

Temas de Direito Administrativo

ITAGILDO FERREIRA

Assistente Jurídico

SUMARIO: Autonomização de órgãos da Administração Direta — Perplexidades no Campo do Direito Administrativo — Entre Gregos e Troianos — Roma não se fez num dia.

Autonomização de órgãos da Administração Direta

Nos termos do art. 81, inciso V, da Constituição, compete privativamente ao Presidente da República dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal.

Estabelece o art. 146 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que a Reforma Administrativa será realizada por etapas, à medida que se forem ultimando as providências necessárias à sua execução.

Cabe, portanto, ao Poder Executivo o exame dos atos que disponham sobre estruturação, competência e funcionamento dos órgãos da administração federal — centralizada e descentralizada — com o propósito de expedir, progressivamente, decretos de reestruturação, de revisão de funcionamento, de redefinição de competência, que sejam necessários à implantação da reforma, em obediência aos princípios e diretrizes gizados na lei.

O art. 172 das normas legais acima citadas concede autorização ao Poder Executivo para conferir autonomia administrativa e financeira, em grau conveniente, a serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de ensino, pesquisa, ou de caráter industrial, comercial ou agrícola que, por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da Administração Direta.

À primeira vista, tem-se a impressão de que o propósito seria o de outorgar ao Executivo autorização para descentralizar serviços, transformando-os em órgãos da Administração

Indireta, uma vez que as atividades discriminadas se desempenhariam mais adequadamente em entidades dessa natureza. Entretanto, o que a lei realmente prevê é apenas uma autonomia relativa para tais órgãos, genéricamente denominados de autônomos, procurando dar-lhes tratamento diverso do aplicável **aos demais** órgãos da Administração Direta, como, para exemplificar, a possibilidade de possuir fundos de natureza contábil, a cujo crédito se levariam todos os recursos vinculados às suas atividades, orçamentários e extra-orçamentários, inclusive proveniente de receita própria, decorrente da prestação de serviços, de doações, etc.

É evidente que, diante da orientação já consagrada, em regra geral com bons resultados, de emancipar serviços incumbidos daquelas atividades peculiares, ou de instituir entidades novas que as realizem, conferindo-lhes personalidade jurídica, essa inovação, pulverizando a Administração Direta, poderá tumultuá-la, se não houver perfeita caracterização da autonomia desejada.

Assim, além dos entes personalizados, ou autárquicos na acepção genérica, teremos, agora, a autonomização relativa, no grau julgado conveniente, de órgãos da administração tradicional, ampliando-se o quadro da descentralização de serviços em sentido horizontal.

O objetivo da Reforma Administrativa é colocar as atividades estatais em nível de competição com as atividades privadas, avaliando custos operacionais e estimulando a produtividade. O processo mais indicado é, sem dúvida, o da personalização de serviços, instituindo-se autarquias, fundações, empresas públicas, em razão da natureza das atividades a desempenhar, sem prejuízo da supervisão ministerial, que deve configurar metas determinadas de política administrativa. A simples autonomia administrativa e financeira poderá constituir uma frustração de objetivos, a não ser que os responsáveis pelos denominados órgãos autônomos possam movimentar-se, desembaraçadamente, com competência para estabelecer regime próprio de pessoal e alocar recursos independentemente das normas que regem a Administração Direta.

Observa-se que essa autonomização de atividades até certo ponto coincide com a linha de descentralização preconizada pela reforma. Os órgãos centrais da administração superior devem concentrar-se, o mais possível, em atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle, para que possam, preferentemente, ditar normas, programas e princípios. Proces-

sando-se, horizontalmente, a primeira e em aprofundamento a segunda, procuram ambas o descongestionamento da máquina administrativa.

Acrescente-se, ainda, a circunstância de ser o único meio que viabiliza a adoção de uma política salarial atraente de pessoal qualificado, o que não é possível nos quadros da administração tradicional.

Perplexidades no campo do Direito Administrativo

A tergiversação quanto à natureza jurídica das fundações instituídas por ato governamental tem sido nada mais que resultado de equívocos. Não tem passado de discussão acadêmica tôda a porfia que se vem desenvolvendo diante da clássica divisão dicotômica do direito, oriunda da tradição romanista, embora conservada, até hoje, por mero hábito mental, segundo observação de Joaquim Pimenta (à guisa de prefácio—Dissídios Coletivos do Trabalho-Geral — de Bezerra de Menezes — 1957-p.9). Diz Pontes de Miranda que em tôrno dêsse dualismo há mais de vinte teorias, que procuram distinguir o direito público do privado, além de opiniões esgarradas (apud “Norma Pública e Privada no Direito do Trabalho” — E.F. Gottschalk —1944).

Ressuscitam-se, agora, as mesmas dúvidas, com as mesmas perplexidades, que ocuparam os espíritos no início do segundo quartel dêste século, quando começaram a surgir, no campo do Direito Administrativo brasileiro, as autarquias como réplica da paraestatalidade italiana. A tese de Tito Prates da Fonseca, posteriormente transformada em excelente monografia, espelhou muito bem, com o seu pioneirismo, a guerra guerreada dos publicistas e privatistas (Autarquias Administrativas — 1935 — Saraiva).

Assim inicia o autor o prefácio a sua obra:

“O momento histórico atual exprime um movimento do individual para o social. Do Estado individualista liberal preconizado pelos arautos da Revolução Francesa, da interdição de entidades coletivas dentro do Estado, caminha a vida contemporânea para uma grande expansão das funções estatais, para a multiplicação dos agrupamentos internos. A extensão das funções do Estado fêz surgir, a par da descentralização política e territorial, uma descentralização por serviços, institucional. O fenômeno revelou-se, entre nós, pelo aparecimento de institutos, de serviços públicos personalizados, a cujo respeito tem havido certa hesitação no mundo jurídico”.

Não sendo possível resolver a questão da natureza jurídica das autarquias administrativas dentro do imobilismo do Código Civil, ensarilharam-se as armas para que o nôvo instituto pudes-se ter, finalmente, ingresso livre no clube fechado das pessoas jurídicas de direito público.

Mas o Direito Administrativo continuou expandindo-se e penetrando raízes no direito privado, inovando institutos tradicionais do Direito Civil. Dessa inovação, ressurgem as perplexidades no mundo jurídico. Eis por que administrativistas do porte de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ainda resistem:

“Nada mais incerto, portanto, que falar em regime jurídico das fundações públicas no Brasil, como brilhantemente o fêz Cretella Júnior, num esforço questionável que o desaproximou da realidade e das reais categorias jurídicas existentes. Conforme os pontos de vistas teóricos que adotou, por mais exuberantes que sejam os argumentos, é um exagêro falar em prolongada resistência, ou em idéias preconcebidas, “responsáveis pelos resquícios e reminiscências do direito privado, no âmbito do Direito Administrativo”. (Rev. de Dir. Adm. — 100 — p.23 — F.G.V.).

Apesar da sua posição civilista, reconhece Hely Lopes Meirelles que, atualmente, as fundações com finalidades de ensino e pesquisa vêm sofrendo modificações estruturais, aproximando-se do Poder Público, do qual recebem delegação para realizar serviço público, constituindo-se, assim, uma nova espécie do gênero paraestatal. Sustenta, entretanto, que essas instituições não podem ser consideradas entidades públicas, a despeito de se lhe afigurarem entidades paraestatais de natureza administrativa, sujeitas à fiscalização e ao contrôle do Estado, que as mantêm ou as subvenciona (Dir. Adm. Bras. — 1964 — p. 309/312).

Para Miguel Reale, “uma das características do Estado contemporâneo, exatamente em virtude de suas crescentes atribuições econômicas e culturais, é a transformação de sua primitiva estrutura, assente antes apenas em referências político-geográficas (União, Estados, Municípios) para assumir outras duas dimensões: a grupalista, à medida que as entidades sindicais vão se revestindo de funções públicas (os contratos coletivos de trabalho válidos para tôda a categoria atestam isso) e a autárquica, à medida que determinados serviços públicos se tornam autônomos ou então surgem desde o início como **corpos autônomos**, revestidos das formas dos entes corporativos privados, civis ou comerciais”, acrescentando: “é claro que estou

tomando aqui o t ermo aut arquico na sua acepção genérica, abrangendo t odas as espécies de autonomização dos serviços públicos, desde as autarquias própriamente ditas, às entidades paraestatais, às fundações de direito público, às sociedades de economia mista e às emprêsas públicas, t odas modalidades ou graus diversos de um único fen meno, que é o da potenciação dos meios de agir do Estado em nossos dias" (Direito Administrativo — Forense — p. 20).

Após essas considerações, professa: "o que existe no domínio do direito aut arquico   uma gradação de autonomias, através de uma multiplicidade ou de uma gama de entidades tendentes a dar plasticidade   a  o do Estado, quer isolada, quer em conexão com a atividade privada, e, outrossim, através de diversos **esquemas jurídicos**, modelados às vêzes segundo as categorias plásticas do direito civil", mandando, "por conseguinte, a prudência que, ao invés de contentarmo-nos com classificações abstratas, se atente   g nese, à estrutura e aos objetivos de cada entidade" (ob. cit).

E dá-nos, finalmente, a seguinte e admirável lição de bom senso, como que convidando a nôvo ensarilhamento de armas: "melhor será trabalhar no sentido de infundir-se no espírito de nossos legisladores a consciência dos objetivos de plasticidade e de rendimentos que se têm em vista quando a ação do Estado se amolda às categorias conceituadas do direito privado, visando-se o espírito inovador e mais fecundo da **livre emprêsa**" (ob. cit).

É como devem, realmente, funcionar as fundações de direito público, travestidas de direito privado. A tutela legal do Estado deve servir de estímulo a atividades empresariais, livres da burocratização, para que persigam, tranqüilamente, seus objetivos, com plasticidade, fortalecendo a potenciação dos meios de agir do próprio Estado.

Com essa linha de procedimento, cessam as querelas, sem qualquer resultado positivo. Outra não é a orientação legal, quando declara que "não constituem entidades da administração indireta as fundações instituídas por lei federal" e que não serão instituídas novas fundações que não obtenham a participação de recursos no seu patrim nio e nos seus dispêndios correntes, equivalentes a, no mínimo, um t r o do total (Decreto-lei n  900, de 1969, arts. 2  e 3 ). Essa aliança de recursos públicos e privados distancia o nôvo instituto da autarquia administrativa, sem que se desgarre, entretanto, da mesma órbita estatal. Ambos são satélites do mesmo sistema.

Para dar uma idéia da renovação que se processa na autonomização dos serviços públicos, em diferentes graus, basta citar a inovação trazida no bôjo do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, considerada como lei de diretrizes e bases da Reforma Administrativa, quando autoriza o Poder Executivo a assegurar a autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente, a determinados serviços, institutos e estabelecimentos da administração direta (art. 172).

Além dos entes personalizados, na acepção genérica de que fala Reale, teremos, agora, a relativa autonomia de órgãos da administração tradicional, ampliando-se o quadro da descentralização em sentido horizontal. As primeiras dores de cabeça começam a aparecer no balisamento dessa autonomia **menor**, em virtude de métodos e processos de trabalho a que está condicionada a Administração Direta. Trata-se, porém, de inovação, que precisa ser bem caracterizada nos atos outorgantes, sob pena de novas perplexidades e até mesmo frustrações. Esses órgãos deveriam revestir-se, nos moldes autárquicos, de ampla autonomia administrativa e financeira, que já seria relativa, dada a falta de personalidade própria. Mas teriam, pelo menos, a possibilidade de escapar aos métodos e processos de trabalho burocratizados, sem prejuízo da auditagem externa permanente do Ministério a que pertencem e do Tribunal de Contas da União.

Como lento e doloroso foi o parto das autarquias administrativas e o das fundações públicas que, ao contrário daquelas, ainda se encontram no vestíbulo, pedindo passagem, os órgãos relativamente autônomos terão de entrar na fila do sofrimento e da perplexidade, até que se faça a luz nos espíritos ainda siderados pela racionalização do Poder.

Entre Gregos e Troianos

Ensina Alexandre Álvares que cumpre ao intérprete aprender "a descobrir o sentido em que se desenvolve a instituição", e lhe recomenda: "se o instituto foi criado após o aparecimento de uma determinada lei ou de um código, não deve ser explicado à luz dos princípios contemporâneos." (in Clóvis Bevilacqua, Teoria Geral do Direito, 1966, pág. 48.)

Isso porque, segundo Clóvis, "a vida social reage incessantemente sobre o direito", razão pela qual "o direito oferece uma extensão maior do que a dos textos" (ob. cit., pág. 42).

"O papel do intérprete consiste em auxiliar abertamente a evolução dos institutos, no sentido para o qual os orientam os fenômenos sociais, pondo em harmonia com ela os novos casos que se apresentam." (Alexandre Álvares.)

As **fundações de direito público**, inovação em nosso Direito Administrativo, já não deveriam estarrecer ninguém, depois da batalha incruenta que se travou quando do advento das **autarquias administrativas**, que disputaram, renhidamente, um lugar ao sol no campo do direito público. Há célebres monografias que registram o episódio, destacando-se, pelo seu pioneirismo, a de Tito Prates da Fonseca.

Na luta para caracterizar sua natureza jurídica, houve quem se escudasse no imobilismo do nosso Código Civil, que está servindo, novamente, de obstáculo para o reconhecimento das **fundações de direito público**, negando-lhes ingresso na área reservada aos órgãos paraestatais.

A administração pública, como tudo que a imaginação humana possa conceber, está sujeita a permanente modificação. As mutações sociais renovam o direito, que se reveste de normas com o propósito de sistematizar e desenvolver as energias sociais.

Depois de uma guerra de dez anos entre gregos e troianos, que assediavam e defendiam a cidadela do **privativismo**, surge agora o espectro da cidade que se julgava em ruínas, dilacerada pela vitória esmagadora dos **publicistas**. Tróia foi dominada pelo valor mais alto dos helenos, que navegaram na crista das vagas da evolução, mas volta a ameaçar a ordem jurídica, tentando deter a marcha para o futuro, ao levantar dúvidas quanto à natureza do nôvo ente personalizado pelo poder de império do Estado.

É impossível frear as transformações do cosmo, dos seres e das instituições humanas.

Anotava Ovídio nas *Metamorfoses*: "... chora Helena, vendo ao espelho as rugas senis e pergunta a si mesma por que foi duas vezes roubada." (in Leopoldo Pereira, *Poetas e Pro-sadores Latinos*, 1966, pág. 40.)

Não é de estranhar-se que o nosso Código Civil, monumento da cultura jurídica nacional, esteja hoje vincado de sulcos, depois de haver sido tão despucelado.

A fôrça que movimenta as galáxias é a mesma energia que dinamiza os átomos na composição dos indivíduos animados e inanimados e que transforma os extratos sociais no longo itinerário da espécie humana desde as suas origens perdidas na caligem dos tempos.

O texto legal que não se renova é uma vestimenta incapaz de conter a vida das instituições, que nascem, crescem, prosperam e acabam morrendo, ou renascendo das próprias cinzas.

Com a inteligência, o engenho e a habilidade de um nôvo Ulisses, José Maria de Araújo Cavalcanti, jovem turco de administração pública, em excelente parecer, deu um piparote no fantasma do **privativismo**, a que se apegam os civilistas em matéria de fundações.

Censura merece a timidez do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sôbre a organização da administração federal e estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa, ao equiparar às emprêsas públicas as fundações instituídas por lei federal (art. 4º, § 2º). Deveria, logo, tê-las incluído no mesmo plano das autarquias, como entidades da administração indireta (art. 4º, item II), uma vez que considerou a emprêsa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado (art. 5º, item II).

Os focos de resistência do **privativismo**, contra os quais Glauco Lessa, com a audácia de nôvo Ajax, em recente pronunciamento, acaba de vibrar o seu arco, vêm sendo alimentados por essa timidez do legislador da reforma.

Não importa que as leis e estatutos, que regem as fundações instituídas pelo poder público, lhes hajam expressamente atribuído a personalidade jurídica de direito privado. Trata-se de entidades personalizadas pelo poder de império do Estado e destinadas a realizar serviços públicos. São satélites no sistema planetário do contexto administrativo estatal.

É inacreditável que se tenha de arrastar esta verdade pelos cabelos: as **fundações de direito público** constituem, hoje, uma realidade no campo do Direito Administrativo.

Da mesma forma que as **autarquias administrativas**, elas são instituições surgidas após o Código Civil, que já se acha em processo de renovação.

As autarquias já adquiriram foros de cidadania na legislação posterior como pessoas jurídicas de direito público. Já não são consideradas hoje filhos putativos do Estado.

No que tange às fundações, começou a salientar-se, como estrêla matutina, um preceito legal distraidamente colocado na reforma universitária, em que se faz nítida distinção entre fundações de direito público, quando se trata de entidades oficiais e as familiares fundações ou associações, quando se cuida de entidades particulares (Lei nº 5.540, de 1968).

O recente Decreto-lei nº 779, de 21 de agosto de 1969, ao arrolar fundações entre as pessoas jurídicas de direito pú-

blico, renova a legislação anterior e espanca definitivamente dúvidas.

É então chegado o tempo de ensarilhar armas e de serem disputados os troféus de Aquiles.

Roma Não Se Fêz Num Dia

Em recente publicação, que se intitula "Ensaio Jurídico sobre o Processo ou Inquérito Administrativo" (DASP — Serviço de Documentação — 1969), Vicente Ferrer Correia Lima surpreende o leitor com um capítulo de extraordinária relevância, que não ficou muito bem encartado no volume, além de ter sido a matéria tratada emocionalmente.

A alternativa estabelecida pelo autor é apocalítica: ou o Tribunal Administrativo ou o Caos!

Considera o autor que qualquer reforma administrativa será fadada ao fracasso, enquanto não houver um órgão que tenha absoluta autoridade e independência para decidir, para julgar e para exigir o cumprimento dos seus arestos e de sua jurisprudência (sic).

Ao lançar o dardo com tanta fôrça, Correia Lima acaba prestando inestimável serviço, não só contribuindo com o acervo de sua comprovada experiência de funcionário, que lutou denodadamente em muitas trincheiras, como também porque focaliza um tema que, quanto mais envelhece, mais desperta o interesse dos estudiosos do direito público.

Houve época em que se confundia o contencioso administrativo com o judicial. A reação a essa tendência despontou em 1834, fortalecendo-se a partir de 1841 (Ribas — Dir. Adm. Bras. — 1968. — págs. 104 e 106).

A distinção configurou-se, em virtude da irrecusável necessidade de um contencioso administrativo independente do poder judicial, ainda que inseparável do poder administrativo (Visc. de Uruguai — Ensaio sobre o Dir. Adm. — 1960 — p. 107).

No regime republicano, o contencioso continua integrando o poder administrativo, sem prejuízo, entretanto, do contrôle judicial, uma vez que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Até hoje não se chegou a um consenso quanto à instituição de uma justiça especializada para trato do contencioso administrativo. Como a reforma administrativa, já deflagrada, dela também não cogita, resta fugir à alternativa macabra que vaticina Correia Lima.

O Poder Executivo, diz a lei da reforma, é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado, que exercem as atribuições de sua competência constitucional, legal e regulamentar com o apoio dos órgãos da administração federal (arts. 1º e 2º). O supremo magistrado e o seu alto corpo de auxiliares imediatos constituem a cúpula do contencioso administrativo. Os serviços jurídicos da União proporcionam-lhes o assessoramento indispensável as suas decisões.

Como princípio fundamental — pedra de toque da reforma — preconiza-se a mais ampla descentralização de atividades (art. 10), inclusive mediante o instrumento da delegação de competência (art. 11). Pretende-se formar chefias responsáveis, descongestionando-se os centros de decisões de problemas relevantes, criando-se instâncias inferiores, na periferia, sem prejuízo da supervisão e do controle. Todos os órgãos da administração estão sujeitos à supervisão do Ministro de Estado competente (arts. 19 e 20).

A supervisão ministerial tem, dentre outros, por objetivos (1) assegurar a observância da lei e (2) proteger a administração contra interferências e pressões ilegítimas (art. 25). Procura-se manter o mais possível imaculada a ação administrativa em benefício dos administrados.

Exige-se, de outro lado, do funcionalismo conduta pautada por normas éticas, cuja infração incompatibiliza o servidor para a função (art. 94, IV), dispensando-se o que seja, comprovadamente, ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem e que seja desidioso no cumprimento de seus deveres (art. 100). As nomeações para os cargos em comissão somente poderão recair em pessoas de comprovada idoneidade (art. 123). Com tais critérios, garante-se o teor das decisões de primeira instância e das instâncias intermediárias.

Observadas essas diretrizes, não há como desacreditar da ação dos agentes do poder público, quando no exercício da função contenciosa. As falhas do sistema serão, naturalmente, corrigidas com o tempo, particularmente pelo processo educativo.

Todos nós, jovens turcos da administração, que começamos nossa lida nos áureos tempos da reforma daspiana há trinta anos passados, ficamos com tendência ao pessimismo depois da experiência trágica com a derrocada do sistema do mérito, que foi a nossa porta de entrada no serviço público.

Esquecemo-nos de que se trata de vicissitudes de uma luta que ainda não teve epílogo e da qual não podem desertar, melancolicamente, os velhos soldados do serviço civil da têmpera

de um Correia Lima. Felizmente, o seu ensaio jurídico é uma prova de que o seu pessimismo é da bôca para fora, não sendo reflexo do seu espírito combativo.

Esperamos que o autor, com o brilho de sua inteligência, acabe sendo motivado a dar um mergulho de profundidade no tema ligeiramente examinado, trazendo-nos outra monografia que seja iluminada pela reforma em processo de implantação.

Já agora sem vaticínios sombrios, pois Roma não se fêz num dia apenas.

