
E AGORA, PARA AONDE VAMOS?

AND NOW, WHERE ARE WE GOING?

*Daniela de Almeida Pascini Caravita
Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A evolução do Estado e as reformas administrativas como ambiente para um “novo direito administrativo”; 1.1 A reforma administrativa como um preâmbulo para um direito administrativo mais eficiente; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo visa fazer breve análise, partindo da evolução do Estado, a respeito dos rumos tomados pelo Direito Administrativo, considerando as variáveis que incidiram sobre a Constituição e a legislação infraconstitucional, além da preocupação quanto ao atendimento da eficiência dos atos da Administração Pública para a obtenção dos resultados almejados.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Evolução do Estado. Direito Privado.

ABSTRACT: This study aims to make brief analysis, base don the evolution of the State, about the direction taken by Administrative Law, considering the variables that focused on the Constitution and constitutional legislation, in addition to concerns about the service efficiency of the acts of the public administration to obtaining the desired results.

KEYWORDS: Public Administration. Evolution of the State. Private Law.

INTRODUÇÃO

A percepção das transformações ocorridas no direito administrativo, a partir das últimas décadas, faz aumentar o interesse por questões importantes, que nos levam a reavaliar o enquadramento teórico de muitos de seus institutos, como por exemplo, os contratos administrativos. Fenômenos como a desmistificação do princípio da supremacia do interesse público nas relações contratuais com o Poder Público e a superação de alguns dogmas, como a anteposição categórica dos institutos pertinentes aos direitos público e privado, no que diz respeito aos atos e contratos administrativos, são pontos corriqueiros nas discussões envolvendo o direito público atualmente.

Questão não menos importante e que também participa de tais transformações, mais comumente percebidas no direito alienígena, dada a influência do direito comunitário sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, é a da inserção do direito interno numa seara comunitária, o que provoca a necessidade de adaptações que, pouco a pouco, levamos a reavaliar a eficiência e evolução dos institutos frente à regulação das novas situações que precisam ser solucionadas pelo direito. O que se percebe é que o direito administrativo, ao mesmo tempo em que influencia também sofre influência do direito comunitário.

Assim, vê-se que com o incremento de atuações envolvendo o Estado, a sociedade e o mercado, os contratos administrativos, em seu viés mais moderno, passam a exigir uma atuação muito mais “negocial”, por parte do Poder Público, tornando-se uma espécie de seara a propiciar uma nova análise de antigos institutos, mas que ainda são considerados alicerces do direito administrativo.

Dessa forma, pretende-se aqui, ainda que brevemente e com o objetivo de criar apenas um norte para novas descobertas, analisar o advento de um “novo modelo de administração”, que tem como base os princípios da diferenciação, da diversidade, da lógica de mercado e da utilização crescente dos instrumentos privados, ou privatísticos de ação.

Ainda que a origem dessa discussão possa ser atrelada, como veremos, à evolução do Estado, com novas demandas da Administração, é importante considerar que as novas práticas de gestão da coisa pública, imprescindíveis para a execução das funções do Estado também impulsionaram mudanças e a adoção de novos rumos para a dicotomia entre o público e o privado.

1 Idéia desenvolvida por Maria Manuela Leitão Marques e Vital Moreira no artigo “Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação de Serviços Públicos”. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt>>. Acesso em: 28 out. 2012.

Aqui, vale lembrar que a Constituição de 1988, embora tenha inovado em vários pontos, no que diz respeito à gestão administrativa representou um verdadeiro retrocesso em relação às formas administrativas instituídas pela reforma de 1967. O que de certa forma, invoca, ainda mais a necessidade do estabelecimento de novos paradigmas. Conforme será analisado infra, constata-se um engessamento dos modos de organização e funcionamento da Administração, com verdadeiro repúdio à discricionariedade. Esse papel, não se coaduna por ser incompatível com o “modus operandi” do modelo de gestão estabelecido pela Constituição, além da diversidade de papéis trazidos na Constituição para o Estado brasileiro.

1 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E AS REFORMAS ADMINISTRATIVAS COMO AMBIENTE PARA UM “NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO”

Para bem compreender a função do direito administrativo nos dias de hoje, considerando-se todas as variáveis mencionadas acima, é importante considerar a evolução do Estado, principalmente entre as décadas de 30 e 90.

Com a necessidade de assumir novos papéis, à medida que aumentavam as funções do Estado, a Administração Pública do século XX também adquiriu dimensões gigantescas. Em decorrência desse fato, verifica-se, em relação à Administração, a extrapolação das funções de garantidora da ordem e mera executora de leis que até então lhe eram atribuídas como reflexo do Estado absolutista². A estrutura estatal praticamente exigia da mesma uma função mais ativa, qual seja, a de cumpridora de prestações³.

Foi assim que se iniciou o *movimento* no direito administrativo, caracterizando-se por alterações paulatinas, qualificadas por novos institutos, novos princípios e novas terminologias.

2 Segundo Odete Medauar, figurando o Poder Executivo como cumpridor da lei votada pelo parlamento, a Administração aparece como instrumento de execução da lei, sem vontade própria, subordinada, agindo de modo neutro; tratava-se de função marginal, subsidiária. “A Administração era o agir da autoridade governamental no âmbito da lei e tinha por função essencial, segundo a típica concepção do Estado no século XIX, assegurar ordem pública estabelecida pelas leis.” Ao Estado mínimo correspondia a Administração mínima, a burocracia guardiã. Importante registrar também que a Administração Pública do séc. XIX era caracterizada pelo princípio da hierarquia, uma espécie de dependência guiada, ressaltando o aspecto da auto-responsabilidade profissional do servidor público. Ponto importante também era o formalismo excessivo dos atos da administração, enaltecendo a lógica: “o que não é documento, não existe”. Com isso, o resultado, ou o mérito do ato restavam em segundo plano.

3 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O mais relevante aqui é mencionar que, independentemente de qualquer nomenclatura que se possa atribuir aos antigos institutos, o que realmente fez a diferença foi uma nova ideologia, uma maneira diferente de conceber o Estado e a Administração Pública. Ou seja, analisando-se a conjuntura política e social do Estado social, percebeu-se que não bastava ao atendimento do bem comum, o Estado prestador de serviço, mas sim um outro capaz de incentivar e estimular o desenvolvimento da sociedade.

O Estado social, focado na busca da igualdade entre os homens, diferentemente do Estado Liberal que tinha como dogma a liberdade, tem a intervenção como principal atividade, tanto na ordem econômica, quanto social, objetivando a ajuda aos menos favorecidos. Ou seja, valendo-se da defesa da igualdade e do princípio democrático, o Estado Social fundamenta seu modo de atuação. Assim, vale apontar aspecto interessante aludido pelo Prof. Jean Jacques Chevalier, citado pela Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴,

O princípio democrático, longe de contribuir para frear a expansão estatal, vai, ele mesmo, servir de poder propulsor; é a favor do exercício das liberdades políticas e sob a pressão dos eleitores que vão ser consagrados os direitos novos, no campo social e econômico. [...] O Estado vai ver erguerem-se as barreiras que entravavam sua atuação; não há mais espaço privado protegido, sociedade civil preservada de suas ingerências; o Estado vê a ele atribuir-se uma função de regulamentação global, o que leva a imiscuir-se nas relações sociais de toda natureza, sem se deixar deter por um princípio de liberdade de comércio e de indústria transformado, no fim dos anos, em uma concha vazia.

Do que se mencionou acima, é quase intuitiva a conclusão de que o excesso de liberdades e atribuições ao Estado social, ainda que legitimadas pelo princípio democrático, garantidor da igualdade, trouxesse também conseqüências indesejáveis como o aumento da burocratização, o excesso de regulação – limitando e afetando as liberdades econômica e social, a instituição de monopólios legais a favor do próprio Estado e a participação majoritária, ou em alguns casos até mesmo exclusiva, no capital de empresas industriais ou comerciais. Assim, para tornar concreto esse feixe de atribuições, imprescindível um Poder Executivo fortalecido, burocraticamente organizado capaz de editar sua própria normatização e executá-la, ainda que tal comportamento esbarre no princípio da

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 13.

separação de poderes. Ou seja, a lei então perde suas características de generalidade e abstração para ter natureza individual, de verdadeiro ato administrativo concreto, fundamentado na opção política que melhor atenda determinada necessidade do Estado. Em última análise, essa prática fez com que para cada situação a ser enfrentada fosse preciso um ato normativo específico para conferir-lhe legitimidade o que levou a uma multiplicação das leis e à conseqüente instabilidade do direito.

Essas conseqüências foram minimizadas com o advento do Estado democrático de direito, fundamentado no incremento da participação do cidadão nas decisões estatais e na promoção da justiça, agora sob o ponto de vista material ressaltando seu conteúdo como meio de realização dos direitos garantidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. Ao contrário do que marcou o Estado Liberal, o princípio do interesse público se estabelecia revestido de um aspecto ideológico, com relevo para a humanização de seus vetores, confundindo-se com a idéia de bem comum e contrapondo-se às características utilitárias do Estado liberal no século XVIII.

Em relação ao Estado democrático de direito, indispensável também consideração sobre o fato de que o princípio da legalidade passa a obrigar a Administração Pública à observância da lei, como colocado acima, sob o ponto de vista material, iniciando-se a preocupação com a eficácia dos atos administrativos como instrumentos aptos a garantir os ideais de justiça e a eficiência dos meios de controle a que estão sujeitos.

Como conseqüência da fase decorrente da evolução do Estado, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento de soluções na busca de adaptações no próprio direito para atender às demandas sociais e estatais, advindas com o Estado democrático de direito, instala-se o Estado subsidiário.

Baseado no *princípio da subsidiariedade*⁵, o Estado subsidiário tem como uma das características principais o reconhecimento e a valorização

5 Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, o princípio do Estado subsidiário se refere a um paradigma estatal que se afasta dos modelos liberais, nos quais predominaram o pensamento individualista, cujos valores se assentam na defesa dos direitos e garantias individuais; e dos modelos totalitários, obtidos pela práxis marxista de constantes transformações sociais, fruto de processos revolucionários e ideológicos, que culminaram nas inúmeras estruturas estatais intervencionistas no século XX.

A nota distintiva da doutrina da subsidiariedade é a descentralização progressiva em todos os planos do ente estatal, assim como o fortalecimento dos poderes mais próximos dos cidadãos, a exemplo dos municípios, e uma estrutura estatal dividida em corpos sociais intermediários aos indivíduos e os poderes do Estado, denominada cadeia de subsidiariedade. O funcionamento desta cadeia parte de um dever ético de que os poderes públicos e os elementos sociais mais próximos a estes não devem suprimir a competência e a iniciativa dos grupos sociais que se situam próximos às bases da cadeia de realizarem as ações necessárias à promoção do bem comum, se estes puderem proceder de formas mais eficiente. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.95)

da iniciativa privada como instrumento para a diminuição do tamanho do Estado, hipertrofiado desde a instauração do Estado social.

Assim, o Estado subsidiário se abstém de atividades as quais o cidadão tem condições de desempenhar por sua própria iniciativa e recursos, o que por si só já significa a imposição de limites à atividade estatal sob o ponto de vista da intervenção. Sob outro viés, é característica também do Estado subsidiário a necessidade de ampliar a atividade administrativa de fomento, incentivando-se a iniciativa privada de interesse público. Assim, o Estado deve ajudar, estimular e criar condições para que os interessados – representados por entidades particulares, atinjam seus próprios objetivos. Com isso, ficam a cargo do Estado tão somente as atividades que lhe são próprias e, portanto, indelegáveis ao particular, como por exemplo: segurança, defesa, justiça, legislação e polícia. Regidas pelo princípio da subsidiariedade então, ficam as atividades sociais, como saúde, educação, pesquisa, assistência; e econômicas, como as atividades industriais, comerciais e financeiras, as quais o Estado somente exerce se a iniciativa privada mostrar-se ineficiente, isto é, em caráter supletivo.

A subsidiariedade, dessa forma, funciona como um limite à intervenção do Poder Público nas relações com particulares, do poder central sobre os periféricos, em salvaguarda da liberdade dos mesmos, e da própria coletividade. Funciona como se fosse um impulso à ação de sustento para as coletividades menos desenvolvidas, quando então se passa a exigir a ativação de ferramentas de redistribuição de riqueza. Discussão que seria interessante desenvolver, mas em outra oportunidade tendo em vista o foco desse estudo, seria a que diz respeito à análise da eficiência do Estado subsidiário sobre situações em que se faz imprescindível a salvaguarda do interesse público. Isto é, naquelas hipóteses específicas em que normalmente o Estado não agiria, mas que dada a premência da situação, a atuação pela mão do Estado torna-se imprescindível.

Finalmente, como que para encerrar essa primeira fase de abordagens, mas relevante para se compreender as interfaces entre os regimes de direitos público e privado na seara do direito administrativo, explica a Profa. Maria Sylvania Zanella di Pietro que no caso dos serviços típicos do Estado prevalecem os procedimentos e princípios próprios do regime jurídico administrativo, ou de direito público. Já no caso das atividades sociais, bem como das econômicas em que o particular não consiga desempenho a contento no regime da livre iniciativa e competição – principalmente com relação às economias, o Estado deve procurar *formas mais flexíveis de atuação*, tais como a simplificação de procedimentos e os mecanismos de controle, somente possíveis com a aplicação predominante do direito privado, derogado parcialmente pelo

direito público, apenas no que for essencial para assegurar o cumprimento dos fins estatais.

Como mencionado acima, a finalidade precípua das adaptações buscadas ao longo da evolução do Estado é o desenvolvimento do corpo social que se submete às regras estatais.

Assim, ainda que de maneira incompleta, ou mesmo utópica, é intuitiva a conclusão que essa evolução por sua vez, somente foi possível através da conjugação dos esforços da iniciativa privada, com a participação democrática dos cidadãos e colaboração entre os setores público e privado na realização das atividades administrativas do Estado.⁶

Interessante perceber então que foi nesse contexto que se inseriram as privatizações, que além de designar em sentido amplo o movimento de transferência de ações de empresas estatais para o setor privado, na realidade, representa também uma releitura de vários princípios e institutos do direito administrativo.

Fala-se em *transparência* na Administração pública para designar o velho princípio da publicidade e afastar a atuação sigilosa. Fala-se em *privatização* para designar a transferência de ações de empresas estatais para o setor privado. Fala-se em *parceria* entre poder público e iniciativa privada para designar fórmulas antigas, como a concessão e a permissão de serviços públicos. A *terceirização* é vocábulo emprestado à vida empresarial para designar os antigos contratos de obras, serviços e fornecimentos, desde longa data utilizados pela Administração Pública. Fala-se em *codificação* do direito administrativo para trazer para o direito positivo princípios, teorias e regras que são de todos conhecidas e há muito tempo aplicadas pela Administração Pública, pela doutrina e pela jurisprudência. Fala-se em *flexibilização* da Administração Pública, quando se quer descentralizar mais, diversificar o regime jurídico dos servidores, simplificar os procedimentos licitatórios e os procedimentos de controle⁷.

6 Segundo a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, muito do que se fala sobre o Estado, vale também para o setor privado, para as empresas e a economia. Verifica-se igualmente um abandono dos grandes empreendimentos, fechados, verticalizados e autossuficientes, para buscar instrumentos de descentralização, de parceria e terceirização. *“As idéias de parceria e colaboração dominam todos os setores, com reflexos inevitáveis no âmbito do Direito”*.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia. Terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.1-2.

Assim, a privatização envolve a aceitabilidade de conceitos amplos, abertos, bem como a multiplicidade de técnicas, tudo visando em última análise, à redução do tamanho do Estado e o fortalecimento da iniciativa privada e da gestão do serviço público.

Dessa forma, finalmente tangencia-se o ponto que de fato se pretende tratar aqui, qual seja o da fuga crescente do direito administrativo, rígido, tradicional e excessivamente formal, para o direito privado, que passando a ser utilizado pela Administração acaba mesclando-se ao direito público.

Assim, antes de adentrarmos nesse ponto, é importante compreender, mesmo que em rápida análise, que o direito brasileiro, concretizado pela Constituição Federal de 1988, mesmo tendo feito menção ao Estado democrático de direito, apresenta algumas contradições entre os institutos e suas características e por que não dizer também certo retrocesso. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se disciplinou, a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 19, no §3º no art. 37, as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, a possibilidade da prestação de alguns serviços públicos também por particulares, como por exemplo, serviços sociais, educação e ensino, além de explicitar a idéia de fomento de algumas atividades da iniciativa privada de interesse público pelo Estado, como cultura, desporto e tecnologia; no que diz respeito ao exercício da atividade econômica pelo Estado, andou em retrocesso⁸. Isso por que de acordo com o art. 170 da Constituição de 1967, o princípio da subsidiariedade tinha expressa previsão constitucional, deixando claro que o Estado somente interviria na atividade econômica nos moldes mencionados supra, ou seja, naqueles setores em que a iniciativa privada mostrara-se ineficiente. Já no texto de 1988, a questão do exercício da atividade econômica pelo Estado veio prevista de maneira menos clara e sem qualquer menção ao princípio da subsidiariedade. Conforme se observa do texto da Constituição, somente se admite a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, quando necessária aos imperativos de segurança nacional e nos casos de relevante interesse coletivo; lançando-se mão de fórmulas ricas em conceitos indeterminados, dando margem à discricionariedade do legislador.

É interessante pontuar, complementando o que foi dito acima, que embora a Constituição tenha mencionado o Estado democrático de direito, e em alguns pontos realmente apresentado avanços em relação ao direito anterior, provavelmente como reflexo do regime ditatorial

8 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

anteriormente imposto, adotando os paradigmas e princípios atrelados ao regime democrático, no que pertine à Administração Pública, seus institutos e conceitos, não o fez. Ao contrário, percebe-se uma tendência à burocratização⁹, tratando de forma muito parecida os entes da Administração Direta e Indireta, sem distinguir entre os de direito público e de direito privado, nem mesmo levando-se em consideração o tipo de atividade exercida por cada um, se prestadora de serviços públicos ou atividade econômica.

Ponto também que merece ser ressaltado aqui, ainda que em apertada síntese, é o tratamento conferido ao poder discricionário da Administração. Essa constatação é feita a partir da análise do texto da Constituição, onde se percebe com clareza um *engessamento* dos modos de organização e funcionamento da Administração Pública. De certa forma, nota-se em certo repúdio à discricionariedade do administrador, quando se valoriza extraordinariamente o controle do ato e do processo administrativo, deixando para um segundo plano a valorização do resultado esperado do agente, ou quando o texto prima pelo excesso de rigidez e uniformização nas soluções propostas, o que acaba sendo incompatível com o modelo e a diversidade de papéis estabelecidos pela própria Constituição para o Estado brasileiro.

Assim, por exemplo, as prerrogativas atribuídas ao Poder Executivo sofrem uma restrição disfuncional no que diz respeito aos assuntos referentes à sua própria organização, com a perda da autonomia de algumas entidades, o fortalecimento dos mecanismos de controle e o cerceamento da ação administrativa. Para alguns autores¹⁰, inclusive as reformas posteriores à Constituição Federal de 1988 nunca foram de fato implementadas, coexistindo na máquina pública resquícios de gestão patrimonialista, burocracia em excesso e atuações gerenciais de acordo com referenciais participativos e voltados para o resultado, o que torna o modelo inconsistente em seus institutos.

Com isso, constata-se que os institutos correlatos a cada ente da Administração tiveram tratamento semelhante, tanto no que diz respeito à Administração direta, quanto indireta, como aconteceu com os servidores públicos, os contratos, as licitações, as limitações de orçamento e o controle a que são submetidos. Partindo-se desse

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

10 PIRES, Roberto Rocha C. Burocracia, discricionariedade e democracia: alternativas para o dilema entre controle do poder administrativo e capacidade de implementação. *Cadernos de Gestão Pública*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 141-180, jan./jul. 2009.

panorama não é difícil concluir que todos esses entraves colaboraram para a ineficiência das denominadas empresas estatais, o que em parte está ligado à flexibilidade e agilidade que o regime jurídico próprio das empresas privadas permite ao Estado alcançar no desempenho de algumas atividades em que a organização burocrática é inadequada justamente por não atender de pronto as necessidades momentâneas do mercado, ou àquelas que a gestão administrativa exige.

Assim, como o princípio da subsidiariedade não foi adotado pela Constituição, algumas empresas estatais atuam em regime de competição com a iniciativa privada, sem, contudo ter condição de fazê-lo.

Caminhando-se para o nível infraconstitucional, percebe-se que a Lei 8.666/93 repetiu os excessos burocráticos da Constituição, adotando um formalismo excessivo e defendendo a prática do procedimento licitatório, tanto para as entidades da Administração Direta, quanto da Indireta. Em relação aos contratos administrativos, por exemplo, atribuiu prerrogativas de poder público à pessoa jurídica de direito privado que deveria, ao contrário, atuar em regime de competição com a iniciativa privada.

Dessa forma, embora restrita ao tema cuja abordagem propôs-se a fazer nesse estudo, essa visão panorâmica presta-se à conclusão de que outra saída não existiu para o direito administrativo senão a busca de soluções alternativas, algumas licitas, outras nem tanto por colocar o administrador público adiante do próprio legislador, ameaçando-se, inclusive, o princípio da legalidade¹¹.

1.1 A REFORMA ADMINISTRATIVA COMO UM PREÂMBULO PARA UM DIREITO ADMINISTRATIVO MAIS EFICIENTE

Nesse ambiente de evolução, tiveram lugar a partir de meados da década de 90, as conhecidas “reformas administrativas”, que bem podem ser consideradas como berço do que vamos chamar de um *novo direito administrativo*, necessário para garantir a regulação das posturas públicas assumidas pelo Estado em evolução.

¹¹ Interessante acrescentar, conforme explica a Profa. Maria Sylvia Zanella di Pietro que as oportunidades abertas pela própria Administração dentro do espaço permitido pela legislação incentivaram ao que o Professor Agustín A. Gordillo denominou de “Administração Pública Paralela”, como sendo um “sistema administrativo paralelo àquele posto pelo Direito; sistema em que se verifica uma Constituição formalmente em vigor e uma Constituição diferente que é a realmente aplicada, agasalhando organização administrativa e competências formais e informais, procedimento formal e informal, moral institucional e moral paralela”. (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27-28)

Entre as idéias de fundo das reformas, citam-se: a) Administração a serviço do cidadão, significando um novo modelo de relacionar-se com a sociedade; b) transparência; c) Administração eficiente; d) privatização difusa sob dois aspectos: d1) transferência, ao setor privado, de atribuições públicas com redução do número de órgãos da Administração, d2) expansão de práticas inspiradas no direito privado, acarretando, inclusive, técnicas de gestão que priorizam os resultados, o chamado *new public management*, de origem inglesa¹².

Particularmente no que diz respeito à Administração Pública brasileira, a reforma fez-se imprescindível a partir do momento que a Constituição de 1988, com a intenção de modernizar o Estado e garantir, expressamente, aos cidadãos direitos antes ameaçados por um governo ditatorial, atribuiu ao Poder Público competências que ele não tinha condição de desempenhar. Seja por que como já mencionado acima, algumas fórmulas importadas do direito alienígena não funcionaram aqui, seja pela ausência de coerência entre dispositivos da própria Constituição e da legislação infraconstitucional ou até mesmo por limitações orçamentárias.

Assim, posto o contexto em que se fundamenta a situação do direito administrativo, torna-se mais fácil a compreensão quanto à busca por soluções através de novos institutos ou medidas inovadoras. Essas realizações sempre tiveram como objetivo permitir ao Estado maior eficiência na prestação do serviço, na execução das normas que regulamentam o seu funcionamento e no controle dos atos de seus agentes.

Com isso, a partir da Reforma Administrativa Gerencial, ocorrida em 1995, constata-se uma maior permeabilidade à participação da iniciativa privada, com a preocupação entre a relação custo x benefício, e obtenção da finalidade real do ato administrativo. Ocorre na verdade uma revisão das funções e das formas de atuação do Estado, com o desenvolvimento das parcerias com as entidades públicas não estatais, as organizações sociais.

É interessante perceber que uma nota que caracteriza o direito administrativo é que as leis que compõem o seu corpo normativo são muitas vezes meras molduras, oportunizando à Administração competência suficiente para a definição de condições de realização de objetivos fixados, de metas. Com isso, se atribui ao administrador um amplo poder de apreciação das situações concretas, ainda mais

12 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

naqueles casos em que se coloca diante de soluções técnicas que devem ser providenciadas a tempo, tornando-se impraticável aguardar o trâmite do processo legislativo para legitimar a execução dos atos administrativos necessários.

O desafio que se coloca, então, é tornarem efetivas as mudanças, sem que se comprometa a constitucionalidade dos atos, pois muitas vezes o direito administrativo avança sem a *legitimação* da Constituição. Talvez se as alterações no direito administrativo, concretizadas atualmente pelas reformas constitucionais, ficassem concentradas no desenvolvimento e aplicação das normas constitucionais programáticas, com considerável potencial de regulamentação, mas latente e inexplorado, esse risco da inconstitucionalidade pudesse ser evitado. Outra maneira seria apostar no poder discricionário da Administração, o que ficaria a depender, porém, do desenvolvimento paralelo e adequado dos mecanismos de controle.

Dessa forma, com o movimento das reformas administrativas¹³ e a introdução no direito brasileiro de novos institutos, como por exemplo, aqueles atrelados à aplicação do princípio da eficiência e as influências do direito comunitário europeu, veio a reboque a necessidade da compreensão da divisão entre direito público e privado. Mais que isso. Passou-se a exigir um esforço de interpretação para analisar uma possível convivência entre duas searas, sem que isso implicasse em ameaça ao princípio mais caro ao direito administrativo, que é o princípio da legalidade. Explica-se. Assim, de acordo com a análise de Maria João Estorninho¹⁴

A questão de saber que tipos de regras aplicar às atividades estatais surge no âmbito do Estado Social, quando doutrina e jurisprudência passam a reconhecer a dualidade de regimes jurídicos aplicáveis à Administração Pública, a qual se expressa, nomeadamente, “na distinção entre gestão pública e gestão privada e na defesa da dicotomia entre contrato administrativo e contrato privado da administração pública.

A questão da passagem do Estado liberal, em que se define a formação da esfera pública burguesa, para o Estado da social democracia, que ensejou a alteração das funções fundamentais do Estado e como mencionado acima, o reconhecimento da dualidade de

13 O movimento das reformas administrativas assumiu diversos nomes: reforma do Estado, modernização do Estado, modernização da Administração, “reinventando o governo”, dentre outros, sendo que em alguns países teve início em meados dos anos 80, como nos Estados Unidos da América, com a “Era Reagan” e na Inglaterra. Com a “Era Thatcher”, adquirindo força na década de 90 na Europa e América do Sul, em consequência da globalização.

14 ESTORNINHO. Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999. p.46.

regimes jurídicos, foi discutida por Habermas, largamente, em sua tese de pós –doutorado.

De acordo com a Professora Maria Tereza Fonseca Dias¹⁵, “nessa fase de seus estudos, Habermas parte do pressuposto que, na consolidação da esfera pública burguesa, público e privado são categorias de origem grega que nos foram transmitidas em sua versão romana, segundo a qual o espaço doméstico se contrapõe à participação política dos cidadãos, constituindo dois campos distintos de ação para os indivíduos”. Assim, segundo Habermas, cuja tese de pós-doutorado – *Mudança estrutural da esfera pública*, foi pormenorizada pela Profa. Maria Tereza Fonseca Dias, os critérios clássicos do direito público tornaram-se obsoletos uma vez que a Administração Pública utiliza os meios do direito privado mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar, que são ações notadamente caracterizadas pela noção de público. Isso por que o sistema organizado do direito público não impede, por exemplo, um fornecedor da comunidade de entrar numa relação de direito privado com seus “clientes”, e muito menos a ampla regulamentação de uma tal relação jurídica exclui sua natureza jurídica privada.

2 CONCLUSÃO

Ao final desse breve estudo não é demais concluirmos que é fundamental a superação de paradigmas tradicionais que estabelecem separação e distinção profunda entre as noções do público e do privado, que venham a encaminhar a processos e direitos distintos (público para a proteção de direitos estatais e privado para a proteção de direitos individuais), simplesmente por que, tal como se mostrou até agora, essa distinção rígida é inútil, além de ultrapassada, na medida em que os próprios interesses públicos não mais se colocam como categorias rígidas, admitindo-se a sua discussão e negociação. Para alguns autores existe até uma relativização entre a distinção entre o público e o privado, se se compreender que o direito constitui uma unidade.

Além disso, partindo-se da realidade brasileira, em que as linhas gerais da Administração, sua composição e funcionamento são estabelecidas pela Constituição, é importante que seu texto seja

15 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 91-106.

um arcabouço que não apenas permita, mas também impulse as mudanças necessárias para a concretização dos objetivos esperados.

É importante analisar e rever vários preceitos nos quais se fundamenta o direito administrativo e o sistema no qual o mesmo está inserido, como é o caso dos contratos administrativos e sua verdadeira distinção com o contrato do direito privado, do regime jurídico dos servidores públicos, por exemplo. Assim, para que não nos defrontemos mais uma vez com aquele raciocínio simplista que diz que à Administração cabe a defesa do interesse público, com o esclarecimento posterior de que interesse público é o que vem contido na lei, é preciso rever os modos de definir e realizar os interesses públicos.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 4. tomo: *El procedimiento administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuela; MOREIRA, Vital. *Desintervenção do Estado, privatização e regulação de serviços públicos*. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt>>. Acesso em: 28 out. 2012.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIRES, Roberto Rocha C. Burocracia, discricionarietà e democracia: alternativas para o dilema entre controle do poder administrativo e capacidade de implementação. *Cadernos de Gestão Pública*, São Paulo, v. 14, n. 54, jan./jul. 2009.