Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 5 – fevereiro/março/abril de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

PRIVATIZAÇÃO, EFICIÊNCIA E RESPONSABILIDADE

Prof. Adilson Abreu Dallari
Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

I. INTRODUÇÃO

Qualquer análise que se pretenda fazer de determinado sistema jurídico ou de um segmento dele, por mais abrangente que seja, sempre terá um valor relativo, pois todo e qualquer sistema jurídico sempre está em constante evolução, acompanhando as inevitáveis mutações da sociedade na qual deve operar. A intensidade e a velocidade das mutações sociais determinam o processo de alteração das instituições jurídicas.

Cabe ao cientista do direito descrever os institutos e as relações jurídicas tais como existentes num determinado momento, mas sem pretender, com isso, traçar um quadro imutável, do qual nada pode ser retirado e nada pode ser agregado. Não é fora de propósito, nessa análise, detectar tendências, seja no sentido da obsolecência de alguns institutos, seja no tocante a reconfigurações de outros, seja ainda quanto à necessidade da criação de novos instrumentos para a disciplina de realidades emergentes.

É extremamente feliz e oportuna a doutrina de EROS GRAU, que figura em seu "*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito" (*Malheiros Ed., 2002, p. 49), nestes termos:

> *"O direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo.*
>
> *Essa a sua força, o seu fascínio, a sua beleza.*

É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem a vida. E a realidade social é o presente; o presente é a vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos."

Esta premissa é fundamental para a compreensão deste estudo, que pretende ser uma contribuição para uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo, que, como qualquer outro ramo do direito, não comporta estagnação, mas, sim, deve acompanhar a evolução das relações sociais. As normas constitucionais, legais e regulamentares, com maior ou menor rigidez, segundo as características de cada uma dessas espécies normativas, devem sofrer alterações ao longo do tempo. Além disso, também a interpretação das normas deve ser feita seguindo o método evolutivo.

Toda norma legal, inclusive constitucional, decorre de um ambiente político, social e econômico vigente no momento de sua edição. Mas esse ambiente muda com o decorrer do tempo, exigindo do intérprete e aplicador da lei um esforço de adaptação, para que possa dar a correta solução aos problemas emergentes. É certo, portanto, que a melhor interpretação da lei (entre as várias possíveis) vai variar ao longo do tempo de sua vigência. Uma interpretação incontestavelmente correta adotada em um momento do passado, pode tornar-se inaceitável em ocasião posterior, pois obviamente, não faz sentido dar-se a mesma solução para um problema que se tornou diferente, em razão de alterações no plano da realidade fática.

II. AMBIENTE DA REFORMA ADMINISTRATIVA

Para que se possa compreender o que está ocorrendo hoje com o Direito Administrativo no Brasil é preciso fazer um recuo no tempo, não muito grande, mas até os anos 60. Até então, o Brasil tinha uma população predominantemente rural, mas pouco a pouco esse quadro foi-se modificando e nos anos 60 chegou-se a um equilíbrio entre a população urbana e rural e, daí para diante, a pirâmide demográfica se inverteu completamente, havendo agora uma fortíssima predominância das populações urbanas, que, além disso, estão concentradas nas grandes cidades e nas áreas metropolitanas.

Não é preciso demonstrar o que é uma verdade sabida: as populações urbanas são muito mais conscientes de seus direitos e muito mais reivindicativas do que as populações rurais. Isso significa que a Administração Pública se viu obrigada a atender um número muito maior de pessoas, qualificadas pela capacidade de exigir seus direito e reivindicar a satisfação de seus interesses.

No cenário político, não por acaso, o que se observou foi a supressão das garantias constitucionais dos cidadãos e a implantação, em 1964, de um regime ditatorial, com repercussão direta nas estruturas administrativas, merecendo

destaque dois pontos: o patrimonialismo e a estatização, ambos num processo de recíproca realimentação.

Não obstante, formalmente, a administração se pautasse pelo modelo burocrático, na prática o que vigorava era o mais deslavado favorecimento aos amigos do regime dominante, tanto no tocante ao preenchimento dos quadros de pessoal quanto, especialmente, no tocante às prioridades na utilização de recursos públicos. O interesse público era claramente suplantado pelos interesses patrimoniais dos detentores do poder.

O corpo central da Administração Pública ficou reduzido a cuidar de coisas insignificantes e a exercer atividades absolutamente indelegáveis. Os grandes investimentos, as obras públicas de maior vulto e os serviços públicos mais significativos foram entregues a um número absurdo de camaleônicas empresas estatais, muito ciosas de suas prerrogativas, por serem estatais, e mais ciosas ainda de suas liberdades, por serem empresas.

Esse quadro de favorecimentos, descontrole e irresponsabilidade perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988, que restringiu a possibilidade de criação de novas empresas estatais, estabeleceu uma série de princípios e normas para a Administração Pública e abriu espaço para uma presença mais significativa da iniciativa privada na execução de serviços públicos.

Na verdade, a Constituição Federal foi sendo alterada, por meio de Emendas Constitucionais, com fiel observância dos requisitos procedimentais e dos limites materiais estabelecidos pela própria Constituição, sempre no sentido de diminuir a presença do Estado na economia e aumentar a participação de capitais privados nos investimentos públicos. Não é o caso de se enumerar aqui tais Emendas, sendo suficiente que se traga à tona a manifestação objetiva e incisiva de ODETE MEDAUAR, expondo, em síntese (síntese essa que não contemplou as honrosas exceções efetivamente existentes), as modificações havidas nesse sentido ao longo das últimas décadas:

> *"As estatais tiveram grande expansão nas décadas de 60 e 70. Sua situação, no geral, suscitou vários problemas. Os objetivos de eficiência e agilidade não foram atingidos. Tornaram-se "cabides" de empregos e feudos de grupos políticos. Acarretaram grandes dívidas e "deficits" que o Tesouro Público tinha de cobrir; este, por sua vez, ante a escassez de recursos, não poderia arcar com tais rombos. Os muitos mecanismos criados para controlar as estatais revelaram-se ineficazes. No Brasil há mais de uma década a imprensa vem noticiando, com freqüência, os problemas relativos aos "deficits", ineficiências, abusos e incontrolabilidade das estatais.*
>
> *Surgiu, então, a partir da década de 80, um movimento inverso, tanto nos países desenvolvidos, como nos países menos desenvolvidos, no sentido de transferir para o setor privado entes estatais ou áreas absorvidas pelo Estado. Ante o quadro acima, esse movimento teve motivos pragmáticos, para liberar o Estado dos custos das estatais e arrecadar recursos, e motivos políticos, para criar nova dinâmica econômica, inspirada no*

exemplo inglês (privatizações da era Tatcher) e americano. Esse movimento recebe nomes diversos: reforma do Estado, redução do setor público, desestatização, desregulamentação, privatização".

"A desestatização significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado".

ODETE MEDAUAR, "Direito Administrativo Moderno", RT, São Paulo, 1996, pág. 102 e 103.

No tocante à gestão financeira de natureza pública, compreendendo a elaboração e a execução do orçamento anual, cabe registrar que, não obstante os princípios e preceitos estabelecidos pela Lei nº 4.320, de 17/03/64, na prática vigorava a mais completa irresponsabilidade fiscal, caracterizada pelo empirismo, pelo desequilíbrio orçamentário e pelo sempre crescente endividamento público.

Com efeito, a Lei nº 4.320/64 já prescrevia a observância dos princípios do planejamento, da programação financeira, do equilíbrio orçamentário, do acompanhamento da execução orçamentária e do controle, mas não havia previsão de instrumentos para tudo isso, nem havia punição pelo descumprimento do orçamento.

Este era o cenário que serviu como pano de fundo para a chamada reforma administrativa, deflagrada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98. Antes, porém, de comentar a alteração do texto constitucional é necessário fazer uma escala no texto original da Constituição promulgada em 1988.

III. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A desordem, o descontrole e a irresponsabilidade então reinantes levaram os constituintes de 1988 a introduzir na Constituição Federal um capítulo específico sobre a Administração Pública, positivando alguns princípios que já existiam na doutrina do Direito Administrativo (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), e a prever a edição de normas legais disciplinando o controle da execução orçamentária.

Vislumbrou-se, nessa ocasião, uma oportunidade de se atribuir eficácia concreta ao modelo burocrático de Administração Pública, mediante um rigoroso controle dos processos (por exemplo: concursos públicos e licitações), como forma de evitar abusos e assegurar a satisfação do interesse público.

Não resta dúvida de que o respaldo constitucional dado aos referidos princípios corresponde a uma significativa conquista democrática e efetivamente contribuem para a melhoria sensivel dos costumes e das práticas e rotinas administrativas.

Essa nova ordem nada tem de negativo. Em si mesma, não impede o regular funcionamento da máquina administrativa. Desde que corretamente entendido, desde que se tenha em mente o caráter instrumental da Administração

Pública, o modelo burocrático pode, sim, contribuir para a concreta satisfação dos interesses públicos.

Entretanto, na prática, em muitos casos passou-se a dar importância predominante à mera regularidade formal, em detrimento das finalidades almejadas pela disciplina da atuação administrativa. A desmedida busca de segurança jurídica nas ações administrativas acabou convertendo a Adminstração Pública, no dizer de ROBERTO DROMI, em uma "máquina de impedir", "*sólo fiel a lo que hemos bautizado como "el código del fracaso" que dice: "artículo 1º: no se puede; artículo 2º: en caso de duda, abstenerse; artículo 3º: si es urgente, esperar; artículo 4º: siempre es más prudente no hacer nada".* ("Derecho Administrativo", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 6ª edición, 1997).

Se o problema fosse apenas esse, é bastante provável que a doutrina, a jurisprudência e o treinamento dos agentes públicos envolvidos poderia eliminar as distorções e posibilitar a efetiva realização dos interesses públicos. Mas, na verdade, além desse problema, pouco a pouco foi sendo possível perceber a existência de algo bem mais grave, qual seja a inadequação das estruturas administrativas à nova realidade social, decorrente de transformações ocorridas no cenário mundial.

IV. TERCEIRA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL – INFORMÁTICA

Não é possível ignorar o fenômeno da globalização. Não faz sentido algum combater a globalização, que não pode ser enfocada apenas em seu aspecto econômico, para qualificá-la como néo-liberal, de interesse dos países cêntricos, e atribuir-lhe a culpa pela exclusão social nos países periféricos.

Ao longo da história da humanidade já ocorreram outros fenômenos semelhantes, com acentuadas repercussões nas relações sociais e nas instituições. No século XVI, as navegações alteraram profundamente a geografia econômica e alteraram totalmente a ordem reinante na idade média. Nos séculos XVIII e IXX, a primeira e a segunda revoluções industriais, com a introdução da máquina a vapor, da eletricidade, do motor a explosão e do telégrafo (para mencionar apenas algumas coisas), modificaram completamente a geo-política, as relações sociais e econômicas, o ambiente cultural e, necessariamente, as instituições jurídicas.

No século XX, a terceira revolução industrial, com a introdução da informática e o formidável desenvolvimento das comunicações, provocou alterações ainda mais acentuadas do que as acima referidas, com algumas inegáveis conseqüências negativas, mas com um evidente saldo positivo.

A disseminação da informação, permitindo que todas as pessoas, em todas as partes do mundo, tomem conhecimento do que está acontecendo no mundo todo, acarretou, mesmo nos países periféricos e especialmente no Brasil, uma relevantíssima inclusão social com a inegável emergência da cidadania.

O enorme incremento das comunicações e da movimentação de pessoas e bens (especialmente recursos financeiros) em escala mundial obrigou a uma imediata e inevitável mudança de postura por parte dos juristas, que tiveram que olhar além das fronteiras de cada específico sistema jurídico, para prestar maior atenção aos sistemas de outros países. Independentemente de qualquer avaliação que se possa fazer da globalização, é certo que não há mais como ignorar as relações jurídicas em escala internacional, dando ensejo a que se cogite de um direito global:

> *"Assim, quando pensamos numa escola de direito global não estamos nos associando aos entusiastas da globalização econômica, mas buscando construir um pensamento jurídico reflexivo sobre as conseqüências de um mundo que intensificou seu processo de integração nas últimas décadas."*
>
> *"Debruçar-se sobre o direito global, portanto, significa buscar compreender os mecanismos que fornecem a estrutura jurídica para todos esses processos complexos e contraditórios de integração e exclusão que estamos experimentando. Até pouco tempo tínhamos o direito doméstico, que recebia a atenção da quase totalidade dos juristas, e o direito internacional, público e privado, reservado a diplomatas, acadêmicos e poucos escritórios internacionais. Alguns excêntricos davam-se ao luxo de conhecer o direito de outros países. Hoje isto mudou. A todo momento somos surpreendidos por uma rede jurídica que não se encaixa nos padrões sob os quais fomos formados. Com a integração nas esferas política, econômica, cultural e ética, ficamos vulneráveis às estruturas jurídicas que acompanham estas integrações. Assim, estudar o direito europeu, americano ou argentino não é mais uma excentricidade, mas uma necessidade."*
>
> *CARLOS ARI SUNDFELD e OSCAR VILHENA VIEIRA (Coord.). Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 9 e 11)*

Mas no âmbito interno do território brasileiro o direito também mudou: deixou de ser um refinamento das elites econômicas para ser algo de interesse de todas as classes sociais, da coletividade, da massa. Além do formidável incremento das comunicações, no Brasil é preciso considerar também o processo de urbanização.

No início do século XX o Brasil era um país de população predominantemente rural; no final do século a pirâmide demográfica se inverteu, passando a haver uma grande concentração populacional nas cidades e, muito especialmente nas grandes cidades e nas áreas metropolitanas. Os párias que viviam disseminados nas regiões mais pobres do País ou diluídos no vasto espaço rural, migraram e passaram a concentrar-se na periferia das cidades, vivendo em condições sub-humanas, especialmente em favelas. Antes eram invisíveis; agora adquiriram visibilidade e receberam a designação de excluídos.

A população rural era rarefeita, dócil, dominada, desinformada, pouco reivindicante; a população urbana é concentrada, rebelde, insuscetível de ser controlada, pois é muito bem informada e, como conseqüência, é

acentuadamente reivindicante, dispondo de meios para exigir o respeito a seus direitos e a postular a satisfação de seus interesses.

Houve, sem dúvida alguma, uma enorme inclusão social, um inegável fortalecimento da cidadania, um sensível aumento da conflituosidade no corpo social, com repercussão direta no direito e nas instituições. Ganharam força os chamados direitos de terceira geração, os direitos coletivos e difusos. As instituições governamentais tiveram que adaptar suas estruturas administrativas à nova realidade social.

A administração da justiça, a estrutura administrativa do Poder Judiciário, não se adaptou ainda para uma justiça de massas. O Poder Legislativo foi afetado pelo incremento das formas diretas de participação popular. Mas a carga maior ficou com o Poder Executivo, que ficou sem alternativa senão ser mais democrático, mais atuante, mais ágil, devendo adaptar-se para atender a uma crescente demanda das massas emergentes, sem dispor de recursos financeiros adicionais para isso, e tendo, ainda, de pagar a dívida interna e externa contraída nos tempos de crédito fácil e irresponsabilidade fiscal.

V. REFORMA ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal de 1988, não obstante o caráter democrático de seu texto, não obstante os avanços que apresenta (se comparada aos textos constitucionais anteriores), nasceu defasada: foi feita para um mundo que não mais existe. Daí porque, inevitavelmente, teve que receber um número considerável de emendas, para ajustar-se à realidade emergente.

No tocante ao papel reservado ao Estado no cenário administrativo e econômico, o ponto de partida para a reforma foi a Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, que alterou o regime de pessoal do serviço público, introduziu novas normas e princípios para a Administração Pública e trouxe inovações no tocante ao controle das finanças públicas.

Simplificando e resumindo, pode-se dizer que ela pretendeu substituir o modelo burocrático de administração pelo modelo gerencial, caracterizado pelo abrandamento do controle dos processos e uma atenção maior no controle de resultados, ou seja: autonomia com responsabilidade.

Paralelamente, enfrentando fortíssima oposição de setores mais conservadores e por parte dos que se beneficiavam com os desmandos das empresas estatais, o Poder Público (não somente no âmbito federal) promoveu a venda completa ou do controle acionário de um grande número de empresas, tanto exploradoras de atividades econômicas quanto prestadoras de serviços públicos.

Dada a absoluta incapacidade de investimento do setor público e em face do considerável aumento da demanda, o Poder Público deixou de operar diretamente serviços públicos estratégicos para o desenvolvimento e passou a outorgar concessões de serviços públicos. O exemplo mais marcante disso é o

que ocorreu na área da telefonia: telefone era um luxo no Brasil, atendia áreas geográficas restritas e era acessível apenas a quem tivesse muito dinheiro para comprar uma linha telefônica; hoje, qualquer pessoa pode ter um telefone, fixo ou móvel, em qualquer parte do Brasil.

Os investidores privados passaram a ser visto não mais como “inimigos” do povo, mas, sim, como parceiros da Administração Pública, na prestação de serviços, no fornecimento de bens e na execução de obras havidas como prioritárias na formulação de políticas públicas pelos órgãos governamentais.

Essa mudança de cenário repercute necessariamente nas instituições, exigindo dos juristas um esforço de atualização:

> *"No momento em que sociólogos, políticos e economistas estão reestruturando a parceria, cabe ao jurista definir o seus requisitos e os seus efeitos, fazer as distinções cabíveis, deduzir o alcance dos princípios que lhe são inerentes, enfim construir uma nova dogmática jurídica calcada no papel que ela pode e deve exercer, sob todas as suas formas no mundo hodierno.*
>
> *Se, como já dissemos, estamos assistindo a uma revolução silenciosa e construtiva da sociedade brasileira, o direito dela não pode estar ausente, cabendo ao jurista, ao advogado e ao magistrado fazer a sua reciclagem e preparar o futuro das nossas instituições e das novas técnicas jurídicas".*
>
> *ARNOLDO WALD, "O Direito de parceria e a nova lei de concessões", RT, 1996, p. 34.*

Especial destaque merece o fato de que a Emenda Constitucional nº 19/98 agregou ao art. 37 da Constituição Federal novo e significativo princípio constitucional da administração pública, o princípio da eficiência, que deve conviver com os demais já existentes e sobre o qual, em obra escrita em parceria com SÉRGIO FERRAZ, já fizemos algumas ponderações:

> *"A Emenda Constitucional 19, de 04/06/98, conhecida como “Emenda da Reforma Administrativa”, trouxe profundas modificações na Administração Pública brasileira. O propósito fundamental dessa reforma era a substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultados. Essa linha de pensamento, esse novo valor afirmado pela Constituição, não pode ser ignorado pelo intérprete e aplicador da lei.*
>
> *Não por acaso, aos princípios já previstos na redação original do art. 37, foi acrescentado o princípio da eficiência. É obvio que esse princípio já estava implícito. Ao torná-lo explícito, ao afirmá-lo expressamente, o que se pretendeu foi demonstrar a redobrada importância que ele passou a ter. Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência.*

> *Isso significa que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência. Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade), cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados.*
>
> *SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, "Processo Administrativo", Malheiros Editores, 2.000, p. 77 e 78.*

O princípio da eficiência não derroga nem supera o princípio da legalidade. Sua inserção no texto constitucional significa que não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à melhor satisfação do interesse público.

Não se admite mais nem o empirismo, nem a improvisação, nem, muito menos, o descontrole e a irresponsabilidade. O planejamento, estabelecido de maneira democrática, inclusive com a necessária participação popular, foi definitivamente entronizado na Administração Pública. A tecnocracia está morta e enterrada. Da mesma forma, não se pode admitir mais o autoritarismo burocrático baseado no dogma da infalibilidade do Estado.

Os novos tempos são marcados pela administração participativa, pelas decisões negociadas, pela conciliação de interesses, pelo respeito às peculiaridades de cada caso e pela razoabilidade na aplicação da lei.

Essa nova orientação da disciplina da gestão dos interesses público pode ser claramente observada em dois importantíssimos diplomas legais: o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, 10/07/01 e a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 04/05/00.

A Lei de Responsabilidade Fiscal foi editada para dar um fim aos gastos públicos despropositados e ao abuso do endividamento público, estabelecendo meios e modos para assegurar o cumprimento das normas constitucionais e da antiga Lei nº 4.320/64 (que continua vigente dispondo sobre orçamento e gestão financeira), por meio do acompanhamento da elaboração e execução do orçamento e, muito especialmente, de regras e condicionamentos específicos adequados à realidade de cada pessoa jurídica de capacidade política.

O Estatuto da Cidade, que tem por objetivo eliminar o caos urbano existente e a decorrente acentuada perda da qualidade de vida nas cidades, estabelece novos instrumentos de intervenção do Poder Público no processo de desenvolvimento urbano, sendo pródiga em assegurar meios de participação popular e formas de possibilitar a parceria entre a Administração Pública e particulares, que passaram a ser considerados como empreendedores imobiliários, coadjuvantes na realização do interesse público.

Para que essa nova perspectiva de atuação administrativa possa funcionar é preciso reduzir as condutas e soluções previamente estabelecidas e cristalizadas na lei, deixando mais espaço para uma normatização em nível infra-legal, que permita um melhor ajustamento às peculiaridades de cada caso e a circunstâncias conjunturais. A lei, em sentido estrito, deve conter as decisões políticas fundamentais, traçando rumos e fixando objetivos, mas sem engessar a atividade administrativa e, sim, conferindo-lhe maior agilidade e aptidão na escolha de meios para atingir os fins legalmente estabelecidos.

VI. RESPONSABILIDADE

Maior liberdade de atuação aumenta, conseqüentemente, a responsabilidade dos órgãos, das entidades e dos agentes públicos, pois não mais possibilita justificar incoerências e desacertos com a surrada desculpa de que o fracasso decorre da inflexibilidade da lei.

A responsabilidade patrimonial da Administração Pública por atos praticados por seus agentes, de natureza objetiva, por determinação constitucional, em nada fica afetada. Delegatários de serviços e obras públicas (concessionários e permissionários), no tocante à responsabilidade por danos causados a particulares respondem, também, objetivamente, pois também são agentes do Poder Público.

Na medida em que se abandona o empirismo e a improvisação e se fortalece o processo de planejamento, passa a ser mais clara a responsabilidade decorrente da quebra da confiança legítima, como muitas vezes aconteceu no passado, quando a Administração Pública simplesmente mudava de orientação, arruinando quem havia acreditado em incentivos e atos de fomento. Melhor que isso: certamente haverá maior coerência, constância e segurança nas ações administrativas.

No passado, confiar na Administração era sempre uma aventura. Agora já se pode falar em administração concertada e em respeito à boa fé dos administrados. O princípio da legalidade continua sendo importantíssimo, mas deve ser contemperado com o da segurança jurídica, o da estabilidade das relações jurídicas e, especialmente o da boa fé, conforme ensina a doutrina:

> *"El principio de legalidad no comporta que cuantas controversias puedan surgir en el ámbito de las relaciones administrativas deban resolverse exclusivamente por las normas que rigen la actividad de la Administración, sin que tenga cabida la aplicación de la buena fe. El que sólo sea legítima la actuación administrativa cuando cuenta con una cobertura legal previa no implica que esa actuación quede sometida exclusivamente a la norma que la ampara. La cobertura legal previa condiciona ab initio la legalidad de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación".*
>
> *(JESÚS GONZÁLES PÉREZ, "El principio general de la buena fe en el derecho administrativo", Editorial Civitas, Madrid, 1983, pág. 32 e 33).*

No passado era simplesmente impensável promover a responsabilidade do agente público pela insuficiência, inoperância ou má qualidade do serviço ou da obra. Atualmente, dada a relevância adquirida pelo controle dos resultados, metas e objetivos, passou a ser arriscado conferir atribuições de direção superior a apaniguados políticos, geralmente facciosos, despreparados ou mesmo corruptos.

Cabe lembrar que os artigos 70 e 71 da Constituição Federal prescrevem o controle não só da legalidade, mas, sim, também, da economicidade da ação administrativa. Atos e contratos, ainda que lícitos, mas danosos ao erário ou ao patrimônio público (em sentido amplo) podem ser sancionados pelos Tribunais de Contas, inclusive por provocação do Ministério Público junto a esses Tribunais.

VII. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DOS MEIOS E INSTRUMENTOS DE CONTROLE

O velho direito administrativo, marcadamente autoritário, baseado na rigorosa regularidade meramente formal, descompromissado com a obtenção de resultados, caracterizado por prerrogativas e sujeições despropositadas, que levavam à ineficiência e favoreciam o abuso ou desvio de poder, não pode mais subsistir.

Os particulares administrados não mais podem ser tratados como súditos do Estado; devem ser considerados como cidadãos, titulares de direito e deveres perante a coletividade e coadjuvantes das ações governamentais, o que provoca profundas alterações nas relações jurídico-administrativas.

A solução de conflitos entre a Administração e particulares por vias consensuais, que era excepcional, como, por exemplo, nas desapropriações amigáveis, ganharam maior relevo. Conforme mostra a doutrina, a consensualidade é apenas uma forma mais expedita de realização do interesse público:

> *"A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidas (ordem).*
>
> *Em suma, a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional (ex: o poder de polícia).*
>
> *A partir desses dados, pode-se estabelecer uma tipologia da consensualidade em referência às funções fundamentais do Estado. Primo, a consensualidade na produção das normas, com o reaparecimento de*

> *fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extraestatais: a regulática. Secundo, a consensualidade na administração de interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. Tertio, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição".*
>
> *DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, "Mutações do Direito Administrativo", Renovar, 2.000, p. 41.*

No momento atual, o Ministério Público, autonomamente, fora de sede judicial, dispõe de competência e de meios para promover acordos e negociações, para aferir a pertinência, a razoabilidade, a seriedade e a eqüidade das soluções alvitradas para salvaguardar interesses públicos em risco ou recompor danos já causados ao interesse público, conferindo celeridade à restauração da ordem e da segurança jurídicas.

Com efeito, a ordem jurídica já contempla a possibilidade de evitar a propositura da ação civil pública mediante o atingimento da satisfação ou restauração do interesse público no próprio curso do inquérito civil. A propositura da ação é um meio para a realização de um fim; se esse fim puder ser realizado de maneira menos traumática, menos desgastante e com maior celeridade, amistosamente, não há porque propor a ação judicial, que será, então, um puro constrangimento, não autorizado pela ordem jurídica.

O § 6º, do art. 5º, da Lei nº 7.347, de 24/07/85, que disciplina a ação civil pública prevê, expressamente a possibilidade de solução amigável:

> *"§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".*

Dado que toda competência outorgada pela lei a um agente público implica o dever de exercê-la, pode-se afirmar que o Ministério Público sempre deverá recorrer ao compromisso de ajustamento da conduta, quando isso for suficiente para a salvaguarda do interesse público.

O que se pretende destacar, entretanto, é a previsão legal de solução amigável. Ou seja, que já existe previsão legal expressa de solução amigável dos conflitos envolvendo a Administração Pública, sem que isso signifique lesão ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Se é compatível com a ordem jurídica a celebração de acordo fora do âmbito judicial, com muito maior razão se haverá de admiti-lo em sede judicial.

Para encerrar o assunto e reforçar a importância e o cabimento da consensualidade na solução de conflitos envolvendo interesses públicos, seja permitido lembrar que a Lei nº 8.987, de 13/02/95, que dispões sobre concessões e permissões de serviços públicos, em seu art. 23, XV, estabelece a obrigatoriedade de inclusão nos instrumentos de contrato, de previsão quanto ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Estão, portanto, superados os meios de controle da mera regularidade formal. O controle dos resultados e da legitimidade das soluções amigáveis exige meios apropriados para isso, desafiando a criatividade dos juspublicistas, que já estão aprendendo a manejar o conceito de razoabilidade.

VIII. REVISÃO DO CONCEITO DE "INTERESSE PÚBLICO"

Interesse público é todo aquele interesse que a lei qualifica como tal. Essa fórmula simples levou a uma identificação entre o interesse público e o interesse do Estado, exigindo um esforço da doutrina para estabelecer uma distinção entre interesse público primário (do público, da coletividade) e interesse público secundário (do aparelhamento administrativo). Essa distinção permanece válida, mas já se revela insuficiente.

A doutrina mais avançada já não aceita um interesse público abstrato, que possa ser até mesmo deletério para os integrantes da coletividade.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO pouco a pouco foi desenvolvendo um conceito de interesse público personalizado, voltado para o bem estar da coletividade, a qualidade de vida da população, a universalização dos benefícios da vida em sociedade e a justiça social:

> *"Outrossim, a noção de interesse público, tal como a expusemos, impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo como quaisquer interesses da entidade que representa o todo (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno).*
>
> *Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nu circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público".*
>
> *CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", 13ª ed., Malheiros, 2.001, p. 63.*

Nessa mesma linha de raciocínio, atento para as novas formas de atuação do Poder Público, MARÇAL JUSTEN FILHO demonstra a impropriedade de se colocar como coisas opostas, necessariamente conflitantes, o interesse público e o interesse privado:

> *"A personalização do Direito Administrativo retrata a rejeição à supremacia da burocracia sobre a sociedade civil. Volta-se contra fenômeno usual: a propósito de identificar o interesse público, o agente público acaba por escolher a realização de fins mais convenientes ao aparato administrativo.*

Desvincula-se do compromisso com a realização dos interesses da comunidade. Isso é inadmissível, eis que a atividade administrativa tem de legitimar-se como via de realização dos interesses privados -- na acepção de que interesse público é produto da sua conjugação".

MARÇAL JUSTEN FILHO, "Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo", in RTDP nº 26/115, 1999, Malheiros Editores, p. 129.

Atualmente, é cada vez mais evidente a existência de interesses públicos não estatais. Na complexidade e na interdependência da vida em sociedade, existem atividades desenvolvidas por particulares que são absolutamente fundamentais ou, pelo menos, extremamente relevantes para o funcionamento harmônico da coletividade. Além das atividades bancárias, do abastecimento, do lazer, da cultura é possível destacar algumas coisa mais específicas, como a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), as entidades que fazem a certificação de qualidade (ISO), as que administram domínios da informática, as entidades ambientais e de defesa dos consumidores, os conselhos comunitários de segurança pública, as associações de bairros etc.

Positivamente, o Estado não mais detém o monopólio do interesse público.

IX. NOVOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE

Conforme já foi acima salientado, novas formas de atuação administrativa exigem correspondentes meios de controle. Isso, entretanto, não afasta absolutamente a necessidade de controle judicial, de legalidade. O problema é que o controle judicial precisa atualizar-se, adaptando-se aos novos tempos.

Já é possível observar, em alguns juízos e tribunais uma postura judicial no sentido de abandonar uma apreciação meramente formal ("burocrática", no pior sentido) para investigar as razões pelas quais os atos administrativos são produzidos e a pertinência lógica entre a ação e o motivo invocado, com especial atenção para com os resultados almejados valendo-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

O Supremo Tribunal Federal tem-se valido do princípio da razoabilidade com muita freqüência. Não é o caso de se transcrever tudo, mas, pelo menos, cabe referir alguns Acórdãos cujos respectivos Eminentes Ministros Relatores se fundamentaram precipuamente na razoabilidade: Min. MARCO AURÉLIO, HC nº 77.003-4-PE, RE nº 211.043-4-SP, RE nº 148.095-5-MS, RE nº 226.461-9-CE, RE nº 192.568-0-PI e Agr. Reg. em RE nº 205.535-2-RS; Min. MOREIRA ALVES, Repr. Nº 1077-RJ (RTJ 112/34); Min. CELSO MELLO, ADIn nº 1158-8-AM; e Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, ADIn nº 855-2-PR e HC nº 76.060-4-SC.

Entretanto, como regra geral, o controle judicial praticado atualmente é demasiadamente defectivo. Ressalvadas as exceções, que efetivamente existem, a preocupação absolutamente dominante está centrada na observância do formalismo burocrático. Ainda predomina a concepção autoritária que atribui

demasiada eficácia ao princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, a ponto de ser impossível a correção de desvios de poder, mas, paralelamente, fulmina-se com a nulidade qualquer ato ou contrato que apresente irregularidade irrelevante. O resultado disso é a eternização dos conflitos e a instabilidade das relações jurídico-administrativas.

Se, de um lado, se verifica uma olímpica indiferença com relação aos objetivos da atuação administrativa, por outro lado, ocorrem excessos ou desbordamentos dos limites do controle de legalidade, configurando aquilo que JOSÉ AFONSO DA SILVA chama de "judiciarismo":

> *"Chamamos judiciarismo o movimento ou a prática que conduz o Judiciário a intrometer-se nas atividades da Administração Pública, a título de verificar a ocorrência de improbidade.*
>
> *Preocupa, contudo, a possibilidade real de o Judiciário se imbuir da função de guarda da moralidade pública e, a pretexto de exercê-la, avançar ao fundo do mérito, da oportunidade e conveniência de atividades da Administração Pública. No âmbito municipal isso já vem acontecendo de modo preocupante. Não se trata aqui da velha questão do governo dos juízes, mas de uma forma de controle de ações governamentais, que, por ir além da razoabilidade a que se há de ater a jurisdição, terá forte conteúdo político a entravar a atuação do governante."*
>
> *JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Perspectivas das formas políticas", in Perspectivas do Direito Público, Editora Del Rey, 1995, p. 147 e 149.*

Essa postura desbordante, que invade o mérito da atuação administrativa, é bastante estimulada por considerável número de membros do Ministério Público, conforme se pode observar nesta passagem de uma de suas mais notáveis integrantes:

> *"Na hipótese da propositura de ação civil pública, visando obrigação de fazer para a administração a implantação de um direito social, que pertence, portanto, a mais de uma pessoa, podendo, mesmo pertencer a toda uma comunidade, o Juiz deverá dizer, então, qual é a obrigação da administração, o que muitas vezes implica em uma opção entre várias possibilidades, devendo o magistrado verificar, dentro dos ditames constitucionais e legais, qual delas causa maior benefício ou menor dano para a comunidade e seus integrantes, considerados quer individualmente quer coletivamente".*
>
> *LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, "Políticas Públicas - A responsabilidade do administrador e o ministério público", Max Limonad, 2.000, p. 106.*

Não há como aceitar a competência do Judiciário para decidir sobre prioridades da Administração, pois isso viola o princípio da separação de poderes (ou, mais exatamente, de funções governamentais), agride o princípio representativo, não se coaduna com o planejamento democrático e desmantela todo o sistema de elaboração e execução orçamentária.

Em síntese, muita coisa ainda precisa ser feita para o aperfeiçoamento do controle judicial, que, cabe repetir, é essencial e indispensável. Deverá ele conviver com outras formas de controle, que vieram à luz em meio ao processo de implantação da reforma administrativa.

Entre os novos meios de controle do desempenho na gestão de interesses públicos cabe examinar, em primeiro lugar, o contrato de gestão, que é mencionado no § 8º, do art. 37, da Constituição Federal como instrumento de ampliação da autonomia de órgãos e entidades públicas.

A idéia central do contrato de gestão é a do estabelecimento de metas de desempenho a serem atingidas pelo gestor público. Diante disso, o gestor teria maior liberdade de atuação, maior autonomia para adotar as medidas mais apropriadas ao atingimento daquelas metas, mas, em compensação, seria responsabilizado se os resultados não fossem alcançados.

Não existe, porém, uma definição clara do contrato de gestão e, especialmente de sua natureza jurídica. Na legislação existente ele aparece com diferentes configurações: ou um ajuste entre a Administração central e uma de suas entidades; ou um ajuste entre um órgão ou entidade e seu dirigente (pessoa física); ou, ainda, um ajuste entre o Poder Público e uma entidade privada qualificada como organização social. Essa indefinição tem gerado críticas contundentes da doutrina, chegando até a demonstrar a inviabilidade desse instituto diante do sistema jurídico vigente.

Menos conflitivo é um outro instrumento de controle designado na legislação voltada para a implementação da reforma administrativa como agência reguladora.

Agências reguladoras são autarquias dotadas de especial autonomia e independência, inclusive e especialmente no tocante à estabilidade de seus dirigentes, titulares de mandatos administrativos, não podendo ser simplesmente exonerados a menos que tenham dado causa a isso, em razão de conduta irregular ou ineficiente, comprovada em processo regular.

As agência reguladoras nasceram para controlar as atividades dos concessionários de serviços públicos, devendo zelar pela plena satisfação do interesse público, mediante a articulação dos direitos e interesses do concedente, do concessionário e dos usuários do serviço. Para o perfeito desempenho de suas atividades, as agências reguladoras precisam ter, além de competências tipicamente administrativas (sancionatórias e de fomento), também competências quase-judiciais para resolver conflitos e quasi-legislativas para expedir normas disciplinando a execução dos serviços sob seu controle:

> *"O Estado Regulador se vale, em larga medida, do instrumental normativo clássico. Mas, adicionalmente, passa a se valer de outras vias para influenciar o comportamento humano. Trata-se não apenas da já referida concepção promocional do Direito, em que a obtenção das condutas desejadas é induzida através de sanções ditas positivas ou premiais. Mas, além delas, torna-se extremamente relevante um instrumento normativo*

> *que poderia ser qualificado como atenuado. São manifestações estatais de incentivo, orientação, sugestão. Em muitos casos, o Estado não determina, mas solicita a adoção de certos parâmetros. Em outros, há soluções negociadas, em que se compõem interesses através de avenças de cunho bilateral. É problemático reconduzir essa espécie de providências estatais ao esquema normativo tradicional. Perante esse, essas fórmulas de atuação estatal são classificadas como "não jurídicas" ou meras manifestações irrelevantes. No entanto, constata-se que esses instrumentos prestam-se a influenciar, de modo efetivo, a conduta dos seres humanos e das empresas."*
>
> *MARÇAL JUSTEN FILHO. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p.47.*

Atualmente ampliou-se o quadro de atuação das agências reguladoras, que passaram a exercer outras funções, tais como atividades típicas de polícia administrativa (vigilância sanitária) e de incentivo à cultura (cinema). Além disso, a inexistência de um modelo ou padrão de agência reguladora permite que elas tenham estruturas e formas de atuação bastante diversas, dificultando a sua caracterização.

Nos termos da legislação federal, algumas autarquias federais, desde que preencham determinados requisitos, entre os quais o compromisso de realização de determinadas metas, podem receber a designação de agências executivas, o que lhes confere especial autonomia e liberdade de atuação. O controle, portanto, estaria mais focalizado nos resultados e menos nos processos.

O que se pode observar como traços comuns a essas entidades e meios de controle é um abrandamento de ações impositivas, automáticas ou pré-determinadas, em favor da conciliação, da mediação, da arbitragem e da normação infra-legal, tudo isso como meios de assegurar maior eficiência na realização dos fins da Administração Pública.

A doutrina e a jurisprudência tradicionais jamais viram com bons olhos a negociação e a celebração de acordos, judiciais ou extra judiciais, pela Administração Pública, em razão do dogma da indisponibilidade do interesse público. Agora já se pode perceber que, muitas vezes, a melhor satisfação do interesse público pode ser obtida mais rapidamente e com menor desgaste mediante a utilização desses instrumentos.

X. CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo o que se pretendeu demostrar, em síntese, é que novos problemas exigem novas soluções. As instituições jurídicas nascem, crescem, atingem o apogeu, declinam e morrem, sendo substituídas por outras mais adaptadas às realidades emergentes.

O Direito Administrativo está mudando, e quem afirma isso é um consagrado mestre dos mestres, figura realmente exponencial no Direito Público brasileiro, o Eminente Professor CAIO TÁCITO:

> *"O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa.O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas".*
>
> *CAIO TÁCITO, "Direito Administrativo Participativo", in Revista de Direito Administrativo, nº 209, Editora Renovar, Rio de Janeiro, jul./set. 1997, pág. 02.*

Qual é o papel reservado aos juristas, especialmente daqueles dedicados ao estudo do Direito Público ou, mais exatamente, do Direito Administrativo, diante de tudo isso? Evidentemente não é o imobilismo.

Certamente não é o de abandonar os modelos e princípios tradicionais, mas, sim, de amoldá-los à nova realidade social. Nem pode ser, simplesmente, amaldiçoar os novos institutos e meios e instrumentos de atuação. Também não se pode aceitar a simples incorporação ao sistema jurídico de concepções bizarras, mal delineadas, incoerentes ou violadoras de princípios fundamentais da ordem jurídica.

Será necessário ouvir as razões de outros profissionais que atuaram no processo de reforma administrativa, tais como os administradores públicos, para que se possa ter melhor compreensão dos fatos e dos objetivos materiais pretendidos, com vistas ao melhor ajustamento dessas novas formas de atuação aos postulados do Direito Administrativo e da Constituição Federal.

É absolutamente fundamental um diálogo entre os administrativistas, de diferentes origens acadêmicas e profissionais, de diferentes orientações doutrinárias e até mesmo de diferentes credos políticos, para que, pelo debate, se possa chegar a entendimentos comuns e até mesmo à identificação de divergências sobre pontos específicos.

Por último, é preciso não deixar de lado o direito comparado, pois os efeitos da globalização afetaram todos os diferentes sistemas jurídicos nacionais, obrigando cada país a modernizar suas estruturas e sistemas de administração pública. Não se trata de transplantar soluções, mas, sim, de aprender com as experiências alheias.

O que resta, portanto, é o estudo desapaixonado, sem preconceitos, aprofundado, de tudo quanto foi concebido para dar satisfação às novas exigências da sociedade, visando ao seu aperfeiçoamento, de maneira a restaurar a segurança jurídica, sem perda da eficiência.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, Eficiência e Responsabilidade. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível