

A evolução e as tendências do Direito Administrativo

[André Murilo Parente Nogueira](mailto:andrenogueira@colenci.com.br) - andrenogueira@colenci.com.br

INTRODUÇÃO

Antes de passarmos a analisar diretamente as tendências do direito administrativo moderno se faz pertinente tecermos algumas relevantes considerações acerca da origem e da evolução desse ramo do direito, passando por uma breve tangente em relação ao direito comparado e sua indiscutível colaboração e influência na esfera brasileira.

A evolução do direito administrativo se confunde com a idéia de desenvolvimento e mutações sofridas pelo próprio Estado, sofrendo fortes e consideráveis pressões da nova ordem mundial, com os mitos da globalização e do neoliberalismo.

A propósito conceitos surgidos no final do século XX, como os acima mencionados, trazem modificações na própria idéia de Estado_ com modelo tradicional estrutural já esgotado_, tangenciando, inclusive, a soberania dos povos e, por via de consequência, atingem diretamente a forma de administrar, os modelos de políticas públicas e transformando a concepção do direito administrativo, seus princípios e pontos centrais, como a diante se demonstrará.

Conforme outrora mencionado, impossível avaliarmos as tendências do direito administrativo e sua evolução sem antes tratarmos, ainda que brevemente, do direito comparado, em especial, o advindo da Europa continental, destacando-se a França, Alemanha e Itália, países que influenciaram e, até hoje influenciam, diretamente na formação e evolução desse ramo autônomo da ciência do direito.

O direito anglo-saxão, amparado no sistema da *commom law*, percebeu seu direito administrativo evoluir de modo distinto aos países da Europa continental, sendo que, ao menos em uma fase inicial, não estendera suas pretensões ao direito brasileiro.

Nosso ordenamento jurídico administrativo, muito embora cravado nas raízes e heranças do sistema francês, começa a perceber as profundas alterações trazidas pelo direito norte-americano, principalmente, em razão das políticas externas adotadas por aquele país, que contagiaram grande parte do mundo, especialmente, as administrações dos chamados países de terceiro mundo, os quais se viram obrigados a submeter a certos comandos internacionais.

Passamos a observar a denominada democracia administrativa, onde grandes órgãos estatais passarão a ser sua regulação não mais diretamente pelo Estado, mas sob a égide de agências reguladoras, com caráter altamente negocial privado, salientando a retirada da intervenção direta do Estado na ordem econômica, como a diante melhor se elucidará.

1. O DIREITO ADMINISTRATIVO NA FRANÇA

O direito francês foi o primeiro grande berço do direito administrativo, até mesmo pela proximidade desta sociedade com as revoluções sociais, dentre a mais destacada, a Revolução Francesa.

É indiscutível a participação efetiva da França na evolução do direito administrativo, de modo que resta impossível mencionarmos considerações acerca da matéria sem antes tratarmos das modificações advindas desse país.

Aliás, o direito administrativo francês fora o grande marco influente dessa visão nos países da América Latina, dentre os quais, o Brasil.

Fora na França que surgiu com tenacidade, pela primeira vez, o vislumbre do direito administrativo como ramo autônomo da ciência do direito, sujeito a regime jurídico próprio, com a formação de princípios publicistas específicos e regras legais voltadas diretamente à limitação da atuação dos administradores.

Entretanto, o regime jurídico administrativo desenvolveu-se de modo diverso ao convencional do Estado francês, haja vista a adoção, naquele sistema, da chamada jurisdição administrativa.

Essa espécie de jurisdição, afastada da comum, do Judiciário, era composta por um Conselho de Estado, responsável pelo julgamento dos litígios que envolviam particulares e a administração pública.

Essa formação jurisdicional ainda vigente na França surgiu ancorado no princípio da separação dos órgãos do poder, notadamente, pela preocupação social da época de que o Judiciário e o Executivo criassem um relação de subordinação e tende-se à volta ao regime de governo antigo, o que era temível.

Nesta senda, cumpre-nos lembrar que o direito administrativo francês encontrou sua evolução e sua estrutura de princípios em julgamentos concretos, como o *leading case* Caso Blanco, onde, de forma pioneira, buscou-se a aplicação de um direito administrativo peculiar, autônomo e propriamente dito.

Até então vigia a concepção de aplicação de regras do direito privado, destacadamente, do direito civil, nas relações que abrangiam administradores e administrados.

É evidente que essa evolução fora acontecendo gradativamente e a “exclusão” de segmentos do direito privado na seara das relações com a Administração Pública foram aos poucos expurgadas pelos conselheiros daquele Tribunal Administrativo, formando-se um ramo autônomo na ciência do direito, regido por princípios e regras jurídicas próprias e a ele inerentes.

A teor do alhures mencionado deve ser salientado que a evolução no direito administrativo francês fora indispensável para a conscientização desse ramo do direito no Brasil.

2. DIREITO ADMINISTRATIVO NA ALEMANHA

A concepção revolucionária com a brusca ruptura entre os sistemas vigentes e o novo regime democrático surgido e a busca pelo total desligamento das relações e influências entre o direito público e o privado, existentes na França, não foram tão notáveis e visíveis assim no direito alemão.

Esse ordenamento jurídico, em sede do direito administrativo, possuiu um desenvolvimento peculiar, onde os tribunais alemães passaram a reconhecer direitos individuais dos administrados face aos governantes, contudo, embasado em regras do direito civil.

Percebemos a limitação do âmbito de atuação dos administradores e o respeito aos direitos dos administrados, assim como no direito francês, porém, com respaldo em outro ponto, o direito estritamente privado.

Outra considerável distinção a ser elaborada entre o sistema adotado na França e o alemão, é que, como disposto anteriormente, o direito administrativo francês fora construído sob os pilares de um Conselho de Estado, ou seja, do julgamento de casos práticos que envolviam a Administração Pública, a formação de jurisprudência que por julgados moldaram princípios e ditames para a limitação de atuação administrativa.

Diferentemente, no direito alemão, ressaltamos a formação de um direito administrativo encorajado por formações doutrinárias e científicas.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹ temos o relevante ensinamento:

“...na Alemanha a sistematização do Direito Administrativo, por idéias herdadas do Estado de Polícia, seguiu muito mais a orientação pandectista na interpretação do Código Civil. Na sistematização do Direito Administrativo, adotou-se o método construtivo, preocupados em formular dogmas específicos, mas sempre a partir do modelo construído pelo direito privado”.

3. DIREITO ADMINISTRATIVO NA ITÁLIA

Por fim, interessantes e salutareas foram as influências trazidas pelo direito administrativo italiano a toda Europa continental e aos países da latinos.

Sofrendo influências do regime jurídico adotado pela França o direito administrativo italiano percebeu evidente evolução após a 1ª Grande Guerra Mundial, com a formação de princípios liberais e protetores das liberdades públicas.

Esses princípios foram mitigados com a chegada do facismo de Mussolini e a 2ª Guerra Mundial, retornando às suas vidas com a queda desse sistema e o ressurgimento de princípios de ordem democrática protecionista dos indivíduos.

Percebemos nessa égide que houve uma verdadeira mistura entre os regimes democráticos - como o francês - e os autoritários - como os adotados na Alemanha em período nazista - o que trouxe contorno especial ao direito administrativo italiano.

Neste diapasão o direito administrativo na Itália fora constituído sob dois importantes mantos, tanto do direito francês quanto do direito alemão, o que lhe conferiu um caráter *sui generis* e de grande notoriedade, com a afirmação de casos concretos e a necessária reflexão doutrinária acerca dos mesmos.

4. A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

As ressalvas alhures são interessantes para revelarmos que o direito administrativo é matéria que se encontra em evidente estado de evolução e inquietude.

Assim, como a própria ciência do direito, o direito administrativo modifica-se de acordo com as novas tendências da sociedade e regem-se pelas infundáveis transformações que circundam o conceito de Estado e as formas de administração do mesmo.

Com esse pensamento a explanação a ser realizada no presente tópico confunde-se com a evolução do próprio Estado, sendo que as modificações no direito administrativo estão estritamente ligadas às alterações sofridas por aquele.

Durante a Idade Média, em razão da centralização do poder e da administração nas mãos do monarca, relevando um Estado monárquico e absolutista, o que impedia o desenvolvimento de qualquer início do direito administrativo.

Encontrava-se vigente naquele modelo a teoria da irresponsabilidade do Estado e do direito ilimitado para administrar, onde o monarca ditava as regras por ele mesmo a serem seguidas, ressaltando o princípio de que o rei não pode errar, advindo do direito inglês.

Com a idéia de Estado de Direito consagrada após revoluções sociais e políticas do final do século XVIII e início do século XIX começam a surgir as primeiras linhas que levariam até a formação do

Estado Moderno atual.

As revoluções que findaram com o desgastado regime absolutista deram início à formação de princípios como o da legalidade e o da separação das funções dos órgãos do poder, criar-se-á, então, limites até mesmo aos administradores o que, até aí, não se havia constatado nas sociedades medievais.

A partir destes fenômenos a Administração passa a seguir ditames principiológicos e limitações legais que iram reger a sua forma de atuação com os administrados, principalmente, de modo a consagrar os direitos individuais daqueles e protegê-los da voracidade dos governantes que se fazia permeada na forma de administrar.

Noutra banda é certo que participação do Estado na sociedade nem sempre se deu como moldes vigentes, de maneira que, a princípio, encontramos as linhas do denominado Estado de Polícia ou Estado Liberal.

Essa primeira formação da administração era a maneira pela qual os governados se valiam para afastar a atuação mais presente do Estado, trazendo a sensação de liberdade pública e efetivação de direitos individuais, cabendo ao Estado, tão somente, suas funções basilares, como a ordem pública interna e a segurança externa.

Esse modelo estatal era regido pelo pressuposto da não-intervenção do Estado, preservação das liberdades públicas, como o direito de propriedade, máxima observância da legalidade, responsabilidade patrimonial do Estado, sujeição da Administração ao Poder Judiciário e esta atuando pontualmente através dos atos que demonstram o “poder de polícia”.

Percebeu-se, que o Estado como mero órgão afastado de seus administrados e sem auxiliar para o desenvolvimento daqueles não seria um Estado dotado de legitimidade e atuação social.

Outrossim, a própria evolução da sociedade passou a exigir que o Estado se fizesse mais presente e atuante, notadamente, em sede de políticas sociais protecionistas, como por exemplo, saúde, educação e previdência social.

Construções doutrinárias e grande valia e indiscutível pertinência relutaram para firmar a consciência de que entre os elementos essenciais do Estado encontra-se a reconhecida finalidade, visto essa como necessidade de participação estatal asseguradora das mínimas condições aos que são seus, preceito que até nos dias recentes encontra guardada nos ordenamentos constitucionais mais avançados, como o brasileiro.

Fora nesse contexto que nasceu o primado do Estado Social ou Estado do Bem-Estar, Estado-Prestador, Estado-Providência, de modo que a Administração Pública passou a ser muito mais presente e atuante na vida dos administrados sem que isso, no entanto, implica-se em diminuição das liberdades públicas.

Essa nova modalidade de Estado, diferentemente do Estado Liberal e, como não poderia ser diferente, acarretou em inchaço da máquina administrativa que passou a ser mais exigida, vez que a relação entre administrador e administrados mostra-se mais presente, constante e duradoura.

O Estado passa, até mesmo, a figurar como intervencionista na ordem econômica, por vezes indiretamente e, em outras, pessoalmente, como se empresário fosse, através das empresas estatais.

Denotamos que o custo de manutenção dessa tamanha estrutura mostra-se insustentável ao longo do tempo, de forma que com o passar dos anos tal estrutura fracassou e, atualmente, encontramos

nos em verdadeira face de modificação estrutural da administração e indiscutível transformação do Estado, face aos novos conceitos mundiais da globalização e do neoliberalismo.

A modificação do direito administrativo na atualidade passou pela mudança do ponto referencial desse ramo do direito.

Anteriormente, via-se o direito administrativo sob a óptica da prática de um ato administrativo, do próprio ato do poder de polícia.

Essa idéia esgotou-se e nos dias em que vivemos passamos a analisar o direito administrativo sob condão diverso, sob os olhos dos serviços públicos e a relação jurídica administrativa, com nascituro no direito alemão.

Cresce a idéia de procedimento administrativo adotado pela doutrina italiana e sua distinção entre os parâmetros do processo administrativo.

Basicamente, as correntes de apreciação e dedicação aos estudos do direito administrativo moderno e suas novas percepções encontraram-se calcadas em três grandes grupos de pensadores.

A primeira corrente mostra-se conservadora, muito embora reconheça a estrita necessidade de renovação do direito administrativo para fins de adequá-lo às novas tendências sociais.

Essa corrente não abre mão de encontrar no centro de todas as relações administrativas o conceito de ato administrativo, todavia, alterando a definição desse ato, o que não nos parece o mais adequado.

Uma segunda corrente intermediária vislumbra o esgotamento da idéia de ato administrativo como eixo central do direito administrativo, entretanto, somente servindo esse quanto aos poderes de polícia, mostrando-se incabível quando tratarmos de outras formas de atuação da Administração Pública.

Para os que assim defendem mostra-se impossível a fixação de um parâmetro único e exclusivo, ante a complexidade que rege o sistema da administração pública atual.

Ao final, uma terceira corrente salienta a total inadequação do cabimento do ato administrativo como centro para o estudo das tendências do direito administrativo.

Isso porque se defende a necessidade de criação de um novo sistema para a atuação da Administração Pública e novo centro que não o ato administrativo em sua conceituação hodierna.

Essa doutrina encontra forte apelo no direito administrativo alemão, onde se preconiza a relação jurídica administrativa e, em sentido paralelo, o direito italiano, o qual eleva a idéia do procedimento administrativo.

A doutrina do direito administrativo alemão, com destaque a Otto Bachof, sustenta que a idéia de “ato administrativo” se exaure com prática de um momento, um instante, uma simples prática da administração pública, comparando-o a uma mera fotografia, elidindo o relacionamento entre o administrador e os administrados, o que sabemos, não é verdade.

O sobressalto dos que assim se posicionam é a percepção de verdadeira relação jurídica complexa entre a dualidade administrador-administrado, permitindo vínculos relacionais entre estes, buscando na Carta Maior sua fundamentação e legitimação.

Corroborando em partes com a doutrina acima aludida, porém indicando cerne diverso ao direito administrativo atual, temos aqueles que sustentam a existência do centro gravitacional em torno do conceito de procedimento administrativo, com destaque aos pensadores italianos, como Mario Nigro.

Para os que assim encontram o alicerce de suas afirmações e com os quais nos filiamos, o direito administrativo moderno está solidificado no procedimento administrativo dividido em duas grandes vertentes.

Uma confere à Administração uma relação “autoritária” e “unilateral” como a prática do poder de fiscalização e polícia e a outra vê a participação do administrador de forma bilateral e contratual, ambas figurando harmoniosa e conjuntamente no exercício administrativo típico, porém, todas reguladas por procedimentos específicos, com prévia determinação legal e dentro dos ditames da legalidade e demais princípios constitucionais inerentes à atividade administrativa.

A adoção do procedimento como cerne da atividade da administração pública possibilita uniformização da atuação estatal, mesmo ante à complexidade pela qual vem sendo a mesma submetida - principalmente com a adoção de legislações sobre procedimento_, consagrando assim os regramentos basilares do Estado Democrático de Direito.

Demonstrada a estrita necessidade de modificação do cerne da apreciação das atividades da Administração Pública e a profunda renovação da dogmática jurídica administrativa, iremos lembrar, agora, alguns tópicos indispensáveis na modificação da máquina administrativa.

As mutações nos Estados de todo o mundo e a chegada da nova ordem mundial estão obrigando os Estados a se adaptarem à essa realidade, mediante o implemento de novas políticas públicas, com o emagrecimento da máquina administrativa e diminuição dos débitos estatais.

Países em fase de desenvolvimento como o Brasil, não bastasse isso, deve agir de modo a consagrar políticas superavitárias com diminuição das despesas públicas e arrojo nas políticas fiscais, às vezes, em detrimento, inclusive, do avanço nas políticas sociais.

Essa nova feição faz com que nos encontremos em fase de transição com a nossa atuação na esfera administrativa, com evidente desestatização, desburocratização e desregulamentação da atividade administrativa, flexibilização de monopólios estatais e a privatização das empresas estatais_ coqueluches na década de 70 -, reduzindo o custo de sobrevivência do Estado e o *déficit* público.

Encontra-se em modificação a forma de agir dos agente públicos, a participação do Estado em certos segmentos, como na economia e a própria natureza jurídica da administração direta e indireta.

A questão das inúmeras privatizações de empresas estatais, a concessão de outros tantos serviços públicos, o surgimento das parcerias público-privado, são sintomas evidentes da modificação estatal, onde nós administrados estamos na eminência de nos tornarmos “clientes” da Administração Pública.

Essa, por sua vez, vai se dirigir até nós através de empresas concessionárias ou privatizadas que prestam o indispensável e ininterrupto serviço público a preço de ouro, mediante às vistas grossas dos governantes que as regulamentam, através das agências estatais², as quais tem a estrita função de regular a atuação das empresas, antes estatais, no mercado.

A propósito, conforme alhures mencionado, a formação de agências estatais, em regra, autarquias especiais da administração pública indireta, visam regular o mercado, nos moldes do artigo 174, da

Constituição Federal, sem participação do Estado de forma presencial e contundente, como outrora ocorrera.

No modelo vigente, as agências encontram sua instrução basilar na *Administrative Procedure Act* (lei de procedimento administrativo), § 551, dos Estados Unidos da América³, a qual, em seu cerne, traz a definição do que seriam uma *Agency*, conceituando-a como qualquer autoridade do governo dos EUA, excluídas, dentre outros, o Congresso, as Cortes, o Governo dos Territórios, Cortes Militares, etc.

Denotamos que as agências no direito norte-americano possuem sentido muito mais amplo ao adotado em nosso ordenamento, entretanto, são elas, as *regulatory agencies*, as fontes primárias do modelo adotado em nosso sistema.

Com essa visão resta cediço e de imediato percebemos a diminuição da participação estatal em nossas vidas cotidianas e, até mesmo, na própria ordem econômica, com a feliz expressão utilizada pelo Prof. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, qual seja, a *miniaturização* do Estado.

Os servidores públicos passam a ter modificações em suas formas de aposentadoria e prática de serviço, devendo atentar à eficiência e à jornada majorada para aposentar-se, como forma de adequação a um mundo cada vez mais competitivo.

É nesse pensar que, a par da redundância, ressalto: estamos vivendo em um Estado que encontra-se em metamorfose, com a reformulação de nosso direito administrativo e desligamento dos tradicionais liames dessa matéria.

É certo que hoje os Estados e seus tradicionais modelos sucumbiram ante ao neoliberalismo e à globalização e que vivemos em período de mutação da administração pública, em suas mais diversas searas.

NOTAS DE RODAPÉ CONVERTIDAS

1. *Direito administrativo*, p. 31.
2. Cf. emendas constitucionais nº 5 (monopólio na distribuição do gás), nº 8 (telecomunicações); nº 9 (petróleo).
3. http://www.archives.gov/federal_register/public_laws.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.