Administrativo Global e para as ideias que são defendidas por esta nova disciplina que aposta, dentre outras coisas, na formação de uma rede transnacional de regulação.

No que concerne especificamente à abordagem do texto à judicialização da saúde, ela é feita para demonstrar a expressiva contribuição do Ministro Barroso na evolução dessa matéria. O homenageado revelou, em tese por ele proposta no STF, sua preocupação com o estabelecimento de regras capazes de incentivar a tão almejada autocontenção judicial. A criação de parâmetros objetivos e rigorosos para que o Estado seja obrigado a fornecer medicamentos por decisão judicial evita o cenário do tipo “tudo para todo mundo” e confere racionalidade à matéria ao evitar custos de transação para os demais atores do SUS. Concilia-se, assim, a necessidade de o fornecimento pelo Estado de medicamentos não registrados na ANVISA ser excepcional com o necessário empoderamento da Administração Pública para a tomada desse tipo de decisão.

Noutro giro, no litígio envolvendo a controvérsia sobre a constitucionalidade do ensino religioso nas escolas públicas, e particularmente, se ele poderia ser ou não confessional, a tese defendida pelo Ministro Barroso, e que nos parece mais acertada, ficou vencida, muito embora tivesse sido acompanhada por outros quatro Ministros. Nela há firme defesa, no sentido de que o texto constitucional impõe ao Estado uma atuação laica e plural em matéria de liberdade religiosa. Considerando-se a variedade de religiões existentes no nosso país, bem como a precária situação do ensino público brasileiro, que impossibilita a contratação de um professor para ensinar sobre cada religião existente, a única alternativa para o ensino religioso é a de que ele não seja confessional. Por mais uma vez, o homenageado procurou reduzir o largo vão existente entre o que se defende no campo das ideias (pluralismo, laicidade estatal e liberdade religiosa) e a realidade (precariedade da estrutura do ensino público brasileiro e impossibilidade de cada aluno de escola pública ter o direito ao ensino religioso confessional de sua fé específica).

Em conclusão, percebe-se, com esta pesquisa alicerçada em decisões oriundas do STF, que referido tribunal tem sido um dos protagonistas

na implementação concreta daquilo que a academia considera relevante do ponto de vista teórico para a construção de um Estado de Direito permeado por valores como a tutela de direitos humanos, o respeito à democracia, à autonomia da vontade e à livre iniciativa. A jurisdição constitucional está, assim, viabilizando a transformação do Estado e da sociedade à luz da incorporação das novas ideias e institutos desenvolvidos no âmbito do Direito Administrativo contemporâneo. Uma abordagem focada em tornar real o que, na perspectiva teórica do Direito Público, contribuirá para conciliar o necessário desenvolvimento econômico e social com a proteção dos direitos humanos em um ambiente republicano e democrático.

Nessas circunstâncias, o papel da doutrina do Direito Administrativo deve continuar a ser o de apresentar soluções, desconstruir institutos superados e promover o avanço teórico. Se a teoria não for implementada, a responsabilidade não pode ser atribuída a quem defendeu as ideias, mas é extremamente oportuno, para a aceleração do processo civilizatório de um país, que o desenvolvimento teórico do Direito Administrativo tenha esse olhar e desejo sincero de se transformar em realidade. E a jurisdição constitucional já provou ser um bom caminho para se chegar a este desejável resultado.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. In: *Revista Jurídica da Presidência Brasília* v. 23 n. 131 Out. 2021/Jan. 2022 p. 629-653. <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2022v23e131-1875>.

_____. *O Princípio da Proteção da Confiança*. Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado. 2ª edição. Editora Impetus, 2016.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1995.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez. El Proyecto Derecho Administrativo Global: Una Reseña desde Brasil. Octubre 2008. *Revista de Derecho Público*, v. 24. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *A República que ainda não foi*: Trinta anos da Constituição Brasileira na visão da escola de direito. Salvador: Fórum, 2018.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

_____. Osório, Aline. Democracia, Crise Política e Jurisdição Constitucional: o Protagonismo da Suprema Corte do Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, mai./ago. 2018, ps. 1-18.

BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de Expressão e Democracia na Era Digital*. Salvador: Fórum, 2022.

BENVENISTI, E. *Public Choice and Global Administrative Law: Who's Afraid of Executive Discretion?* IILJ Working Paper 2004/3

BERMAN, A. *The Role of Domestic Administrative Law in the Accountability of Transnational Regulatory Networks: The Case of the ICH*. IRPA GAL Working Paper 2012/1.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar: 2014.

BRASIL. Presidência da República. *PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO*. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *REsp 1.884.483 / PR*, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data do Julgamento: 23/11/2021, Data da Publicação/Fonte: REPDJe 02/02/2022, DJe 16/12/2021. 2021.a

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *REsp 1.819.075 / RS*, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Relator para Acórdão: Ministro Raul Araújo, Data do Julgamento: 20/04/2021, Data da Publicação/Fonte: DJe 27/05/2021. 2021.b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 566.471 RG*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15/11/2007. Publicação: 07/12/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 631.240*. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 03/09/2014. Publicação: 10/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 907*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 01/08/2017. Publicação: 24/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 451/RJ*, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 1º.8.2017. Publicação: 09/03/2018. 2018.a

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 4.439*. Relator: Min. Roberto Barroso, Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 27/09/2017, Publicação: 21/06/2018. 2018.b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 1.054.110/SP*, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 8 e 9.5.2019. Julgamento: 09/05/2019. Publicação: 06/09/2019. 2019.a

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADPF 449/DF*, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8 e 9.5.2019. Julgamento: 08/05/2019. Publicação: 02/09/2019. 2019.b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 657.718/MG*, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 22.5.2019. Publicação: 25/10/2019. 2019.c

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 5501*. Relator: Min. Marco Aurélio. Sessão Virtual de 16.10.2020 a 23.10.2020. Julgamento: 26/10/2020. Publicação: 1º/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 5.399/SP*, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 09.6.2022. Publicação: 07/12/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 6.191/SP*, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 9.6.2022. Publicação: 19/09/2023. 2023.a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 5.549*, Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 29/03/2023. Publicação: 1º/06/2023. 2023.b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 6.270*, Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 29/03/2023. Publicação: 1º/06/2023. 2023.c

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de Direito Urbanístico*. Salvador: Juspodium, 2015.

CASSESE, S., CAROTI, B., CASINI, L., MACCHIA, M.; MACDONALD, E., SAVINO, M. (2008). *Global administrative law: cases, materials, issues*. IRPA/IIIJ.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022* - Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2022.

DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. 3º Edição. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2021.

FUX, Luiz; MARTINS, Humberto; ARAUJO, Valter Shuenquener de (Coordenadores). CHINI, Alexandre; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro (Organizadores). *O Judiciário do Futuro. Justiça 4.0 e o processo contemporâneo*. São Paulo: *Thompson Reuters-Revista dos Tribunais*, 2022. ISBN: 978-65-5991-133-2, 498 páginas.

G1. 50% dos brasileiros são católicos, 31%, evangélicos e 10% não têm religião, diz *Datafolha*. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/13/50percent-dos-brasileiros-sao-catolicos-31percent-evangelicos-e-10percent-nao-tem-religiao-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 13/08/2023. 2023.a.

G1. *Quanto ganha o professor?* Cidades vão do desrespeito ao piso até salário de R\$ 19 mil; veja valor onde você mora. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2023/08/12/quanto-ganha-o-professor-cidades-vao-do-desrespeito-ao-piso-ate-salario-de-r-19-mil-veja-onde-voce-mora.ghtml>. Acesso em: 13/08/2023. 2023.b.

GARCIA, Flávio Amaral. *A Mutabilidade nos Contratos de Concessão*. 2ª Edição. Bahia: Juspodium, 2023.

GRABOSKY, Peter. Meta-regulation. In: *Regulatory Theory: Foundations and applications*, ps. 149-161. Canberra: Australian National University Press, 2017.

GRAU, Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 20ª edição. Bahia: Juspodium, 2023.

JONES, Charnell. *Administrative Law: A Research Paper on Government in the Sunshine Act*. ebookKindle, 2011.

JORDÃO, Eduardo; CUNHA, Luiz Phillippe. *Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva*. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 123, p. 227-255, set./out. 2020.

KANT, Immanuel. Teoría y Praxis. *Livro digital*. Editorial Fuego Azul: Espanha, 2015.

KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Disponível em: <http://law.duke.edu/journals/lcp>. Acesso em: 14 de junho de 2023.

MARRARA, Thiago (Coord.); GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coord). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016.

MOTTA, Fabrício (Coord.), VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). Governo Digital e a Busca por Inovação na Administração Pública: *A Lei N° 14.129*, de 29 de Março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2008.

PAINEL DE GRANDES LITIGANTES DO CNJ. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 14/08/2023.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. Liberdade Econômica e Limites Constitucionais à Regulação dos Serviços Privados de Transporte. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 105-125, set/dez, de 2018.

WANG, D. W. L. (2021). REVISITANDO DADOS E ARGUMENTOS NO DEBATE SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. *REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, 7(2), 849–869. <https://doi.org/10.21783/rei.v7i2.650>.

WENDLAND, Matthias (Coord.), EISENBERGER, Iris (Coord.), NIEMANN, Rainer. *Smart Regulation: Theorie Und Evidenzbasierte Politik*. Heidelberg: Mohr Sibeck, 2023.