Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 2 – junho/julho/agosto de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

MUTAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NOVAS CONSIDERAÇÕES (AVALIAÇÃO E CONTROLE DAS TRANSFORMAÇÕES)

Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Doutor em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes.

I – INTRODUÇÃO

Por certo não remanescem dúvidas sobre a existência e a importância do fenômeno que se revisita neste ensaio. É inegável que o direito administrativo não é mais aquele que as várias gerações de bacharéis, e até mesmo, muitos das mais recentes, aprenderam nos bancos universitários. Há, indubitavelmente, um *novo direito administrativo*, que emergiu e ainda está se definindo no torvelinho das transformações que continuam a surpreender-nos por serem incrivelmente céleres e profundas.

Embora, com a mesma denominação, continue a ser, fundamentalmente, aquela disciplina que romagnosi e laferrière fundaram cientificamente, a que otto mayer, orlando e santi-romano conferiram magnífica estrutura sistemática e que chegou aos anos de *maturação silenciosa*, em que despontaram as genialidades contemporâneas de eduardo garcía de enterría e de massimo severo giannini, ainda com as características doutrinárias quase originais, ela é hoje uma disciplina jurídica muito mais extensa, complexa e importante do que o foi no passado.

No curso de dois séculos de evolução, o direito administrativo deixou de ser o ramo secundário, acessório e excepcional, *derrogatório* do direito privado, para em poucas décadas, parafraseando aqui a expressão de Enterría, *amadurecer e anunciar sua presença*, ascendendo em importância no estado contemporâneo, até ombrear-se com o milenar direito civil, hoje disposto como

um estatuto paralelo, afirmando-se como o *direito comum* das relações das pessoas com o estado, neste compreendidos os seus desdobramentos, personalizados ou não, e os seus delegatários de toda ordem.

Essas *mudanças*, *transformações* ou *mutações*, qualquer que seja a denominação que se empreste ao fenômeno, foram detectadas por alguns autores de direito administrativo a partir do segundo pós-guerra, tratando-as, porém, eventual e fragmentariamente, mas o mérito de vir a estudá-las integradamente, *já com a preocupação científica de identificar-lhes as causas e definir-lhes as tendências*, coube, para nosso orgulho, à destacada jurista brasileira odete medauar, que, em 1992, pioneiramente, publicou a obra *direito administrativo em evolução*[1].

Seu inovador ensaio ecoava preocupações que já as nutria no final da década anterior, com notável antecipação sobre os mestres europeus, que viriam, nos anos seguintes, a se ocupar também do tema em obras que ganharam com justiça bastante notoriedade, como, por exemplo, a do francês jacques chevalier[2], em 1993, e a do italiano sandro amorosino[3] em 1994.[4]

Esquematicamente, pode-se estudar este fenômeno sob três aspectos, embora de algum modo, reciprocamente interferentes: o *sociológico*, o *teórico* e o *metodológico*.

A *abordagem sociológica* situa as transformações do direito administrativo no contexto cultural das sociedades contemporâneas, com suas raízes fincadas na concepção pós-moderna do próprio homem diante do estado, o que revitaliza o discurso ético liberal e antropocêntrico.

Ainda que não se lhe confira a necessária profundidade, com a preocupação de não alongar o discurso de um ensaio que se pretende breve, essa visão é essencial para entender como o curso dos acontecimentos históricos tem influído sobre a vida em sociedade e as instituições do poder: a *política* e o *direito*.

A *abordagem teórica*, que segue a linha evolutiva da dogmática jurídica sedimentada ao cabo de duzentos anos, procura identificar os institutos do sistema jurídico *in fieri*, que se vem estruturando sobre o declínio do dogmatismo jurídico positivista e refazendo conceitos básicos tradicionais, tais como os de *legalidade*, *imperatividade*, *supremacia do interesse público*, *insindicabilidade do mérito* administrativo e vários outros, que, como esses, resistiram intocados por muito mais de um século, para serem agora alterados com a introdução de novas e instigantes referências, tais como as da

---

[1] São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, com 2ª edição, aumentada, em 2003.

[2] Que organizou a obra ***Le Droit Administratif en Mutation*** (Paris, PUF).

[3] Que organizou a obra ***Le transformazione dil diritto amministrativo*** (Milão, Giuffrè).

[4] A modesta coletânea de minha lavra**, *Mutações do Direito Administrativo*,** somente viria à luz em 2000 (Rio de Janeiro, Editora Renovar, com 2ª edição no ano seguinte).

legitimidade, da *licitude* (moralidade), da *consensualidade* e da *confiança legítima*, entre outras, voltadas ao balizamento do agir do estado.

A *abordagem metodológica* se concentra nas mudanças ocorridas nos *relacionamentos* entre o estado e os administrados, caracterizando-se pelo estudo das *aberturas formais*, tais como a *publicidade* obrigatória dos atos do poder público, os institutos de *participação* do administrado, notadamente no controle de seus atos, a *processualidade* administrativa, que torna seguro esses relacionamentos e outros institutos do mesmo jaez.

Este discurso, como se indicará a seguir, procurará não se cingir exclusivamente a nenhuma dessas abordagens, mas combiná-las, visando a oferecer um panorama diversificado sobre o tema, de modo a fundamentar satisfatoriamente a conclusão pretendida.

Essa conclusão, antecipada em rápidos traços, sustenta que *esses estudos voltados às transformações ou mutações de certos fenômenos sociais*, são e serão, cada vez mais importantes para, pouco a pouco, possibilitarem a superação do *acaso* e o desenvolvimento crítico das ciências.

No caso do direito administrativo, esses estudos contribuirão para que não seu desenvolvimento mais se limite ao *acompanhar os acontecimentos* apenas para acudir e prover *a posteriori* as soluções demandadas, mas, dando um passo adiante, para que se criem as condições de *pesquisa prospectiva*, cada vez mais necessária para a condução do o desenvolvimento científico pela *previsão dos problemas*, que se esboçam na evolução das tendências identificadas, de modo a que se possa *antecipar as soluções institucionais* pela *orientação de seu próprio progresso*, de forma criativa, ordeira e disciplinada.

II - METODOLOGIA DA EXPOSIÇÃO

O estudo de tendências nos vários ramos do conhecimento se firmou com a introdução da *avaliação tecnológica*, a partir da década de sessenta do século passado, surgida com a finalidade de acompanhar o progresso das pesquisas e das invenções delas decorrentes, de modo a se prever até que ponto elas concorrem para o atendimento de aspirações sociais ou, inversamente, até que ponto as prejudicam.[5]

São recordadas, por isso, algumas *noções sociológicas* propedêuticas sobre esse complexo contexto em que operam essas transformações, envolvendo basicamente a *sociedade,* o *estado* e o *direito,* aproveitando como discurso de exemplo paradigmal o histórico das *mutações tecnológicas*, por serem essas por mais tempo estudadas, mais visíveis e por serem

[5] Na década de setenta surgiram muitas obras sob esta perspectiva, destacando-se aqui, para aprofundamento, a publicada pela OECD, em Paris, no ano de 1973, sob o título ***Society and the Assessment of Technology***, de FRANÇOIS HETMAN.

responsáveis por profundos e duradouros impactos na convivência e no progresso da humanidade.

Adotar-se-á também, como concepção central das *transformações* ou das *mutações* a serem estudadas, as *mudanças críticas relevantes* porque passam ou possam passar os três referidos elementos propedêuticos – a *sociedade*, o *estado* e o *direito* – aceitando como conceito de *crise* aquela situação em que uma *instituição* existente perde vigência por não mais atender ao que dela se espera, possibilitando o surgimento de uma nova, mais apta a preencher as necessidades sem respostas: portanto, uma situação de perigo que desperta a inventividade.

O ensaio se completa com a *classificação* e o *exame* de alguns vetores das mudanças em curso, que servirão para lastrear algumas breves conclusões sobre essa mutação crítica de segundo grau, que aqui mais interessa sublinhar, *que é a atua sobre a própria concepção que se tem do progresso e do desenvolvimento*.

III - SOCIEDADE, DIREITO E ESTADO – FENÔMENOS INTERFERENTES

São elementos propedêuticos do discurso sociológico: o *poder*, a *segurança*, a *ordem*, o *direito* e a *organização política*, esta última, entrelaçando-os e dirigindo-os a resultados pretendidos.

A História do desenvolvimento social é a História do *poder*, um atributo da vontade, conatural ao homem, fenômeno original das sociedades e vetor da socialização.

Porque existe o poder, emerge, em contrapartida, a permanente necessidade de *segurança* individual ou coletiva na *convivência psicológica com o meio humano*, ou seja, na convivência entre as pessoas, o que se torna tanto ou mais essencial quanto a *segurança* na *convivência física com o meio ambiente.*

Ora, para que se alcance um nível aceitável de *segurança na vida social*, é necessário *previsibilidade do curso dos acontecimentos*, seguindo-se, assim, o conceito objetivo de *ordem*, como a disposição espontânea que evolui no meio social para nele *organizar os fenômenos do poder*, de modo a assegurar um razoável nível de *previsibilidade dos comportamentos* individuais e coletivos.

Mas, desde cedo, a História demonstra a insuficiência da ordem, enquanto *disposição espontânea*, e a necessidade de estabelecer-se uma *ordem artificialmente criada*, dotada de autoridade e de imposição coativa em todo o meio social. Cria-se assim o *Direito*, como essa expressão cultural, desenvolvida a partir do *ethos* próprio dos grupos humanos superiormente evoluídos, para proporcionar os fundamentos de *ordem* e de *segurança* nas

relações humanas, que se sintetizam, a partir de seu aparecimento, no conceito de *ordem jurídica.*

Esse novo tipo de ordem, possibilita, por sua vez, o surgimento de um outro tipo de ordem superior disciplinadora dos fenômenos do poder - a *organização política* – que, em sua culminação histórica, produziu a modalidade institucional do *Estado*: o fenômeno político que atingiu o mais completo desenvolvimento, postando-se ao centro do discurso juspolítico.

O dado novo, ao cabo dessa evolução da organização política, é que o Estado passa a ser não apenas *produto* de uma ordem jurídica*,* como toma a sim a função de, ele próprio, produzir e assegurar a ordem por ele criada.

Em conseqüência, *Estado* e *Direito* passam a ser um binômio, duas realidades reciprocamente causais*: o Estado é cada vez um Estado de Direito e o Direito é cada vez mais a essência do Estado,* como inexcedivelmente ensinado na conhecida síntese de NORBERTO BOBBIO.

A partir dos conceitos desses megafenômenos interferentes, que se apresentam com recíproca causalidade, torna-se possível, perscrutando sua íntima e complexa interação, analisar as transformações ocorridas na História próxima, para nela estreitar o foco no Direito Público e neste, no Direito Administrativo.

IV - TRANSFORMAÇÕES EM CURSO NA SOCIEDADE

Do panorama *sociológico* passa-se ao *histórico*, para destacar, a partir do exemplo do *progresso científico-tecnológico*, uma compreensão de como, nessa perspectiva, se processam as transformações, considerando o impacto de um avanço qualquer sobre o subseqüente e, assim, o papel do *acaso* espontâneo e o da *pesquisa* induzida no desenvolvimento.

Três são os fenômenos básicos tomados como referências dessas transformações:

1º - o fenômeno histórico da *aceleração do progresso*;

2º - o fenômeno histórico da *revolução científico-tencológica*; e

3º - o fenômeno histórico da *revolução das comunicações* e do surgimento da *Era da Informação*.

Quanto ao primeiro fenômeno, no curso da Pré-história e da História, observa-se que *o progresso começa muito lento* e é sempre *o acaso que determina os avanços*.

Com efeito, entre os primeiros registros da presença dos hominídeos sobre a terra, que remontam a 4.500.000 AC, até a descoberta do fogo, provavelmente cerca de 450.000 AC, **mediaram mais de 4.000.000 de anos**.

Da descoberta do fogo ao seguinte grande avanço tecnológico, a prática da agricultura e da criação de animais, que possibilitou o sedentarismo, com o estabelecimento dos grupos nômades em terras férteis, e, daí, a existência de vilas e, depois, das primeiras cidades, **passaram-se mais 440.000 anos**, ou seja, um lapso de tempo dez vezes menor entre um e outro avanço.

Da agricultura até a descoberta da tecnologia do cobre e o início da Era que levou seu nome, **foram mais 4.000 anos**; até a Era do bronze, **mais 2.000 anos**; e até a invenção da clepsidra, que permitiu a medição do tempo, transcorreram **mais 1.600 anos**.

Como se observa, os imensos lapsos de tempo entre os grandes avanços desde a Pré-história, passando pela Antigüidade, *se vão reduzindo progressivamente*, até que, a partir do Século X da Era Cristã, época em que a Civilização ocidental passou a contar com a invenção da numeração, desenvolvida na Índia, com a do papel, na China, e com a redescoberta da riqueza do pensamento grego, trazidas todas pelos árabes e divulgadas pelas proto-universidades criadas na Península Ibérica, dispuseram-se as condições para mais uma importante etapa da aceleração do progresso: a proporcionada pelo Renascimento.

Mas é de se notar que, até então, *o avanço da ciência e da tecnologia ainda dependiam quase que exclusivamente do acaso.* Seria necessário uma derradeira superação desse constrangimento, *para que o avanço se tornasse rotineiro*, como fruto da aplicação do espírito humano na pesquisa; faltava mais um passo, que seria a introdução de um *avanço metodológico*, o que finalmente ocorreria com a *Revolução Científico-Tecnológica*.

Pode-se remontar o seu início ao final do século VIII, com a invenção da máquina a vapor, ganhando paulatina aceleração durante o século XIX, para alcançar uma inimaginável velocidade no século XX, quando *praticamente se anulou, em termos históricos, a distância entre a pesquisa, o invento e a aplicação de uma nova técnica* e, em conseqüência, o tempo preciso para produzir impacto sobre a vida humana.

Com efeito, introduzida *a rotina da pesquisa científica e tecnológica*, o progresso deixava de vir ao acaso, mas seria *planejado* e *induzido*, de modo que, a partir de então, as descobertas *começaram a se incorporar cada vez mais rapidamente ao quotidiano*, passando a alterar profundamente a vida em sociedade *em ritmo mais rápido do que era possível ordenar os seus efeitos e evitar os inconvenientes colaterais que escapam às previsões ordinárias.*

Por evidente, *como essas mudanças não são nem estão sendo objeto de qualquer sistema regular de previsão*, disso resulta que *o progresso social*

passou, cada vez mais, a carecer de respostas preventivas e atempadas por parte ordem jurídica, voltadas a evitar ou a minimizar os efeitos indesejáveis que ele possa produzir sobre a convivência humana.

Exemplos desse outro tipo de defasagem - a que se dá entre a *velocidade* das transformações sociais resultantes do progresso científico e tecnológico e a da adaptação dos institutos jurídicos, *que devem assegurar a manutenção da supremacia dos valores e da ordem deles decorrente* - passaram a se multiplicar na vida contemporânea e, por isso, a deixar mais evidente que o Estado, como instrumento da sociedade, cada vez mais falha na prevenção e superação das crises, tornando os países e o mundo mais inseguros.

Como culminância dessa crise, e, destacadamente, como subproduto da Revolução Científico-teconológica, irrompe em meados do século XX, a Revolução das Comunicações, inaugurando o que MANUEL CASTELLS batizou em sua festejada trilogia como a *Era da Informação*.

Com ela, os impactos sobre a vida humana se aceleraram a níveis jamais sonhados: surge a aldeia global; dá-se a integração da civilização pela grande rede mundial da informática; reduzem-se as distâncias físicas, ao alcance da velocidade do pensamento... mas, em compensação, é cada vez maior a busca da identidade ameaçada e a eclosão de conflitos, para os quais inexistem – pois sequer foram pensados metodicamente – *os instrumentos preventivos de uma ordem mundial,* que se vem fazendo cada vez mais necessária.

Como seria de se esperar, essa formidável difusão da informação possibilitou uma real *difusão do poder*, (lembrável sempre a advertência de FRANCIS BACON, de que *conhecimento é poder*), multiplicando-se as *poliarquias* nas sociedades do planeta, uma indissociável e inevitável conseqüência das demandas democráticas de populações cada vez mais politicamente conscientes.

Nem por outra razão, findos os holocaustos bélicos, ergue-se auspiciosamente, no segundo Pós-guerra, uma onda planetária de afirmação da dignidade humana, como reação à longa dominação do Estado sobre a sociedade.

Abre-se esta época, que se poderia definir como uma *Idade da Democracia*, afirmando-se simbolicamente com a queda do muro de Berlim e se expressando pelo progressivo isolamento das ditaduras, pela crítica às formas autocráticas e concentradoras de poder e por um insopitável anseio de *participação* difícil de ser ignorado por parte das estruturas políticas tradicionais que haviam sido desenvolvidas sob as premissas do estatismo e das ideologias estatizantes, que dominaram a primeira metade do século XX.

Para efeito do presente estudo, essa nova situação se caracteriza, entre outros, pelos seguintes fenômenos, aqui apenas alinhados por conveniência expositiva:

1º - consciência dos próprios interesses;

2º - maior nitidez dos valores;

3º - globalização (nela incluídos os interesses e os valores);

4º - pluralização e crescimento das demandas;

5º - desenvolvimento do conceito de interesses transindividuais;

6º - surgimento do público não estatal; e

7º - reivindicação de maior participação

V - O QUE VEM MUDANDO NO ESTADO

Expostos alguns dos vetores das mudanças da sociedade de nossos dias, observe-se agora o que, em razão delas, as sociedades passaram a exigir dos respectivos Estados.

Desde logo, sobressai a *demanda por eficiência* – uma óbvia conseqüência da *pluralização* e da *maior nitidez* das demandas, potenciada, por sua vez, pelo *efeito demonstração* das comunicações. Em síntese, não mais basta o simples desempenho dos entes e órgãos públicos (eficácia), para ser exigido o *bom desempenho* (eficiência), aquele que leva à satisfação dos usuários dessas atividades.

Em conseqüência, surge a *demanda por subsidiariedade*, ou seja, passa a ser necessário que o atendimento prestado pelo Estado, seja atribuído racionalmente aos entes ou órgãos mais aptos a atuar com racionalidade, presteza e proximidade, sendo que esta desejável sempre que possível.

A subsidiariedade desempenha um papel até certo ponto paradoxal, pois, de um lado, leva à criação de *blocos de Estados,* capazes de atuar com mais poder e maior competitividade na órbita externa, mas, de outro lado, provoca a redução de poderes de órgãos de maior envergadura política em benefício das reivindicações de *autonomia das unidades intermédias e das comunas*, na órbita interna.

Para sublinhar a referida intercausalidade, cite-se ainda a *demanda por democracia substantiva*, que reivindica o incremento do diálogo e da participação, visando sobretudo à *criação* e à *aplicação* do direito, forçando a abertura dos processos decisórios e a instituição de instrumentos políticos e administrativos de interação de vários tipos e em vários níveis políticos e administrativos.

Esses e outros dados são os que levam à assim denominada *crise do modelo de Estado*, multiplicando-se as demandas de reformas e de redimensionamentos juspolíticos para adequá-lo às novas circunstâncias, que se sucedem e que deve enfrentar.

Historicamente, considerando as recentes passagens do modelo liberal ao do bem-estar e, ainda, ao socialista e, mais proximamente, destes ao atual *modelo do Estado Democrático e Social de Direito*, tudo indica que *esse ciclo de mudanças na instituição estatal ainda não se fechou*, mas já parece certo que o *súdito* se tornou *cidadão* e o Estado, seu instrumento.

Por derradeiro, duas observações se acrescem ao cabo desta apreciação sobre as transformações do Estado.

A primeira, aponta o *declínio do tradicional Estado-Nação*, com a *desmonopolização do poder*, que lhe era generosamente atribuído pelas sociedades, e o empalidecimento do conceito bodiniano de *soberania*, com a pluralização das fontes do Direito e a formação de novas organizações políticas extra e supra-nacionais.

A segunda observação é a constatação de que o século XX atingiu e marcou o apogeu do poder estatal e da submissão da sociedade e o início de uma *busca de profícuo reequilíbrio* entre esses dois protagonistas – Estado e sociedade.

VI - O QUE VEM MUDANDO NO DIREITO

Como, já se sublinhou, Estado e Direito são fenômenos reciprocamente interferentes e reciprocamente causais, de modo que as alterações do primeiro provocam mudanças no universo jurídico, sendo de se destacar os seguintes quatro aspectos: o enriquecimento *ético* do Direito; a perda de expressão do *direito positivo*; a emergência de uma *principiologia* dotada de eficácia; e a afirmação do *constitucionalismo*, como fonte direta de direito.

Na raiz dessas tendências, registra-se *o ocaso do sonho positivista*, a quimera de um Direito puro, asséptico, sem transcendência. Em seu lugar, o novo Direito volta a ampliar seus fundamentos filosóficos e a abeberar-se na metodologia das Ciências, especialmente na Epistemologia crítica, desvendando um amplo universo de possibilidades para que os seus *formuladores* e *não apenas estes, como os seus aplicadores* atinjam, cada vez mais e melhor, os ideais de segurança e de justiça.

Nesse caminho, destaque-se exemplarmente o vigor do magistério transformador de um KARL LARENZ, como o fez desde o prefácio de 1960 à sua *Metodologia*, às suas profícuas lições na cátedra da Universidade de Munique, em que lançava o desafio ao estudante de optar entre a enganosa facilidade do rechaço do novo e a perplexidade estimulante de aceitar uma

compreensão imperfeita, mas que tinha a imensa potencialidade de amadurecer, como de fato ocorreu.

Com essas e outras decisivas contribuições, tanto na tradição doutrinária romano-germânica, como na anglo-saxônica, ficava desanuviado o horizonte dogmático para a o brilho da alvorada de uma nova *ética do poder*, marcando a transição de um *Direito do Estado sobre o Homem, para um Direito do Homem no Estado*.

Juridiciza-se o conceito de *Estado-instrumento*, como contribuição compensatória das duras lições políticas sobre a *insuficiência da legalidade estrita* na conceituação da *juridicidade* e da passagem da referência jurídica da *lei* ao *Direito.*

Assim ocorreu a entronização da *legitimidade* como elemento referencial integrante da *juridicidade*, como brilhantemente vem exposto em livro de PAULO OTERO, culto autor de expressão portuguesa, sob o título suficientemente explicativo de ***Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade***.[6]

Mas um segundo aprofundamento ético do Direito ainda sobreviria, para fechar o século XX, com a revivescência do conceito de *licitude* com relação à atuação do Estado - o viés da *moralidade*, a somar-se aos dois outros elementos, a legalidade e a legitimidade, para integrar a idéia de *juridicidade*, rejuvenescendo o velho, tormentoso, mas fascinante debate sobre as relações entre moral e direito.

Portanto, constatada a impossibilidade de uma ciência jurídica asséptica e geométrica, erguida apenas sobre uma *dogmática de conceitos* e expressa por uma infinidade de *preceitos*, embora cada vez mais desgastados por uma persistente inflação legislativa, pelas disfunções de linguagem, pelo distanciamento dos legisladores e pela banalização do descumprimento, tantas vezes sem alternativa, tornou-se fatal a perda de unidade e de coerência entre as fontes e a superposição de ordenamentos concorrentes de diversos tipos, *apressando-se, com isso, o esgotamento do positivismo e a abertura de espaço para um ressurgimento impetuoso dos valores no Direito*.

Recolheram-se as velhas lições de *flexibilidade* e de *adaptação*, próprias da *common law,* para a recriação de um Direito não mais apenas obra de *legisladores*, olímpicos e distantes, mas também a de *juízes* e de *juristas*, de *operadores do Direito*, no dia a dia de sua interpretação e aplicação.

Dá-se então uma parcial regressão a um Direito também *jurisprudencial*, com reminiscências do pré-moderno, marcado pelo colapso da capacidade reguladora exclusiva das lei e a revivescência do papel integrativo dos operadores - o *juristenrecht*, do qual, na atualidade, é o mais eloqüente

[6] Porto, Editora Almedina, 2003.

exemplo, a criativa jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal Europeu das Comunidades.

Comenta, por isso, o atento jurista italiano, LUIGI FERRAJOLI: "*Assim a racionalidade da lei, que Hobbes havia contraposto à* 'juris prudentia ou sabedoria dos juízes desordenados' *do velho direito comum, foi dissolvida por uma legislação obra de legisladores ainda mais desordenados...".*[7]

Tudo, portanto, com ganho de proximidade, de precisão e de justiça, mas com perda de certeza e de segurança jurídica – a serem reconquistadas nesse novo contexto pela preparação de gerações de profissionais de Direito para tarefas muito mais demandantes que as que enfrentavam no passado recente.

Como conseqüência, reintroduz-se no Direito o patamar dos *princípios*, que passam a ser entendidos não apenas como expressão de núcleos de valor ou de referências doutrinárias integrativas, mas *como normas dotadas de eficácia própria*, aptas a operarem de vários modos os seus efeito.s

Entre outros benéficos resultados de sua reentronização, os *princípios* proporcionaram o rápido desenvolvimento da *teoria dos direitos fundamentais*, erguida sobre a *noção transcendental da dignidade da pessoa*, incorporada à *noção jurídica de cidadania* e, desse modo, contribuindo decisivamente para que o Direito Público deixasse de ser apenas um *Direito do Estado* para ser primacialmente um *Direito do Cidadão*.

Por derradeiro, mas não sem menor importância, a mutação alcança as *Constituições*, que passam a desempenhar um novo papel, qual seja o de *oferecer a superior referência positiva de princípios fundamentais,* aos quais se vão acrescentando *princípios gerais* e até *setoriais*, para vários ramos do Direito, tais como, *e.g.,* os da Constituição Econômica, da Constituição Cidadã, da Constituição Social, de um proto-estatuto para o Servidor Público e outro, para Magistratura, e até de um, para os serviços públicos, *que atraem a si a referência aplicativa do Direito* e possibilitam a sua aplicação direta, rompendo a metodologia geométrica da pirâmide normativa kelseniana.

Enfim: está encetada a marcha, aparentemente irreversível, da *constitucionalização do Direito*, desvendando ricos desdobramentos aplicativos da Lei Maior a serem garimpados e ainda por serem desenvolvidos: um fenômeno sobre o qual muito já se tem escrito ultimamente sob a designação de *neo-constitucionalismo*.

Com a ampliação da cidadania, dilargam-se também os *espaços de autonomia normativa*, que se combina de várias formas com os institutos tradicionais da tradição heteronômica no Direito Público, transfundindo-se em

[7] ***Nuevos tiempos para el constitucionalismo***, in ***Neoconstitucionalismo***. Edição de Miguel Carbonell, Madri, Editorial Trotta, 2003, pág. 20.

novas dimensões constitucionais para as funções do Estado, não mais confinadas à trilogia clássica.

VII - MUTAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO

As transformações no Direito Administratrivo, uma Ciência jovem, com pouco mais de duzentos anos, tanto quanto as dos demais ramos do Conhecimento, como se expôs na introdução deste ensaio, começam com lentidão e ganham impulso à medida em que superam a inércia e o conservadorismo, que opõem resistência às mudanças, e desenvolvem uma metodologia própria para absorvê-las e até mesmo, em uma segunda etapa, para desenvolvê-las controladamente.

Assim, lentas no seu primeiro século, as *transformações no Direito Administrativo* também começam a ganhar impulso na primeira metade do século XX e, tanto quanto a Ciência do Direito e as Ciências em geral, ganharam uma vertiginosa velocidade a partir do final da Segunda Guerra Mundial, o que torna, por vezes, quase impossível até mesmo acompanhá-las todas satisfatoriamente.

Seguem-se, portanto, algumas notas, limitadas apenas a dois importantes vetores de mudança, destacados desta última fase: a *emergência do Estado Democrático de Direito* e a *modernização da Administração Pública.*

Quanto ao *Estado Democrático de Direito*, passa a ser este o novo dado juspolítico com vocação ecumênica a ser considerado: *não mais basta que o Estado se submeta ao Direito conformado pelas leis, que é seu próprio produto; é necessário que estas leis se submetam ao Direito, que é produto da sociedade*.

Por outro lado, o grande objetivo a que passa a servir o aparato estatal é a *atualização da atividade de administração pública*, na linha dos princípios liberais e democráticos revividos, recuperando o atraso que apresentava, no particular, em relação às suas atividades estatais coirmãs, de legislação e de jurisdição, *com a finalidade de levar à eficiência de desempenho, sem incorrer em deficiência de juridicidade*.

Para que se logre alcançar esses complexos patamares em que se conjugam *eficiência* e *juridicidade*, o Direito Administrativo precisou varrer os focos de atraso acumulados, que eram, em lista incompleta:

1º a *imperatividade* sem limites, *à outrance*;

2º a intangibilidade de *atos políticos* da Administração Pública;

3º a insindicabilidade da *discricionariedade* administrativa;

4º a *exclusão do administrado* das decisões, inclusive por deficiências processuais; e

5º a persistência mítica do conceitos de *razões de Estado* e de *supremacia do interesse público.*

Vários temperamentos foram necessários para superar esses cinco pontos críticos (oferecidos também em lista exemplificativa):

1º a introdução da *consensualidade* sempre que possível;

2º a submissão jurídica ao controle de *qualquer ato* da Administração Pública;

3º os controles de *realidade* e de *razoabilidade* do *ato discricionário*;

4º as garantias de crescente *participação* do administrado; e

5º a afirmação da supremacia dos direitos fundamentais, notadamente do megaprincípio da dignidade da pessoa humana.

Outros vetores podem ainda ser acrescentados a este quadro, tais como a multiplicação dos aportes técnicos da Ciência da Administração, da Economia e da Sociologia, bem como os de inúmeros outros ramos do Conhecimento, exigindo necessárias e permanentes filtragens para que ingressem solidamente na ordem jurídica, o que a torna cada vez mais complexa, especializada e exigente em termos de interpretação.

São princípios elementares dessa filtragem autopoiética aqueles que mais eloqüentemente exprimem as novas exigências cidadãs, destacadamente os da *eficiência*, da *transparência* (melhor dito, da *visibilidade*) e da *participação*.

Primo, na linha da *eficiência*, o conceito de *administração por objetivos* passa a ser mais bem atendido com a aplicação de novas técnicas de *descentralização* e de *delegação*, especialmente a de deslegalização, que contribui para a existência de regramentos mais flexíveis e adequados aos fenômenos setoriais a que se dirigem.

Ainda na linha da *eficiência*, atende-se ao conceito de *desburocratização* com a distinção entre *decisão político-administrativa* e *decisão técnica*

Secundo: na linha da *transparência*, sobressai o avanço da *processualidade administrativa*, inclusive da admissão da *processualidade aberta*, em hipóteses de interesses difusos, interesses coletivos ou mesmo de interesses individuais homogêneos, que possibilitam a abertura de processos administrativos a um atendimento mais amplo e mais célere dos administrados.

Tertio: na linha da *participação* e da *consensualidade*, destaca-se o desenvolvimento da *negociação* referida ao atendimento do próprio interesse público, o que possibilita aperfeiçoar-se a sua satisfação além e melhor do que o previsto nos preceitos.

Essa negociação da execução do interesse público tanto pode ser substantiva como modal, dependendo do tipo de abertura legal que a suporte, comportando, ainda, modalidades individuais ou coletivas, neste caso, com a possibilidade de abertura para a variedade atualíssima da normatividade substitutiva (os acordos substitutivos).

Ainda na linha da *participação*, assume magna importância o papel reservado às *funções essenciais à justiça* na promoção e cura dos distintos interesses da sociedade a elas cometidos, que são, fundamentalmente, além dos interesses dos particulares, cometidos à advocacia privada, os interesses indisponíveis, os interesses públicos e os interesses dos hipossuficientes, cometidos aos três ramos da advocacia pública, respectivamente: aos membros do ministério público, procuradores estatais e defensores públicos.

Trata-se, em suma da *releitura cidadã* dessas três funções estatais acima referidas, na qual se reafirma que aqueles interesses não são exclusividade de nenhuma expressão, seja funcional ou orgânica, do Poder do Estado, mas que *todas elas concorrem*, em seus respectivos campos, mesmo com alguma superposição, para promovê-los, ampará-los e defendê-los, pois a afirmação de superiores interesses da cidadania se sobrepõe a feudos e a formas.

VIII. CONCLUSÕES

As mutações do Direito Administrativo obedecem a *necessidades*, além das teorias e das doutrinas políticas e jurídicas que procuram explicá-las: trata-se, antes de mais nada, de um sistema de *ordem* destinado *atender às necessidades práticas da época*.

Ora, como uma das necessidades mais em destaque em nossos tempos tem sido a de que essa *ordem venha impregnada de valores éticos*, hoje, mais do que nunca, as mutações seguem também à *busca da legitimação*.

Como o *atendimento de necessidades* é o móbil da busca do Conhecimento, seja empírico, científico ou filosófico, há que descobrir-se a melhor maneira de realizá-lo, daí o desenvolvimento de técnicas de toda natureza, inclusive de *técnicas sociais,* dentre as quais o Direito é a mais importante.

Todavia, no passado, essa busca se processava aleatoriamente, isolada, rarefeita e dificilmente concentrada em termos de meios e de objetivos, de modo que os avanços assim mesmo alcançados se deviam mais ao acaso

que à aplicação em encontrar essas respostas para as indagações e soluções para os problemas.

Ora, como se expôs, durante toda a História foi muito lenta a passagem de uma *tecnologia rotineira para uma rotina tecnológica*, ou seja: da repetição de antigas soluções à experimentação de novas soluções.

A diferença crucial entre ambas está em que a *rotina da repetição* só podia ser alterada pelo acaso, enquanto que a *rotina da experimentação*, uma vez introduzida, alterou o modo pelo qual os homens satisfazem suas necessidades – desde as mais elementares, como alimentação, abrigo e defesa, até as mais sofisticadas, como essa de que aqui se cogita, que é *a necessidade derivada de as sociedades se prevenirem diante da possibilidade de eclodirem novas necessidades.*

Assim, estudo prospectivo, experiência e pesquisa, são as *atividades derivadas*, que a humanidade desenvolve ao atinar que a *prevenção* é sempre solução melhor que a *correção*, daí a necessidade de o progresso passar a incorporar essas atividades, vocacionadas ao atendimento daquelas *necessidades de segundo grau.*

Mas, no Direito, a *prospecção científica,* primeiramente, não era *conhecida* e, depois, não foi *reconhecida.* Enquanto nas disciplinas da natureza logo se assentou a *necessidade de antecipar-se aos problemas*, a Ciência do Direito, como tradição, se mantinha *reativa*, mais voltada ao passado, ou seja, aguardando a eclosão das crises para só então desenvolver soluções.

A mudança de atitude só viria com as primeiras tentativas de indução de condutas pelo Direito Público, no século XIX; a princípio, timidamente, de modo quase exclusivamente indicativo, praticamente restrito a enunciar princípios e regras *programáticas*, para, somente pouco a pouco serem expressos em institutos *preventivos* e de *fomento público* que pudessem ser *imediatamente eficazes*.

Hoje, os conceitos de *previsão* e de *prevenção* encontram-se incorporados ao dia-a-dia do Direito Público e, até mesmo, já é abundantemente empregado no Direito Tributário, com a finalidade de estimular condutas não apenas para atender a necessidades atuais, como para poder atender a futuras necessidades, estas, por certo, desde que razoavelmente previsíveis.

Mas há muito ainda o que fazer para explorar amplamente este veio promissor, e não apenas na atividade de *fomento público*, mas também nas de *polícia*, de *serviços públicos*, de *ordenamento econômico* e de *ordenamento social*, pois em todas elas se pode produzir frutuosos exercícios de *prospectiva científica*, para definir *tendências,* uma tarefa cada vez mais fácil nesta era em que as informações abundam sobre praticamente qualquer setor da atividade humana.

Esse trabalho prospectivo mais fácil e estimulante se apresenta, ao se considerar a inevitável *internacionalização da administração pública e do Direito Administrativo*, sobre o que AGUSTÍN GORDILLO tem dado seu depoimento, fato que propicia não apenas maior riqueza de elementos comparáveis, até mesmo para a conformação de um banco de dados sobre tendências, como a possibilidade de permanente acompanhamento das experiências e dos trabalhos prospectivos desenvolvidos em outros países.

Outro argumento que concorre para estimular-se a prospecção científica no campo do Direito Administrativo vem a ser a *despolitização* paulatina da atividade estatal de administração pública.

Com efeito, com a separação, cada vez mais nítida, entre, de um lado, a atividade de planejamento, formulação e condução de políticas e, de outro, a de gerenciamento da execução dessas políticas, possibilita-se a redução das interferências daquela atividade, por natureza conflituosa e de corte voluntarista (política), sobre a outra distinta atividade, por natureza regrada e predominantemente técnica (administrativa), embora se tenham mantido ambas, por tradição, no âmbito do, assim denominado, também tradicionalmente, de Poder Executivo, muito embora, na prática, sua mais importante função não seja a *administrativa*, mas a *política*: a de *governo*.

Não se imagine, porém, como alguns observadores propalaram, que essa dicotomia de funções, ao produzir adiante uma clivagem mais nítida entre Governo e Administração, como aliás já se mostra mais evidente nos países de regime parlamentarista, *levará ao amesquinhamento do campo e da importância do Direito Administrativo*.

A tendência é *exatamente a contrária* a esse equivocado anúncio, aliás, bem mais jornalístico do que científico, como concorrem em confirmação respeitados autores, que se debruçaram sobre essas idéias, para criticar essa propalada tendência de *fuga para o Direito Privado* ou de anunciada *retração do Direito Administrativo* [8], como quer que se denomine essa conclusão aligeramente extraída como uma conseqüência das *privatizações* ocorridas nas últimas décadas.

A realidade é bem outra, pois jamais o Direito Administrativo enriqueceu-se tanto, ampliou-se tanto e diversificou-se tanto, quanto nestas últimas décadas, sob o benéfico influxo das mutações, aqui revisitadas.

Tal afirmação já era conclusão de nossa autora pioneira, ODETE MEDAUAR, como se depreende do que averbou em considerações escritas em 1990, portanto, quando estava em preparo a primeira edição de sua obra, nas conclusões lidas em seu Capítulo 8 (item 9. p. 267 e ss.)[9]:

[8] Como exemplos, o francês Jean Bernard Auby e o italiano Marco d'Alberti.

[9] Obra citada na Nota 2, supra, página 267/268.

> "*O administrativista contemporâneo tem consciência da diversificação e capilaridade das funções do Estado atual, realizadas, em grande parte, pela atuação da Administração Pública. Por conseguinte, o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder,* ***deve preocupar-se em elaborar fórmulas para a efetivação dos direitos sociais e econômicos***, ***de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas****. O direito administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança. A transformação sociopolítica é propícia à mudança de conteúdo e de forma do direito administrativo para que se torne mais acessível nos seus enunciados, para traduza vínculos mais equilibrados entre Estado e sociedade, para que priorize o administrado, isolado ou em grupos, e não a autoridade****. O enfoque evolutivo do direito administrativo significa, sobretudo, o intuito de seu aprimoramento como técnica do justo e, por isso, da paz social****." (n/ grifos)*

Esta observável ascensão do Direito Administrativo e a sua projeção natural *como um dos mais importantes instrumentos da ordem jurídica do nosso e de qualquer outro país*, assim como, do mesmo modo e até com maior clareza, de qualquer *bloco político de países*, em que impere o conceito de *Estado Democrático de Direito*, mais se consolidará e, em conseqüência, ainda mais antecipativas serão as palavras acima recolhidas, à medida em que as suas transformações levem adiante um *contínuo aperfeiçoamento institucional*. Não mais, porém, se dando apenas de forma *reativa*, como fruto de acaso histórico ou da eventual vontade política deste ou daquele governo de plantão, mas de forma *metódica*, *criativa* e *preventiva*, voltada à previsão de necessidades e de crises, que poderão ser, assim, evitadas ou superadas menos traumaticamente para a sociedade.

Eis a nova missão - que se franqueia para o Direito Administrativo e para sua doutrina fértil e estuante - como se apresenta nesta virada de século e de milênio, que é, agora e para adiante, a de *orientar o progresso* das relações entre o homem e o Estado e, no coletivo, entre a sociedade e os centros de poder público: sempre e cada vez mais, no sentido da afirmação do império dos *valores* sobre quaisquer outros interesses.

Teresópolis, outono de 2004.

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

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2,

junho/julho/agosto, 2005. 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 www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível