

OS NOVOS INSTRUMENTOS OPERACIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO (*)

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

Catedrático de Direito Administrativo na
Universidade Federal do Paraná

Procurei um tema para esta nossa conversa que fosse atual. Não só pela importância do convite recebido. Mas por saber, que mesmo os temas atuais, alcançam dimensão histórica. E que há problemas, no Direito Administrativo, que apesar de antigos assumem um gosto sutil de modernidade. Ou melhor, de flagrante interesse doutrinário. Interesse não só para a Administração, mas também para os administrados.

Ninguém deixa de saber que já vai bastante esquecida aquela advertência de pensamento com respeito à tônica da má organização dos poderes estatais, e má organização que levou ao insucesso algumas das mais importantes nações européias na década dos trinta. Na verdade, porém, não foi a figura do Estado que falhou nas suas perspectivas. A responsabilidade cabe, sem dúvida, ao poder administrativo que não teve condições para acompanhar na prática as exigências da evolução e dos tempos modernos.

A mesma perplexidade de ontem ainda hoje domina vastos setores do pensamento jurídico, impedindo a atualização de certas normas de direito privado, e, mais grave do que no passado não permitindo ao direito público absorver regras comuns que passaram a reger as relações do administrado com a Administração. Pela fibieza dos conceitos o Estado se desfigura, como já historicamente se desfigurou, na procura de caminhos viáveis e convenientes às soluções jurídicas que possam traduzir a realidade social e a realidade econômica.

Mas, no entanto, não é só isso que mantém em crise o fenômeno da Administração. Falta-lhe, na sua mecânica, maior aproximação com

(*) Palestra realizada, em Porto Alegre, a convite e sob os auspícios do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, filiado à International Bar Association, no 1.º Curso de Advocacia de Empresa.

a técnica, a economia e a ciência. Aproximação, sobretudo, que afete o interesse público e a vontade estatal. Não oferecendo, por falta de novos meios, ao poder administrativo elementos capazes de impor e desconcentrar serviços sem qualquer violência contra a ordem jurídica estabelecida. Todo aquele processo rápido de descentralização que surgiu após 1918, não poderia senão provocar alterações institucionais com relação ao Estado.

De um modo geral, bem analisadas, num confronto de conteúdos programáticos, as cartas constitucionais que vieram depois de 1945, também se tornaram obsoletas diante dos fatos administrativos considerados em si mesmos como superados.

Sob esse aspecto importa lembrar a irreversível evolução das instituições jurídicas administrativas, tendo em conta não só as experiências novas que se fazer, mas os elementos novos que oferecem ao Estado amplas e variadas possibilidades de aparelhamento organizacional.

A tarefa da Administração, impossível de negar, está por demais vinculada à fiscalização dos interesses diretos do Estado. Com a vontade de se dar a ela, em qualquer plano de atividade ou mesmo jurisdicional, um conceito que extravaza do sentido clássico para atingir formulações de grande alcance e que nem sempre respeitam a posição do administrado.

Acreditar, hoje em dia, que a crise administrativa nos sistemas jurídicos ou nos regimes políticos, surgiu por falta de alguns modos que possibilitessem o exercício mais completo das funções estatais ou administrativas, não passa de um equívoco de apressada conclusão histórica.

Observe-se a realidade na evolução e verifique-se que as formas delegadas, cada qual na sua formação de pessoa jurídica, ou de pessoas administrativas, não apareceram no direito público senão depois de consagradas pelo direito privado.

O importante, na controvérsia, está na gênese das pessoas administrativas. Na origem, como fonte, de pessoas privadas que passaram a servir o direito público. São apenas, na verdade, fenômenos de natureza política e social que não poderiam deixar de impressionar o Direito Administrativo e a Ciência da Administração. E assim, permitir à organização do Estado, outros processos e modos declaratórios de manifestação da vontade pública.

Desconhecer, no entanto, a natureza dessa vontade não é, face à unidade do direito, a solução definidora mais adequada aos fatos

como eles exatamente se apresentam. Prevalecem, sabemos, não os meios, mas os fins. Ou melhor, a característica da criação estatal. Eis que as pessoas administrativas nascem da vontade do Estado, como o Estado quer, e não da simples iniciativa particular.

Analisemos, do melhor ponto de vista do pensamento doutrinário, o que há de comum nas pessoas administrativas, isto é, nas autarquias, nas sociedades mistas, nas empresas públicas e nas fundações, e só uma conclusão existe na problemática, — aquela conclusão que se harmonizar com a vontade estatal e que necessariamente se extroverte por força de lei.

Nas autarquias, o fenômeno da delegação, os pressupostos de autonomia e do fim, a questão de relação ou de subordinação, de conveniência de organização administrativa interna, fazem condições que são consequências de um regime legal, ou melhor dizendo, da própria lei que traça os limites de ação e de atuação permitidas.

Nas sociedades mistas não é diferente. O processo jurídico informador e formador é o mesmo. Está na base da vontade de criação estatal e, portanto, naquilo que constitui sua formulação legal, ou na lei instituidora da figura da pessoa jurídica. A atividade específica é o que menos preocupa. Como forma de associação regula-se pelos fins públicos apontados.

Nas fundações o ato criador, instituidor, ou de vontade explícita, não requer indagações subjetivas. Sendo uma peculiar modalidade institucional na sua exteriorização é o que diz a lei e o regime jurídico. Não cabem, portanto quanto a elas, sutilezas teóricas que se inclinem contra os padrões clássicos ou tragam o vezo de confundir os meios jurídicos com os fins administrativos.

No tocante às empresas públicas a vontade estatal origina-se tal e qual a tradição impõe às fundações. São públicas conforme indicam as regras jurídicas próprias às finalidades administrativas. Note-se, aliás, que é do ato constitutivo, criador, que nasce o regime jurídico. Com a declaração, no ato, do fim específico, ou da destinação pública.

Muito embora o direito público não possa determinar o alcance da ação administrativa estatal, é no direito positivo que se buscam os suportes das formulações institucionais de processo privado para os serviços que sejam públicos e de interesse geral. Desempenha a Administração, na sua qualidade de querer e de poder, papel em nada conflitante com a unidade do direito assentada nos sistemas jurídicos.

É importante que se diga: argumento nenhum procede contra a lei escrita e o direito positivo.

Buscar para as criações estatais os recursos do processo privado nada mais é do que admitir para a Administração métodos capazes de melhor atendimento dos serviços públicos essenciais. Nada há de mal que perdurem as linhas mestras traçadas pelo direito privado.

Como fenômenos jurídicos, as nominadas pessoas administrativas, fazem-se definir primeiro pela situação jurídica e depois pelo seu regime. Não há, para elas, fins indeterminados ou imprecisos. Mas fins que são os legais e os definidos nas leis instituidoras.

Todas essas entidades, entes ou pessoas administrativas são, portanto, criações do próprio Estado. Em regime jurídico, todavia, condizente com a natureza dos serviços a prestar.

Importa, contudo, que o Estado efetive a sua vontade através da lei. Através de lei não só o Estado cria um organismo dotado de personalidade capaz de agir e administrar, dotado de patrimônio, e em condições jurídicas de atender as suas finalidades.

Indisculpável, sem dúvida, qualquer preconceito no direito público ou no direito Administrativo, em desfavor do processo ou procedimento jurídico privado.

A questão é tão somente uma questão de fato e não apenas uma questão de nomenclatura. Integrando tais pessoas na Administração indireta, atende o Estado necessidades públicas autonomizando serviços sob controle jurisdicional interno e de tutela administrativa.

Todas as correntes de idéias levam a um mesmo objetivo: o da necessidade de certo serviço público efetivo, constante, permanente ou até mesmo temporário.

Não impressionam, contudo, na técnica pública de gestão, só as características de fim, aconteçam ser industriais, econômicos, comerciais, educacionais, ou simplesmente de previdência.

Os fins, apesar de imporem caráter fisionômico às pessoas, nada afetam ou tem com o regime jurídico, muito menos com os métodos administrativos convenientemente adotados.

Como já tivemos a oportunidade de afirmar, a situação jurídica das pessoas administrativas acha-se fundamentalmente vinculada ao regime jurídico. E é pelo regime que se estabelece a relação obrigacional. Quanto às pessoas, no entanto, variam conforme o critério adotado e que melhor convenha à Administração.

Nessa **falada conveniência** resume-se praticamente o pleno exercício das atividades personalizada. Não se trata, no entanto, de uma

orientação que possa ser acusada de sistema, embora ofereça a vantagem de simplificar os conceitos ou de fixar a vontade estatal em razão das variadas providências de natureza administrativa.

É possível, portanto, desde logo, conhecer das pessoas administrativas pela situação, posição e regime jurídico. Da simples definição nada decorre, a não ser que, seja possível, ao Estado, em determinadas circunstâncias, assegurar a personificação, ou a personalidade, fugindo das regras positivas, o que geralmente não acontece e não é aconselhável.

Pela simples tipicidade, característica elementar de fisiologia jurídica, extraem-se os elementos essenciais à figuração das pessoas administrativas, sejam elas autarquias, sociedades mistas, fundações ou empresas públicas.

No tipo fundacional, por exemplo, apesar dos compromissos finalísticos, as conotações se apresentam, no complexa da Administração, sob a índole privatística.

É da natureza do poder administrativo — ser também virtual. Não pode ser ele apenas potencial como muitos teoristas querem, pois para tanto basta a coação externa da ordem institucional e das emergentes necessidades públicas.

A virtualidade aqui, todavia, não dispensa e não pode dispensar o conhecimento da lei. Ou quando assim for somente ante a expectativa de eventuais emergências. Ou então, de motivos de força maior. O que não é o caso da ordem da organização administrativa e no tocante à criação de pessoas às quais se obrigam certos tipos necessários de serviços públicos.

Cabe aqui, nesta oportunidade temática, não confundir nunca intervencionismo com intervenção.

A diferença entre os fenômenos, bastante sensível para a compreensão da ação estatal, evidencia dois modos que não se chocam administrativamente falando, pois um deles inspira-se em preceitos políticos ortodoxos, enquanto o outro reflete regime por onde os interesses coletivos buscam condições para a prática dos serviços públicos.

Muitas vezes, ambas as expressões, aparecem como iguais ou semelhantes. Mas examinado o conteúdo representam atitudes distintas, ou melhor, atitudes que visam a proteção da ordem econômica e social, principalmente no que diz respeito com a organização do Estado.

De nossa parte, vamos um pouco mais além. E isto porque partimos do exame da problemática nos seus exatos condicionamentos jurídicos e sem a preocupação de violentar qualquer sistema nacional de estatuídas garantias jurídicas ou individuais.

Por sua definição como social, o interventionismo apenas pretende uma programação de atividades com motivo na existência de serviços públicos essenciais, e nunca assentar a ação administrativa estatal na predominância do Estado sobre as demais manifestações livres que fazem o complexo natural da vida societária ou comunitária.

Não se venha, portanto, dizer assim que, do momento em que o Estado está criando pessoas administrativas, está iniciando a prática da intervenção. A questão não é essa e já alcançou a adequação correta no mecanismo de atividade da Administração. A verdade evidente dos fatos aí está para demonstrar que, com o auxílio indispensável do direito positivo, o Estado pode atuar através das mais diferentes categorias jurídicas sem violentação da ordem institucional e constitucional.

Não se comprehende que num regime jurídico positivo, no qual a Administração também funciona como a expressão de interesses gerais, não possa ela com suporte na lei adequar à realidade das suas tarefas tanto as fundações como as empresas, tanto as sociedades mistas como as autarquias, resguardando para cada figura as formas julgadas melhor afeitas às distintas categorias orgânicas.

As normas jurídicas, a orientação administrativa, as normas técnicas de controle, naquilo que não se conflitam com o processo criador adotado, dependem exclusivamente da lei instituidora que no ato da criação estabelece quais as atividades e quais os poderes que a elas correspondem, e se concederam.

Quem sabe para as empresas públicas bastasse o título de empresas estatais. A matéria, sem dúvida, reveste-se de tanta importância que, a diversidade de pessoas, a variedade de organismos, está a exigir na nomenclatura jurídica uma definição que leve a um denominador comum, ou então, a uma conceituação uniforme sem com tal fato se desfigurarem as fundações e as autarquias.

Na verdade, diga-se de passagem, um dos fenômenos mais curiosos na vida jurídica e econômica das nações, são as chamadas empresas estatais. Tais figuras apresentam, um melhor se apresentam, como organismos executores dos planos e programas de desenvolvimento, tanto no setor da produção como no de serviços, oferecendo um aspecto de transcendência que integra o direito nos seus processos públicos e privados.

Em falando da criação de pessoas administrativas novas, as consequências decorrentes dessa criação identificam-se em termos de exato regime jurídico. Não porém com reduções no campo do direito público e administrativo, mas sim ampliando através do processo privado a capacidade de atuação do Estado e da Administração.

Não há, por assim dizer, distorsão de conceitos clássicos, pois nunca foi difícil distinguir a atividade pública da privada ou os pressupostos de estrutura jurídica que levam a doutrina a aceitar como indiscutível o método privado na organização e execução dos serviços públicos.

A tendência, como estamos bem observando, é para se recorrer às formas privadas para os entes estatais que, não obstante as estreitas finalidades públicas, no sistema jurídico administrativo aparecem como pessoas jurídicas de direito privado.

No sentido do Estado moderno, o que acontece é apenas isto: a procura de novos instrumentos operacionais visando a desconcentração do poder administrativo, a descentralização dos serviços, ou mais precisamente, o ativismo dos meios indiretos de administração.

Aparece a Administração, assim, nos seus contornos, não só racionalizada nos seus fins, como procurando pelos novos instrumentos operacionais, dar satisfação formal às necessidades públicas imediatas, quer sociais, quer econômicas.

Nisto reside a transcendência dos métodos jurídicos comuns ao direito e à ciência do direito, métodos que são modos de se efetivar o que pede a necessidade pública ou o que está exigindo o interesse do Estado.

Não existem motivos absolutos preponderantes, portanto, para as controvérsias doutrinárias que se levantaram em torno da personalidade jurídica dos entes-pessoas que se foram incorporando à Administração estatal indireta.

Em nosso modesto entender a doutrina ficou pacificada diante dos fatos e da realidade. Sem que razões fundamentais hajam para que não se aceite o pensamento firmado do legislador.

Como pessoas jurídicas de existência real, autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações, participam de uma mesma estrutura geral orgânica, não obrigando no ato de sua criação que o Estado adote esse ou aquele caminho, essa ou aquela maneira de fazer a sua vontade.

O que é preciso, e este é o grande problema, é saber como e até

onde o poder administrativo pode e deve atuar, pode e deve interferir, tal é a soma de obrigações que sobrecarregam o Estado, sobretudo a Administração.

A resposta, todavia, decorre do princípio constitucional e legal vigente, e da sua aplicação concreta e material. A explicação resulta necessariamente da norma positiva que favorece a transformação nos sistemas administrativos.

Considerese, destarte, a tipologia, os diversos tipos de entes, pessoas ou organismos, nascidos da simples vontade estatal, e que aparecem:

- a) integrados no sistema administrativo geral do Estado;
- b) autônomos e sob tutela em virtude da natureza especial do serviço;
- c) simplesmente delegados, concedidos ou autorizados;
- d) conseqüentes do intervencionismo administrativo estatal;
- e) com modalidade privatísticas sob controle público e métodos de ação privada.

Já não se pode, pelo óbvio, afirmar que todas as entidades criadas pelo Estado gozem de personalidade jurídica de direito público. No entanto, é possível afirmar, que entidades privadas, aparecidas na esfera de atividade da Administração, investem-se de prerrogativas próprias aos órgãos estatais, identificando-se com o Estado a que se acham sujeitas em virtude de um fim, fim esse informado pelo interesse público ou de serviço público.

Contudo, sejamos claros, a institucionalização de pessoas administrativas novas, não é um fim em si mesmo. Deve ser encarada como um processo de jurisdicinalização de serviços, serviços pelos quais o Estado se instrumentaliza na medida em que formula e coloca em execução possíveis instrumentos compatíveis.

A verdade evidente não é outra do que esta: materialmente, a Administração não estando equipada para acompanhar a dinâmica exigida pelo Estado, socorre-se na prática dos melhores instrumentos do direito público e também do direito privado.

Assim, se o poder administrativo há de ser limitado no seu alcance constitucional, esse limite não impede que opere acolhendo e aplicando normas positivas de conteúdo privado.

No tocante ao interesse público ou de serviço público não basta generalizar. É preciso particularizar. Chega a consideração lógica para concluir-se como as regras jurídicas são sempre proporcionadas em

quantidade e qualidade às condições econômicas e sociais das comunidades políticas.

Vale aqui uma advertência causal: ao formalismo jurídico público abstraido nas suas origens ajunte-se a simplicidade das formas jurídicas privadas.

No desenvolvimento do direito sucede o que sucede nos organismos naturais e com todos os fenômenos vitais: vai desaparecendo a primitiva homogeneidade, as funções tornam-se mais particulares e distintas, os órgãos adquirem cada um uma fisionomia própria, as diferenças aumentam e os sistemas reunem aspectos multiformes.

Sempre isso aconteceu e continuará acontecendo na evolução das instituições.

Compreender a expansão da Administração não é renegar a qualquer regime de garantias jurídicas estabelecidas. O direito do Estado não é um direito para o Estado.

Quem quer que analise o poder administrativo no Estado contemporâneo não pode deixar de notar que ele se enquadra o quanto possível no direito positivo. Quanto às formas de ação, algumas livres e outras condicionadas, refletem sempre disposições legais ou autoridade legal.

Além do mais, a aplicação da doutrina ao fato, não é uma novidade que surpreenda o administrativismo conceitual. A experiência mostra a importância dos sistemas, e, ao mesmo tempo as transformações que sofrem para acompanhar o ritmo imprevisível dos fenômenos econômicos exteriores e relacionais.

Vamos terminar, ressaltando: qualquer esforço para separar os aspectos jurídicos e administrativos, econômicos e políticos, será uma tentativa inútil à compreensão do Estado, ou mesmo da Administração, precisamente naquilo que concerne com certas atividades indiretas e que se tornaram medidas de forte tendência social.

Permanecem juntos, integrados, todos esses aspectos como harmonizadores entre a atividade administrativa e o desenvolvimento econômico e cultural. Sem que se possa destacar a prevalência do direito público sobre o direito privado, ou, critérios que possibilitem a violação da ordem jurídica e constitucional.

O que importa está na ordem jurídica e nos sistemas jurídicos já consagrados. No entendimento do que seja Administração sem esquecer-se a posição do administrado.

Não vamos querer que o Direito Administrativo seja um direito

distanciado do direito positivo. São os esquemas dinâmicos fundamentais que atualmente possuem importância.

Finalizando, temos duas observações a fazer. Em primeiro lugar, tanto a vida jurídica como a vida econômica dependem da natureza e da razão das coisas. Em segundo lugar, são a natureza e a razão das coisas que dominam o processo jurídico.

Processo jurídico que, como o conceito de direito, não é para a Administração um todo simples e unitário, mas um conjunto de múltiplos elementos, diferenças e válidas conexões.

A questão é de experiência jurídica. Não simplesmente de pensamento doutrinário. Não polemizando, apenas digo: o Estado, pela Administração, não pode mais prescindir das regras tradicionais e de direito privado.

Uma maneira de compreender todo o fenômeno, ou seja, o fenômeno dos distintos instrumentos operacionais novos na Administração, é considerá-lo como uma exigência nascente de um moderno conjunto de relacionamentos.

Um conjunto de tal natureza, de caráter e composição mutáveis quanto aos fins, só pode servir ao bem público. E servir superando a limitada capacidade administrativa estatal diante de uma complexa constelação de problemas sócio-econômicos.

Não foi sem motivo que um ilustre juiz e professor norte-americano, Arthur T. Vanderbilt, reconheceu no Direito Administrativo "o desenvolvimento jurídico mais notável do século XX".