

Direito Administrativo no Brasil: novos desafios e antigos problemas¹

Em um país como o Brasil, todo e qualquer exercício de projeção geralmente revela-se deficitário ou incompleto. Tudo pode mudar em um piscar de olhos, e o que se tinha como certo e acabado, fica para trás em uma velocidade meteórica. Perspectivas reformistas ou de modernização podem cair por terra por não agradarem ao *status quo* ou – o que aparentemente virou uma constante em termos de Poder Judiciário – não agradar ao Ministro A ou B do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, mantidas as circunstâncias razoavelmente delineadas no cenário político-institucional pós-impeachment de 2016/2018, acredito ser oportuno apontar para algumas tendências do Direito Administrativo para este ano que se inicia.

Diante de semelhanças entre o passado recente e o presente em construção, buscando contribuir para um diálogo sobre as prospecções do Direito Administrativo, parece-me pertinente lembrar um pouco os debates sobre o destino do Direito Administrativo nos anos 90 – momento histórico de forte inflexão deste ramo jurídico.

Um dos debates da época colocava em evidência um possível enxugamento do escopo temático e do espectro material do direito administrativo, os quais seriam drasticamente reduzidos em face da eclosão dos fenômenos da desestatização e da privatização das estruturas e dos serviços públicos, uma das linhas mestras da “Reforma do Aparelho do Estado” que se encontrava a todo vapor nos idos de 1995. Para alguns juristas, havia uma forte tendência de diminuição do direito administrativo enquanto ramo jurídico e área de especialização profissional, uma vez que muito do que era considerado público tornar-se-ia privado, e o direito público não mais incidiria com a mesma força no desenvolvimento das atividades agora privatizadas, bem como das relações entre os setores público e privado, espaço que seria ocupado pelo direito privado. Bem por isso as reações e críticas ao processo de Reforma Administrativa foram inúmeras, e não pararam de ecoar desde então, sobretudo oriundas de respeitadas Escolas de Direito como a da PUC-SP. Obviamente esta projeção não somente não se confirmou, como vislumbramos uma expansão do direito administrativo como um todo, muito apoiada na (i) emergência da atividade regulatória do Estado e a partir dos anos 2000, (ii) na prevalência de uma Agenda Desenvolvimentista fortemente inclinada ao social.

Outro forte debate dizia respeito ao efficientismo de uma gestão pública perdulária e ineficaz na essência, e que deveria passar a se orientar por metas e objetivos predefinidos, visando alcançar determinados resultados e ser constantemente avaliada em suas ações e decisões, para assim poder reavaliar seus caminhos e retificar seus percursos, rumo a uma melhor capacitação dos servidores públicos e do incremento da qualidade da prestação dos serviços públicos e

¹ Artigo originalmente publicado no site Jota em 04 de janeiro de 2018.

ampliação da efetivação dos direitos dos cidadãos, sobretudo dos direitos sociais. Este ciclo da administração gerencial não se completou, os problemas se intensificaram, e a ascensão da (boa) Agenda de Desenvolvimentismo Social dos Governos Lula e Dilma fizeram com que o pêndulo da ação pública – até então apontando em direção ao privado – retornasse em direção ao público, abandonando-se o vetor da desestatização e da privatização, e o substituindo pelo da (re) estatização. O modelo gerencialista de gestão pública foi abandonado, e entrou em cena o (ainda em construção) modelo de governança pública, o qual busca em tese uma melhor interação entre eficiência, democracia e participação social.

Finalmente, se nos anos 90 o Estado buscava intensificar as parcerias com o setor privado na prestação dos serviços públicos de natureza industrial e econômica, notadamente por meio de contratos de permissão, concessão e parcerias público-privadas, o que se assistiu nos anos 2000 e 2010 foi (i) o afastamento da sinergia Estado-mercado, período marcado por intenções de parcerização absolutamente mal sucedidas (p.ex. Trem-Bala São Paulo-Rio) e (ii) o reforço da sinergia Estado-sociedade, inclusive com a institucionalização de inúmeros espaços participativos para a implementação de políticas públicas, como Conselhos, Conferências Nacionais, e outras estruturas e institutos de democratização da ação pública, mormente nas áreas sociais, este talvez um dos grandes legados para a democracia brasileira, e que ainda precisa ser melhor avaliado.

Pois bem, ao menos no que diz respeito aos desafios impostos à Administração Pública brasileira, este momento pré-eleições de 2018 lembra, em certos aspectos, os desafios típicos dos anos 90. Certamente os tempos são outros, e a Agenda Administrativa de 2018 contempla (i) objetivos antigos ainda não atingidos, mas igualmente (ii) novos objetivos a serem atingidos, principalmente aqueles forjados à luz das atuais ações disruptivas nos campos da Ética Pública, da Transparência e do modo como devem ser travados os negócios público-privados no país, derivados da conhecida Operação Lava-Jato, em incessante combate contra a corrupção sistêmica no país desde 2014.

Em síntese, a Agenda Administrativa de 2018 contemplaria, a meu ver, os seguintes *highlights* como objetivos principais, aqui listados em ordem não necessariamente prioritária: 1. Desestatização e privatização de serviços e estruturas públicas, mas com atenção especial em modelos público-privados mais contemporâneos, para sairmos de tentação do dogma extremista de tudo privatizar ou de tudo estatizar; 2. Ajustes na configuração jurídico-normativa e reforço da segurança jurídica dos investimentos privados e das modelagens público-privadas dos negócios públicos de maior potencial econômico e industrial, como forma de atração de investimentos privados; 3. Revalorização da atividade regulatória como atividade tipicamente estatal, com foco em sua qualidade e na avaliação de impacto regulatório; 4. Reforço da disciplina fiscal das contas públicas, como modo de contenção e estabilização dos gastos e investimentos públicos; 5. Melhoria dos níveis de confiança no setor público, sobretudo por meio da geração e implementação de um ambiente limpo de negócios públicos e público-privados, a partir de referenciais como transparência, anticorrupção, integridade e compliance; 6. Implementação da governança pública e de seus vetores de eficiência, qualidade,

participação e democraticidade, transparência e *accountability* como modelo de gestão pública preferencial; 7. Melhor tratamento jurídico-normativo e pragmático do conflito no setor público, com a redução da litigiosidade e da judicialização, por meio da ampliação do uso da mediação, conciliação, transação, *dispute boards* e da arbitragem nos contratos públicos; 8. Intensificação do uso dos acordos administrativos como solução administrativa para implementação de ações públicas em geral (termos de fomento, termos de colaboração) e alternativa para a imposição de sanções em geral (acordos de leniência, acordos de investimento); 9. Maior atenção às políticas e ações de Inovação no setor público, com destaque para o uso e ampliação de novas tecnologias de informação e plataformas digitais, incluindo a disseminação da Administração Pública eletrônica e 10. Busca da autonomia dos órgãos de controle internos, como Controladorias e Auditorias, bem como da melhoria constante do relacionamento com os órgãos de controle externo (Tribunais de Contas, Ministério Público).

Alinhando-se Direito Administrativo e proposta de Agenda Administrativa acima apresentada, vislumbramos em primeiro lugar um aumento considerável da base temática e da influência deste ramo jurídico, o que nos leva a projetar a sua ampliação e maior importância no cenário do Direito em geral; decididamente não houve e não haverá redução do Direito Administrativo, e sim expansão, abrindo-se inúmeras oportunidades de ordem prática e profissional às novas gerações de advogados, algo a ser experimentado e comprovado a partir de 2018.

Em segundo lugar, percebemos que se os instrumentos típicos desse ramo jurídico continuam a existir (ato administrativo, contrato administrativo), em face dos novos desafios ora impostos, novos instrumentos como acordos administrativos, atividade informacional e o próprio processo administrativo ganham maiores espaços e relevância, tornando o Direito Administrativo um campo do conhecimento jurídico mais prático e pragmático, mas com sensíveis espaços para novas teorizações e investigações científicas. Ademais disso, a busca pela democratização do Direito Administrativo continua a ganhar impulso, uma vez que o legado participacionista e social dos Governos Lula e Dilma persiste e se encontra ainda fortemente internalizado na gestão e estrutura públicas, sendo que o desafio agora é como compatibilizar a herança de necessária intenção democrática da gestão pública com as metas de crescimento econômico e social em um ambiente político-institucional aparentemente mais próximo do mercado do que da sociedade civil.

Em quarto lugar, há uma preponderância de uma Agenda Anticorrupção que se pretende *point of no return*, e que vem sendo imposta aos órgãos públicos mesmo que internamente não haja vontade política ou administrativa para a sua implementação. A opinião pública acaba por impor e condicionar esta agenda, ainda que as classes política e dos gestores públicos sejam a ela refratária, total ou parcialmente.

Este jogo de forças entre Governo, Administração Pública, Mercado e Sociedade civil determina a criação de arenas de indispensável interlocução entre Estado, Mercado e Sociedade, sendo que o desafio aqui – como em diversos outros temas mais sensíveis que demandam articulações público-privadas, como o tema da

violência, por exemplo – é o de realmente implementar a Governança Pública como modelo de gestão pública preferencial no Brasil, motivando uma nova gramática político-jurídica-institucional para o Direito Administrativo, independentemente da ascendência desta ou daquela corrente ideológica ao Poder. Talvez o desafio aqui seja ainda maior: o de definitivamente compreender – assim como já fizeram os países mais desenvolvidos – que os Governos passam, e a Administração Pública não somente permanece, mas detém aos olhos da população uma agenda própria e autônoma, a qual deve ser realizada a despeito das alternâncias e mudanças no poder.

Finalmente, o Direito Administrativo, assim como o Direito em geral, vai aos poucos se reconfigurando à luz das novas tecnologias de informação e da inovação como um todo, sendo que plataformas digitais, *apps*, administração eletrônica, *future law* não são modismos ou experimentações de um mundo longínquo, mas realidades que mudaram a forma como o próprio Direito passa a ser construído e aplicado, trazendo inúmeros desafios ao legislador, ao intérprete e ao operador do Direito Administrativo, que também deve estar plenamente a par de todas as diversas inovações tecnológicas que possam afetar direta ou indiretamente este ramo do conhecimento jurídico.

Conforme exposto no início do texto, a análise prospectiva sobre o Direito Administrativo aqui empreendida não teve a finalidade de apresentar meras conjecturas para este ramo jurídico no Brasil. O que se tentou realizar foi um esforço exegético das possíveis combinações do cenário político-institucional ora em voga e do novo quadro jurídico-normativo que vem sendo instalado no país, e delas extrair tendências. Obviamente, sendo o Brasil o país analisado, deve-se ter em mente que a depender dos resultados das eleições de 2018 – ou de um novo escândalo de corrupção – tudo pode mudar como que num passe de mágica. Sem prejuízo disso, como acadêmico e profissional de mais de 25 anos de atuação nessa área, fica aqui minha contribuição para o debate.