TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO*

CAIO TÁCITO

I

A autonomia do Direito Administrativo é associada, na doutrina francesa — à qual se filia, historicamente o direito brasileiro — à instauração do liberalismo político que passa a subordinara ação do Estado à afirmação de direitos e liberdades individuais. Na medida em que o poder absoluto sujeita-se ao império da lei, a conseqüente limitação de poderes administrativos permite conceber o controle de legalidade sobre a autoridade do Estado em benefício do administrado.

Na lição de ZANOBINI, o direito de polícia constitui o precedente histórico do Direito Administrativo. Todavia, é a acolhida do princípio da separação de poderes e a submissão do poder executivo às normas emitidas pelo poder legislativo que levam a existência autônoma do Direito Administrativo:

"O ato de nascimento do direito administrativo é geralmente encontrado na lei de 28 do pluviose do ano VIII (1800) que, pela primeira vez, deu à administração pública uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória" [1].

A terminologia de "ato administrativo", conforme o depoimento de D'ALESSIO, coincide com o período revolucionário francês, tendo sido adotado na Lei de 16 do fructidor do ano III (1796), que exclui a competência dos tribunais judiciários, atribuindo-a ao contencioso administrativo. O termo ingressa, pioneiramente, no Repertório de MERLIN, em 1814[2].

A vinculação ao reconhecimento de direitos individuais caracteriza a vizinhança entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, pelo que, afirma BARTHÉLEMY:

"É no direito constitucional que estão os títulos dos capítulos de direito administrativo; um é o prefácio do outro" [3].

1 Guido Zanobini — Corso di Diritto Amministrativo — 5ª edição — 1947 — vol. I, p. 33.

2 Francesco d'Alessio — Diritto Amministrativo — 3ª edição — 1943 — vol. II, p. 152/153.

3 H. Barthélemy — Traité Elémentaire de Droit Administratif — 3ª edição — 1933-p.1/2.

* Conferência no 3º Conselho Mineiro de Adesão Comunicativo (17 de novembro de 1998).

BÉNOIT adverte que "o direito administrativo é o direito do poder público em suas relações constantes com os particulares", constituindo, de certa forma, "o direito público quotidiano."[4]

No direito norte-americano, no qual é tardia a sistematização da disciplina, BERNARD SCHWARTZ identifica como padrão de origem do direito administrativo a instituição de agências, inauguradas em 1887 com a criação da ICC (Interstate Commerce Commission), modelo de regulação econômica[5].

Entre nós, o destaque do Direito Administrativo entre as matérias do currículo jurídico, cogitado em 1833 em RELATÓRIO de CAMPOS VERGUEIRO, vem a afirmar-se em lei de 1851 e faz nascer uma especial bibliografia didática, inaugurada, em 1857, com "Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, comparado com o Direito Administrativo Francês, segundo o método de P. Pradier Foderé", publicados, por VICENTE PEREIRA DO REGO[6], seguido, a breve espaço de tempo, pelo Direito Administrativo Brasileiro de VEIGA CABRAL (1859), o "Ensaio de Direito Administrativo" do VISCONDE DE URUGUAI (1862) o "Excerpto de Direito Administrativo Brasileiro" de FURTADO DE MENDONÇA (1865), o "Direito Administrativo Brasileiro" de ANTONIO JOAQUIM RIBAS (1966) e o "Epitome de Direito Administrativo Brasileiro" de JOSÉ RUGINO DE OLIVEIRA (1884).

II

A chave de abertura do Direito Administrativo se identifica, em suma, com a vigência do *princípio de legalidade* que serve de limite ao arbítrio do poder e identifica a fronteira da competência da Administração Pública, diferenciando as áreas próprias do poder discricionário e do poder vinculado.

A etapa seguinte do âmbito do Direito Administrativo se identifica quando o conceito externo de legalidade se aprofunda no reconhecimento de que a norma de competência do administrador não é um cheque em branco, mas deve ser ajustada em função do fim específico a que se destina a atividade administrativa.

Segundo a criação original do Conselho de Estado da França, sempre que a autoridade abandona a finalidade legal para servir a outro tipo de interesse inadequado, o ato administrativo se macula de um especial vício de legalidade — o desvio de poder ou desvio de finalidade — que modernamente se dilata como causa de nulidade não somente de atos administrativos como de atos judiciais e mesmo de atos legislativos[7]. A motivação do ato permite diagnóstico da nulidade.

4 Francis Paul Benoit — Le Droit Administratif Français — 1968 — p. 34.

5 Bernard Schwartz — Administrative Law: The Third Century — 1976 — p. 293.

6 Ver nosso estudo sobre "Evolução histórica do Direito Administrativo" e "O primeiro livro sobre Direito Administrativo na America Latina" *in* nosso livro "Temas de Direito Público — 1997 — Editora Renovar — vol. I — p. 1 e 9.

7 Ver nosso estudo sobre "Desvio de Poder em matéria administrativa" e "Desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisprudenciais" — ob. cit., vol. I, p. 71 e 181.

A evolução da ciência jurídica e, especialmente, sua incorporação conceitual à Constituição de 1988, mais ainda ampliou, entre nós, a noção de legalidade, colocando como fins precípuos de legitimidade da ação administrativa do Estado a subordinação à moralidade administrativa, a par dos princípios da impessoalidade e da publicidade (art. 37 da Constituição).

De modo característico, a doutrina, consagrada na jurisprudência dos tribunais, vai mais adiante, marcando como índice de eficácia das normas de direito, em sua concreta incidência, a exigência de razoabilidade e de proporcionalidade entre os meios e os fins que se torna essencial na prática dos atos da Administração Pública.

III

A história do Direito Administrativo se desdobra em fases sucessivas em paralelo com o desenvolvimento político, econômico e social.

No esquema inicial, a autoridade pública condiciona a prática de atividade privada das pessoas físicas e jurídicas à ação do poder de polícia, tanto decisório como normativo, firmando critérios e requisitos para o exercício de direitos e liberdades individuais, particularmente os direitos de propriedade e da personalidade.

Progressivamente, no entanto, acompanhando a evolução das instituições, o Direito Administrativo abrange novas áreas em confronto com a expansão de dois estilos de atividade coletiva: a atividade econômica e a atividade social.

A noção de direitos fundamentais eleva-se a novos patamares. Ao indivíduo como centro único de proteção a defesa da comunidade.

Uma segunda geração de direitos humanos consagra a superação do individualismo jurídico para valorizar a garantia de direitos coletivos e de direitos difusos.

Os primeiros — os direitos coletivos — caracterizam o amparo a categorias certas e determinadas, tendo como paralelo o desenvolvimento da representação sindical.

De outra parte, a garantia de direitos difusos visa à proteção de um conjunto indeterminado de pessoas ligadas por um interesse comum. O consumidor, como o carente, torna-se sujeito de direito e destinatário de serviços públicos assistenciais e a proteção ao meio ambiente é missão do Estado.

A curva ascendente dos direitos do homem caminha, modernamente, no sentido de vencer limites geográficos gerando mais outra modalidade de direitos humanos, tendo como objeto a solidariedade internacional na proporção em que a economia tendente à globalização aproxima a comunhão de interesses acima de fronteiras territoriais.

IV

A Administração Pública acompanha o crescimento dos direitos humanos na medida em que se transformam a natureza e a amplitude dos serviços públicos.

No Estado Liberal clássico os serviços administrativos são, em grande parte, negativos. O dever da autoridade é, sobretudo, o de abstenção no sentido de não prejudicar a liberdade individual.

No segundo tempo da história, ao Estado prestador de serviços cumpre intervir para eliminar conflitos na sociedade e suprir necessidade coletivas até o limite da socialização.

O pêndulo se volta, na experiência atual, para um período de retração de ingerência direta do Estado que, ao mesmo tempo, se torna menor e se aprofunda, harmonizando o estímulo à dinâmica da iniciativa privada com a maior responsabilidade pública em áreas essenciais do bem-estar social.

O direito público restaura a presença do empresário na economia e valoriza a participação popular na gestão e mesmo no controle da atividade administrativa.

O direito administrativo tende ao abandono da vertente autoritária com a acolhida da participação democrática da sociedade.

O direito administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração que procurei caracterizar em estudos diversos.

A figura do Ombudsman, como defensor do povo, chegou, entre nós, à criação do ouvidor no plano municipal e se destaca em previsão recente na estrutura da Agência Nacional de Telecomunicações[8] e nos variados instrumentos de controle das empresas estatais que sugerem formas de corregedoria[9].

São formas inovadoras da tendência que procuramos definir como a era do Direito Administrativo Participativo[10].

É o casamento do poder com a cidadania no plano interno e a comunhão da soberania com a cooperação internacional no direito comunitário.

V

O direito administrativo brasileiro é o espelho desta sucessão histórica de fases e de estilos.

Durante o Império, inspirado na jurisprudência do Conselho de Estado, teve como base as diretrizes legais sobre o domínio público e, por último, a associação com a iniciativa privada no atendimento de necessidades coletivas.

O primeiro modelo de comunhão entre o capital público e o capital privado, ainda que sem a forma moderna da sociedade de economia mista, poder-se-á identificar no Alvará de 12 de outubro de 1808, pelo qual D. João VI autoriza a criação do primeiro Banco do Brasil, constituído com capitais privados, a que se veio associar a Coroa em 1812.

8 Ver nosso estudo sobre "Ombudsman — O defensor do povo" *in* "Temas de Direito Público", cit., volume I, p. 849.

9 Ver "Corregedoria para vigiar as estatais" *in* "Temas de Direito Público", cit., volume I, p. 823.

10 Ver nosso estudo sobre "Direito Administrativo Participativo" — Revista de Direito Administrativo — vol. 209, p. 1 e Revista Trimestral de Direito Público — volume 15, p. 24.

Todavia, é na segunda metade do século XIX que nascem os contratos de obras públicas, evoluindo para os contratos de concessão do serviço público e atraindo capitais e técnicas estrangeiras.

Construída, em sua estrutura inicial, como relação contratual pura, a concessão de serviço público permite mobilizar o capital privado protegido pela garantia de juros e a adoção da cláusula ouro na fixação de tarifas que atendem à remuneração e amortização do investimento feito no serviço prestado aos consumidores.

A partir de 1930, com a extinção praticamente simultânea das garantias de juros mínimos e do padrão ouro das tarifas, firma-se, em contrapartida, a regra constitucional de justa retribuição do capital de modo a assegurar a estabilidade dos contratos e a estimular o financiamento da expansão e melhoria das instalações. Acentua-se, na legislação do período, a influência do modelo norte-americano da feição regulamentar no regime das concessões de serviço público. A noção da mutabilidade do contrato por ato unilateral do poder público se compensa com a afirmação do equilíbrio financeiro expressa na regra da equação econômica dos contratos administrativos.

Paralelamente a esta tendência, começa a desenhar-se a intervenção do Estado com a curva ascendente de empresas estatais no domínio econômico e social.

Até 1930 os órgãos paraestatais não iam além de 17, elevando-se a 70 nos anos 50 para atingir a cifra de 582 no início da década de 80, como símbolo da participação estatal visando ao desenvolvimento econômico e à ocupação de setores em que se revelava ineficaz, ou ausente, a iniciativa privada.

Logo, porém, a limitação produtiva do serviço público e a tendência de retomada da ordem econômica pelo capital privado conduzem a uma política de refluxo da atividade pública empresarial. O Estado tende a se tornar menor — e sobretudo, mais eficiente — buscando concentrar-se em necessidades vitais da sociedade aberta, em moldes que até mesmo se configuram nos países desenvolvidos.

A política de privatização passa a ser a tônica do novo desenho do Estado Nacional.

Entre nós, acolhe-se o Programa Nacional de Desburocratização (Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979), com a criação, a seguir, do Conselho Interministerial de Privatização (1985), sucedido pelo Conselho Federal de Desburocratização (1988).

Por último, consolida-se na Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, o padrão da política de privatização que se estende, a partir de 1991, ao plano estadual.

A propriedade privada, convocada em sucessivas licitações, retoma, por esta forma, sua autonomia, antes obscurecida pelo intervencionismo estatal, ficando, contudo, vinculada à função social que lhe incumbe, nos termos constitucionais.

Segundo noticiário recente, nos últimos sete anos foram privatizadas 118 empresas estatais e outras 40 estão em lista para alienação próxima, especialmente no setor de energia elétrica.

No quadro contemporâneo, o direito público passa a espelhar duas vertentes específicas, que se refletem nas Constituições do final do século: a política de privatização e o fortalecimento da associação entre a iniciativa privada e o serviço público, a par da comunhão entre nações e regiões, superando barreiras nacionais ou limitações federativas.

No direito brasileiro, a recepção destas tendências alcança expressão nos fundamentos da Constituição de 1988 e se complementa com a adesão ao Mercosul que associa nações vizinhas na América Latina.

Todo este quadro evolutivo imprime sua marca nos institutos de Direito Administrativo que são o canal direto e necessário da execução operacional da política governamental. Segundo o plano definido pelo Poder Legislativo, pertence à Administração Pública, dentro de parâmetros regulamentares, tornar realidade as diretrizes das opções políticas do Estado moderno.

VI

A mais recente etapa das transformações administrativas — a desafiar a sabedoria dos intérpretes — é produto da recente legislação em que se cuida de traçar as linhas mestras da Reforma do Estado, a que se vem dedicando o atual Governo.

Na perseguição do que se convencionou chamar de Administração Pública Gerencial, a implantação progressiva e crescente do processo de privatização inaugura um sistema peculiar de fiscalização e controle estatal sobre a eficiência dos serviços privatizados e a eficácia do próprio serviço público.

Tivemos, em nossa história administrativa, momentos sucessivos de descentralização, caracterizados pela criação de entes personalizados da administração indireta, dotados, ao menos na letra da lei, de autonomia relativa: autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista, fundações públicas.

O atual programa de reforma administrativa se reveste, porém, em sua concepção, de uma nova tônica. A descentralização de poderes administrativos se faz acompanhar de um mecanismo específico de planejamento e, especialmente, de controle de resultados efetivos.

Em paralelo com a política de privatização de atividades econômicas do Estado que retornam ao âmbito da iniciativa privada, a própria Administração direta inaugura experiências de autonomia operacional.

Dois modelos de autarquias especiais são criadas, em legislação recente: as Agências Reguladoras e as Agências Executivas.

As Agências Reguladoras operam sobre áreas determinadas de atividades transferida à iniciativa privada pelo processo de descentralização. Agem, portanto, em sentido exógeno, para fora da Administração.

Diversamente, as Agências Executivas são órgãos internos que representam um processo de desconcentração: são entes voltados para dentro da Administração.

O que singulariza, porém, este novo episódio de reforma administrativa é o vínculo de ambas as Agências a um compromisso prévio e objetivo de resultados, submetidos a um critério igualmente objetivo de avaliação do plano estratégico a que ficam subordinadas, segundo o chamado contrato de gestão, incorporado à Emenda Constitucional n. 19/98.

A existência de tais órgãos autônomos, dentro da estrutura administrativa, encontra precedentes no plano do direito comparado.

Nos Estados Unidos, as Agências Independentes, nascidas em 1887 com a Interstate Commerce Commission e mais amplamante adotadas na reforma Roosevelt, na década de 30, têm natureza singular de independência perante o Poder Executivo e o Congresso.

Na França, as Autoridades Administrativas Independentes, embora sem personalidade jurídica e sujeitas à fiscalização do Conselho do Estado, marcam igualmente um propósito de neutralidade política.

O modelo espanhol de administração independente é um típico fenômeno de descentralização que mereceu, na doutrina, o batismo de fuga do Direito Administrativo.

Outro exemplo de solução própria à descentralização poder-se-á identificar na rica experiência inglesa, inaugurada durante o governo parlamentar de Margaret Thatcher.

O atual Plano Diretor da Reforma brasileira não exibe, porém, submissão a qualquer destes paradigmas internacionais.

A proposta que mal se implanta entre nós tem características próprias, refletidas na legislação que, nos dois últimos anos, lançou as raízes de um novo sistema.

Como contrapartida ao processo de privatização regulado em Emendas Constitucionais e em Medidas Provisórias, convertidas em leis recentes, promove-se a criação de 3 Agências Reguladoras em áreas concedidas à exploração privada: a Agência Nacional de Energia Elétrica, a Agência Nacional de Telecomunicações e a Agência Nacional do Petróleo, cada qual com regime peculiar. Em conjunto, têm como características essenciais:

a) constituição como autarquias especiais, libertas da hierarquia aos Ministérios respectivos e de direta influência do poder político;

b) autonomia financeira, administrativa e funcional, notadamente com a atribuição de poderes normativos próprios, complementares à legislação;

c) por fim e de modo relevante, a subordinação de sua atividade a metas específicas de desempenho e à avaliação periódica de resultados em função de indicadores específicos.

A produção de resultados é, na concepção legal, o ponto inovador do modelo das Agências, cujo nascimento e existência se vinculam à execução de um plano determinado a ser cumprido e de cujo controle dependerá a sobrevivência da nova entidade.

VII

Igualmente as Agências Executivas, como órgão interno da Administração, devem obedecer aos mesmos princípios de planejamento obrigatório e de metas de Desempenho com a Avaliação de Resultados, a ser regulada nos Termos do Contrato de Gestão.

Até o momento, apenas foi aplicado modelo em um único órgão autárquico, o Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (INMETRO).

Um terceiro modelo, ainda experimental, de delegação a entidades privadas, se apresenta na legislação recente que admite, mediante Contratos de Gestão a atribuição de recursos públicos a entidades privadas, as chamadas Organizações Sociais.

Também aqui a formalização do modelo incipiente apenas adotado em relação a duas entidades, mediante celebração de Contratos de Gestão, em janeiro do corrente ano (a Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Sincrotron e a Associação de Comunicação Educativa Roquete Pinto) ainda não permite uma avaliação conclusiva.

VIII

Em suma: o quadro legal está definido. Somente os resultados próximos permitirão, contudo, avaliar a eficácia do novo estilo de harmonia entre o Estado e a sociedade, como uma das fórmulas do novo Direito Administrativo Participativo.