

NOVOS HORIZONTES PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO PELO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ECOS DE UM CONGRESSO: A PRÓXIMA MISSÃO*

Diogo de Figueiredo Moreira Neto**

1. O controle da administração pública

O grande Mestre da latinidade, Eduardo García de Enterría, sintetizou, na memorável exposição inaugural do *I Congresso Internacional de Direito Administrativo* promovido pela Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, o seu mote central: o reconhecido surgimento de *novos paradigmas* para o Direito Administrativo contemporâneo.

É neste contexto que este trabalho se inicia por declinar sua premissa central: ser missão própria do Direito Administrativo avançar na *proscrição do arbítrio dos governos* pelo aperfeiçoamento constante da *efetiva* sujeição do agir da Administração Pública a *valores jurídicos* definidos.

Não tem sido tarefa fácil, essa luta, quiçá ancestral, contra os desmandos do poder, pois jamais agradou a seus detentores o serem controlados... principalmente quando o exercem com abuso, isso porque, como alertou Lord Acton, o poder corrompe, e desde logo o faz infundindo a seu detentor uma perversa arrogância de considerar-se superior às instituições.

Curiosamente, esse aspecto *épico* da luta contra os abusos tem desempenhado historicamente um papel salutar na secular dialética que se trava entre a *política* e o *direito* – ambas, *artes do poder* – contribuindo para um mútuo aperfeiçoamento.

Assim é que Homero assegura, na *Ilíada*, que fazem falta expedições punitivas, como a de Tróia, para que os homens exibam seus sentimentos elevados a motivá-los para a justiça e para que os bardos possam cantá-los... e Tolstoi, ironicamente, observa, no começo de *Ana Karenina*, que “*as famílias felizes não têm história*”...

Ao revés, cuidemo-nos, pois, contra a *cumplicidade da tolerância* e repudie-mos a *inércia acomodada*, pois que a nada levam, uma vez que, com certeza, sempre farão falta ao Direito Administrativo e sempre sustentarão a sua trajetória as atitudes corajosas dos que travaram o que García de Enterría¹ denominou de *luta contra as imunidades do poder*, um épico que assume distintas feições conforme a época.

Esta exposição pretende focar, portanto, um novo campo de batalha dessa velha guerra: o da *luta contra as ineficiências do poder*, uma vez que, nas democracias contemporâneas, a *ineficiência*, tanto na *destinação* como no *emprego*

* Texto extraído e adaptado da Conferência de Encerramento do Congresso Internacional de Direito Administrativo, promovido pela Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, proferida em 5 de outubro de 2006, no auditório da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

** Procurador do Estado do Rio de Janeiro aposentado.

¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid, Cuaderno Civitas, 2004 (1ª ed., 1974, 2ª ed. 1979, 3ª ed. 1983 e reimpressões em 1989, 1995 e 2004).

do poder, se vem apresentando como uma *nova forma de abuso*, que não mais pode ser tolerada.

Esta frente, assim aberta, acrescenta um novo capítulo na histórica convergência entre *política* e *direito*, cujas repercussões pós-modernas foram antevistas por *gigantes que nos levam aos ombros*, tais como Giannini e Bobbio, e que, em nossos dias, vem provocando a simultânea *juridicização da política* e *politicização do direito*, debuxando mais um fascinante desdobramento deste século.

Pois bem, na trajetória do Direito Administrativo distingue-se uma dupla evolução conceitual paralela: a dos *valores jurídicos substantivos* e a dos *valores jurídicos adjetivos*.

Os valores *substantivos* são definidos com o desenvolvimento dos *princípios vinculantes do conteúdo* do agir político-administrativo, partindo do *princípio da legalidade* e se completando com o *princípio da legitimidade*. Os valores *adjetivos*, por sua vez, são definidos com o desenvolvimento de *técnicas vinculantes* da *formalização* do agir administrativo, partindo da disciplina do *ato administrativo* para se aperfeiçoar com a disciplina do *processo administrativo*.

Duzentos anos de progresso nessas duas direções complementares produziram extraordinários frutos para o aprimoramento da *racionalidade* e da *moralidade* nas atividades da *burocracia*, mas o necessário prosseguimento dessas conquistas exigirá que se adentre agora, corajosamente, a essa zona cinzenta, indefinida, volúvel e desafiadora que se situa mais além: entre a *administração* e a *política*.

Para tanto, é mister, desde logo, reconsiderar a *missão do Direito Administrativo* a partir de suas próprias conquistas, repensando a sua nova extensão pós-moderna e o instrumental que será necessário para provocar mais um salto qualitativo; desta feita, visando ao *controle do ciclo de políticas públicas*. Trata-se de um conceito ainda em formação, mas que oferece um aberto desafio ao Direito, com seu núcleo duro, impérvio ao *judicial review*, mas, não obstante, cuja sindicabilidade se vem tornando possível, graças às contribuições incorporadas no enriquecido quadro do neoconstitucionalismo.

Com efeito, são todos esses novos conceitos incorporados ao Direito Constitucional pós-moderno, como os de *efetividade normativa*, de *direitos fundamentais* e, sobretudo, de aperfeiçoamento substantivo e adjetivo do *controle de constitucionalidade*, que estão abrindo essa auspiciosa possibilidade de estabelecer novos parâmetros jurídicos em benefício da racionalidade, da moralidade e da eficiência da ação político-administrativa.

Esta é a questão que aqui se submete, nada mais se pretendendo, em última análise, que avançar mais um pouco na investigação da *discricionariedade* empregada pelo Poder Público no trato das políticas públicas, para fins de submetê-las ao *controle judicial* com o auxílio de algumas técnicas desenvolvidas pelo chamado *harder look control*² da vertente jurídica anglo-saxônica.

Final, como nos ensinou Luciano Vandelli,³ cabe aos juristas dar respostas às complexidades suscitadas pela *governança democrática*. É o que se pretende propor neste trabalho.

² CHRISTOPHER F. EDLEY, JR. *Administrative Law – Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, New Haven and London, Yale University Press, 1990.

³ LUCIANO VANDELLI, exposição no *1º Congresso Internacional de Direito Administrativo do Município do Rio de Janeiro*, proferida em 3 de outubro de 2006.

2. Identificando o desafio da ineficiência

Desperdício, corrupção e inépcia: eis, entre outras, três ponderáveis causas da *ineficiência do setor público*. Mazelas da Administração para as quais os controles juspolíticos tradicionais da democracia representativa se mostram cada vez mais insuficientes, o que propõe, por isso, o grande desafio deste início de século ao Direito Administrativo, na abertura de *novas soluções de controle*.

Mas não menos grave é a *inoperância*, também ligada a esses três vícios apontados acima – o do desperdício, da corrupção e da inércia – como desenvolveu Juarez Freitas em sua intervenção sobre o dever de *proporcionalidade* e o controle da *omissão* inconstitucional por parte do administrador público, pois há atuações administrativas *constitucionalmente mandatórias*, em que, para o ilustre expositor, inexistente qualquer sorte de discricionariedade, quer para o legislador, quer para o administrador público, com o quê se concorda irrestritamente, como é o caso exemplar das políticas públicas *nacionais* – e não apenas *governamentais* – como as da educação, da saúde e da segurança pública, para ficarmos com as mais essenciais para o cidadão.

Para se ter uma idéia da importância e da magnitude desse desafio, um estudo⁴ empreendido pela OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – mostrou que 15 dos Estados membros da União Européia poderiam cortar comodamente 27% de seus gastos públicos, mantendo os mesmos serviços, ou seja, reduzindo no total a participação do setor público de 50% para 35% do produto interno bruto (PIB).

No extremo negativo, aponta o estudo a Suécia, um reputado modelo de *welfare state*, que, não obstante tal reputação, apresenta em sua notoriamente *eficaz* administração pública o mais alto grau de *ineficiência* na Europa, pois poderia cortar 43% de seus dispêndios sem que lhe fizessem falta... desde que alcançasse o *nível de eficiência* atingido pelos Estados Unidos da América.

Os autores do estudo – o considerado Vito Tanzi, com Antonio Alfonso e Ludger Schuknecht, estes dois últimos, técnicos do Banco Central Europeu – apontam, em contraste, o Japão, o Luxemburgo, a Austrália e a Suíça como os países que apresentam os mais elevados indicadores de *eficiência* da administração pública.

É intuitivo que se a *ineficiência* está presente em tal grau em países da Comunidade Européia, em um Continente que apresenta a maior concentração de países desenvolvidos, considere-se então a magnitude e a gravidade desse problema nas nações em desenvolvimento... como é o caso da América Latina e, particularmente, o do Brasil.

Com efeito, com relação ao Brasil, os dados mais recentes sobre desperdício⁵ são ainda mais estarrecedores, pois dão conta de que “*corrupção e ineficiência administrativa consomem um terço da arrecadação*”, ou seja: perde-se a astronômica importância de 234 bilhões de reais por ano, o equivalente a 100 bilhões

⁴ ALLISTER HEATH, *Europe's Public Sectors Yield Increasing Evidence of Waste, Gross Inefficiency*. Artigo in *Sunday Business, London Knight Ridder / Tribune Business News*, de 8 de março de 2003.

⁵ Publicados em *O Globo, Caderno de Economia*, p. 29, da edição de quarta-feira, 4 de outubro de 2006, que divulga o estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT.

de dólares norte-americanos: um desvio, em números relativos, de 32% da arrecadação de tributos no País.

Para se ter uma idéia do que representa esta fantástica cifra de desperdício, ela seria suficiente para cobrir o déficit, sempre crescente, da previdência social, por quase seis anos seguidos; construir 13 milhões de moradias populares ao custo unitário de R\$17.000,00; abrir 19,5 milhões de novas salas de aula, ao custo em média de R\$ 12.000,00 cada uma; ampliar para todas as cidades do País o sistema de água canalizada e esgoto tratado, obra estimada em 220 bilhões de reais pela Associação das Empresas de Saneamento Básico Estaduais, ou restaurar toda malha rodoviária estadual e federal, de 156 mil quilômetros, e mantê-la por sessenta anos consecutivos, segundo os cálculos da Associação Brasileira de Infra-estrutura e Indústrias de Base.

É nesse quadro que assoma, terrível e acabrunhante, a constatação da *inani-dade dos instrumentos jurídicos tradicionais* para lograr reduzir a níveis admissíveis esse imenso desperdício dos preciosos recursos aportados pela sociedade, que, se fossem eficientemente empregados, poderiam superar tanta carência e marginalidade, cumprindo a tarefa constitucional que se espera do *Estado-solidário*.

3. Um aspecto da evolução principiológica do controle da administração pública: do conteúdo determinante ao resultado determinante

Os *prolegomena* do controle jurídico da Administração partiram da afirmação dos *princípios da legalidade* e da *finalidade*, com a obrigatória vinculação do *ato administrativo* à regra legal de *competência*.

Entretanto, a *presunção de legalidade* e, desse modo, o que se tinha como um *suposto e incontestável atendimento ao princípio da finalidade* – que sobreviveu a um restolho absolutista – sustentaria ainda por mais algum tempo a confortável desnecessidade de se explicitar nos atos administrativos, de modo claro e racional, a sua, hoje exigida, *conformidade finalística*.

O abalo dessa *presunção* e, como decorrência, a primeira afirmação vigorosa de um *controle finalístico do agir administrativo*, ainda que em *microescala*, ou seja, ainda se perfazendo com uma análise de ato por ato, viria a resultar da evolução, que se sucedeu, dos *princípios da motivação* e da *transparência*, pois que passaram a demandar do administrador uma cabal demonstração da vinculação do agir da Administração ao *motivo* e ao *objeto* de seus atos, ambos, elementos constitutivos que conformam seu *conteúdo determinante*.

Mas um novo avanço só adviria com o ressurgimento contemporâneo de mais dois *princípios* – o da *legitimidade* e o da *eficiência* – ambos formulados já com vistas a um controle *finalístico* em *macroescala* do agir administrativo, e não mais na *microescala* de ato por ato, o que permitiu alcançar um novo patamar de *vinculação jurídica da Administração*, agora, à *realização efetiva* de um *resultado determinante*.

4. A referência ao resultado determinante atuando no controle da administração pública e a emergência do conceito de políticas públicas como um fenômeno político-administrativo juridicamente vinculado

Mais dois passos à frente faltavam ainda ser dados para superar um *micro-controle analítico* com a aplicação de um *macro-controle integrado* da ação

administrativa: *primo*, a definição de um *conteúdo integrador* e, *secundo*, a definição de uma *forma integrativa*.

Começando com a *forma integrativa*, esta surgiria primeiro, com a instituição, embora com certo atraso no Brasil, do *processo administrativo*, como o necessário condutor formal da *tomada de decisão* e, por isso, a solução adequada para tornar explícita e sindicável a *referência* da atividade administrativa.

Desse modo, possibilitava-se a evolução do controle do resultado *isolado* do ato administrativo para o controle do resultado *integrado* do *processo administrativo*, entendido este, como na rigorosa lição de Egon Bockmann Moreira, como *instrumento de ação* e não apenas de controle, como limitadamente se o compreendia.

Este segundo passo, que é o aqui propugnado, parte da instituição da *política pública*, agora como o próprio *conteúdo integrador*, por ser este que porta a *substância* da decisão processualizada, da qual se espera que advenha a direta satisfação de *resultados*, posto que são estes vinculantes da ação administrativa.

Avançados esses dois passos, se tornou possível formular os elementos fundamentais de uma *teoria do controle das políticas públicas* considerando dois aspectos:

1º - um *conceito jurídico de política pública*, como um complexo de processos destinados a formular e a executar ações que implementam a realização efetiva e concreta dos cometimentos *constitucionalmente atribuídos*, explícita ou implicitamente, obrigatória ou dispositivamente, ao sistema decisório juspólitico *governança-administração*, e

2º - uma conseqüente definição do que se entende como o *conteúdo jurídico da política pública*, como aqueles *motivos e parâmetros* de ação que devem estar necessariamente presentes na sua formulação e execução.

Eis como se entende ampliada, em dois tempos, a nova *referência* do Direito Administrativo, do micro ao macro, em termos de *manifestação de vontade*: 1º - do ato administrativo ao *processo administrativo*; 2º - do *processo administrativo* à *política pública (administrativa)*.

Como se observa, estavam, enfim, presentes as condições técnicas necessárias para considerar-se em nossos dias, que a *juridificação* do instituto das *políticas públicas* certamente as situarão, em breve tempo, no coração do processo de *governança democrática dos interesses públicos primários confiados ao Estado*, destinando-se, com isso, a ser a tônica de uma renovada missão que se desvenda ao Direito Administrativo deste século – como o *direito público interno*⁶ – e à operosidade construtiva da comunidade de seus cultores.

Com efeito, depois de se trabalhar histórica e exaustivamente com o conceito de *vício do ato* e, depois, de *vício do processo*, é chegada a hora de se acrescer o conceito alargado de *vício de resultado*, pois que referido a uma *visão constitucional, integrada* da Administração Pública como uma *função de Estado* – e não como, por inexplicável extensão conceitual, um “*poder*” do Estado – assim, um conjunto de atribuições gerenciais pelas quais se lhe é imposto o indeclinável *dever jurídico constitucional* de implementar os *direitos fundamentais*.

No Direito Administrativo se prenuncia este avanço no *processo de submissão jurídica do Poder Público*: não apenas na *execução* das políticas públicas,

⁶ Como o caracterizam EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ em seu celebrado *Curso de Derecho Administrativo*.

insindicavelmente formuladas, mas, agora, em sua própria *formulação*, dada a sua inafastável vinculação à realização dos *princípios fundamentais*.

Já não é mais sonho, pois, o controle pelo Direito sobre o antigo, polifacético e pertinaz *abuso da discricionariedade*, agora extensível à *formulação* e à *execução de políticas públicas*, como as responsáveis por astronômicos desperdícios, que propiciam escandalosa corrupção e que, afinal, acobertam uma insuportável inépcia do setor público.

5. O controle jurídico das políticas públicas

As *políticas públicas* foram tema recorrente do 1º Congresso Internacional de Direito Administrativo do Município do Rio de Janeiro, ainda que não tenha sido o seu tema central.

Mencionaram-nas sucessivos expositores, como Vanice Lirio do Valle, ao tratar da flexibilização do conceito de competência à luz da solidariedade; Odete Medauar, ao referir-se como a relação entre Estado e Sociedade interfere na sua formulação e ao fazer uma justa crítica ao sentido distorcido que se tem empregado a expressão entre nós, na linguagem menos rigorosa da comunicação social; Carlos Ari Sunfeld, ao mencionar a dificuldade de submeter as políticas públicas no tempo; Ricardo Lobo Torres, apontando concretamente, no Fuste, no Brasil, o exemplo gritante de uma política pública escancaradamente descumprida, o que o levou a clamar a sociedade a não se manter passiva diante desse abuso, e Marcos Juruena Villela Souto, ao referir-se às políticas públicas demagógicas, que não se vinculam a nenhum valor constitucional e que, por isso, não são políticas públicas e, muito menos, constitucionalmente eficientes.⁷

Retorne-se aqui àquela trajetória histórica do controle da Administração, resumindo-a a dois tempos: originalmente, o que partiu do *objeto* do ato para chegar ao *resultado* do ato, elegendo-se o *objeto* do ato administrativo como o efeito tético pretendido e juridicamente apreciável *in abstractu*; para, posteriormente, destacar-se o *resultado* do ato ou do processo administrativo, como o efeito hipotético alcançado e juridicamente apreciado *in concreto*.

Com isso, passou a ter importância não apenas exercer um *controle da eficácia* – ou seja, sobre a *aptidão* do ato para produzir os efeitos jurídicos desejados – como desenvolver também um *controle da efetividade* – vale dizer, sobre a efetiva *realização* dos efeitos jurídicos esperados e um *controle de eficiência* – que é a produção dos *melhores resultados* possíveis em termos de qualidade, de tempo e de meios. Com a integração do *iter dogmático*, caracterizador da *eficácia*, e do *iter dogmático* caracterizador da *efetividade*, mais o *iter dogmático* constitucionalizado da *eficiência*, integram-se, em conseqüência, os seus respectivos *controles*.

Para tanto, define-se, também, de modo autônomo, para cada característica: de um lado, os parâmetros do *controle de eficácia* (uma técnica jurídica voltada à verificação da *legalidade*, que se obtém pelo contrasteamento jurídico dos clássicos elementos constitutivos do ato de vontade com as referências legalmente vinculadas) e, de outro lado, os parâmetros dos *controles de efetividade e de eficiência* (uma técnica jurídica voltada à verificação da *legitimidade*, obtida pela

⁷ Recolhido da exposição dos juristas mencionados em suas respectivas intervenções no I Congresso Internacional de Direito Administrativo, promovido pela Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, proferida em 5 de outubro de 2006, *sub censura*.

constatação da *efetiva e satisfatória* realização da finalidade constitucionalmente vinculada, obtida por meio de indicadores de desempenho).

Retorna-se aqui, em última análise, ao tema da *eficiência* – central no 1º Congresso Internacional de Direito Administrativo da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro – que, para Alexandre Aragão, é um *conceito constitucional juridicizado*, daí se justificando de pleno que deva servir como critério para a *filtragem constitucional*, ou seja, para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. Não obstante, deve-se atentar para a sutileza da zona cinzenta na qual, como argutamente apontou Sérgio d'Andréa Ferreira, *o juiz deve controlar sem administrar*, preservando-se a identidade e a autonomia das funções constitucionais.

6. A próxima missão do direito administrativo

Assim exposta essa atividade de controle, aqui apontada como a próxima grande missão do Direito Administrativo em sua trajetória civilizadora, é possível identificar alguns benefícios éticos e técnicos que certamente advirão do desbravamento dessas novas vias da sindicabilidade judicial.

Desde logo, os conceitos de *resultado* e o de seu *controle*, por se apresentarem mais concretos, mais visíveis e de mais fácil compreensão técnica, propiciarão maior aproximação entre Administração e administrado, estimulando uma desejável interação legitimatória pela *participação*.

Segue-se que os conceitos de *resultado* e o de seu *controle* repõem em foco a *legitimidade* e realçarão sua indispensabilidade enquanto *fundamento das decisões políticas e administrativas*.

Por outro lado, o *controle das políticas públicas* atuará benéficamente para o desenvolvimento da *consciência democrática* contemporânea, ao deixar expostos com nitidez os dois tempos de sua evolução, como na proposta habermasiana: o tempo moderno, da *democracia formal*, e o tempo pós-moderno, da *democracia substancial*.

Ficam remarcadas, portanto: primeiro, a ascensão da *democracia representativa*, com a conseqüente instituição de uma *ordem jurídica de assento parlamentar*, com fundamento na lei, e, depois, a sua transformação, para a realização de uma *democracia substantiva*, com a conseqüente instituição de uma *ordem jurídica assentada em valores jurídicos* estáveis, com fundamento na Constituição.

O *controle das políticas públicas* assim se inserirá, destacadamente, com seus renovados instrumentos, na luta milenar do Direito para domar o *Leviathan*, graças à introdução do conceito de *real e adequada satisfação* dos cometimentos constitucionais postos a cargo da Administração Pública.⁸

Em outros termos: trata-se de *realizar os valores constitucionais* sem desvio e sem dissimulação, muito menos pela *charlatanice de legisladores*, com seu uso imoderado das leis, e mais preocupados com os efeitos *mediáticos* de seus projetos que com os efeitos *jurídicos* das normas legais que propõem, conforme denunciou veementemente Tomás-Ramón Fernández.

É mister partir, portanto, da saudável premissa republicana de que políticas públicas podem e devem ser *judicialmente controláveis*: pela progressiva *vinculação a resultados* e, notadamente, pela *vinculação à qualificação dos resulta-*

⁸ Sobre o tema, o artigo do Autor *Cidadania e Administração de Resultado, Economia, Planejamento e Controle Prospectivo numa Perspectiva Jurídica*. In *Revista Direito e Cidadania*. Nº 2, Ano 1. 2006, p. 535 e ss.

dos, de modo a vencer, assim, mais uma etapa de uma missão que não se esgota, senão que se renova, em permanente aperfeiçoamento da milenar empreitada civilizatória do Direito.

Finalmente, o próprio *Direito Administrativo*, como o *direito público interno*, se vai tornando progressivamente *político*, pelo simples fato de que lhe cabe realizar a *ordem dos valores constitucionais*, que é immanentemente *política*.

Na mesma linha, o *Direito Administrativo*, como criação estruturante do Estado de Direito, idealizado para atuar na *contenção do poder* zelando pela fidelidade à lei pelo *controle de juridicidade* – pois o Estado de Justiça e não apenas de Direito é a meta que propõe Juan Carlos Cassagne – nas versões pós-modernas do Estado Democrático de Direito, se aparelhará também para atuar na *aplicação do poder*, zelando pela fidelidade à Constituição pelo *controle de legitimidade* que lhe é imanente.

Destarte, ao atuar para conciliar política e direito através dos *direitos fundamentais*, como resumiu Fabio Medina Osório, tal como já o ensaiam as agências reguladoras, se indica um exemplo de como se pode dar *eficiência máxima* às políticas públicas.

Este, portanto, é o sentido de *missão*, tal como posto como epígrafe desta exposição: um cometimento que, sob a inspiração da bela imagem do camponês de Emerson, consiste em que cada um dos operadores desse Direito Administrativo, hoje renovado, ambicioso e pleno de esperança, desempenhe o seu trabalho, sem que importe a gravidade ou a modéstia das tarefas: *atrelando sempre o arado a uma estrela*.

Teresópolis, primavera de 2006.