

As tendências modernas do direito administrativo

THEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI

(CONFERÊNCIA REALIZADA NO INSTITUTO DOS ADVOGADOS)

E' com satisfação que a "Revista do Serviço Público" oferece a seus leitores, em reprodução autorizada, a conferência proferida pelo Dr. Themístocles Brandão Cavalcanti, no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros.

Obrigações de vulto, inclusive o preparo de um grande tratado sobre assunto de sua especialidade, levaram o acatado jurista a privar-nos de sua valiosa colaboração, com a qual honrou ininterruptamente, durante mais de três anos, as páginas desta "Revista", prestando inestimável serviço aos estudiosos da matéria em que grangeou justo renome.

Podemos, entretanto, adiantar que o illustre professor de Direito Administrativo, tão cedo o permitam suas ocupações, voltará a favorecer-nos com sua colaboração. Restamos, apenas, desejar, em nome dos leitores da "Revista do Serviço Público", que tal promessa se realize o mais brevemente possível.

Venho, hoje, aqui, a esta Casa, pagar uma velha dívida contraída com vosso Presidente, meu eminente amigo, Dr. Miranda Jordão. Dívida que estaria precrita, não fosse uma obrigação natural, dessas que só se extinguem com a morte.

Por isso aqui estou, e talvez também um pouco por vaidade, pressuroso em ocupar esta tribuna, onde me engrandeço, relembro os vultos que por ela passaram.

E tanto menos indicado estou eu para ocupá-la, quando nem sequer trago comigo as estrelas e bordados do Marechalato da profissão a que tem direito os sócios desta casa.

Mas aqui estou como demonstração do meu apreço pessoal, a todos quantos militam neste "Solar de Montezuma", como gosta de denominar esta casa o vosso Presidente.

Longe, portanto, de recairem os onus da dívida sobre o devedor, que sou eu, de preferência eles recaem, neste momento, sobre o credor, obrigado a ouvir-me em palestra tão enfadonha, sobre matéria tão esteril.

Escolhi como tema algumas tendências modernas do Direito Administrativo, e permiti-me que sobre ele me estenda, abordando os aspectos que parecem de maior interesse.

Dispensamo-nos, inicialmente, do dever de definir essa disciplina jurídica; diremos, apenas, que ela constitui, hoje, uma especialização de normas e doutrinas, cuja importância é tanto maior quanto mais frequente a sua aplicação, e mais constante a repetição de fatos e situações, em que se apresenta a necessidade da construção de um regime jurídico regulador da vida interna da administração, e das relações entre esta e os particulares.

Nem de outra forma se justificaria a constituição do Direito Administrativo como disciplina autônoma, e o desenvolvimento dos estudos em torno da sua matéria.

E' preciso, entretanto, advertir que essa diferenciação de normas jurídicas não importa em admitir-se a existência de um pluralismo jurídico, incompatível com a unidade do Direito, mas apenas em aceitar-se uma divisão do Direito, por meio de um processo técnico de agrupamento, dentro dos quadros ou disciplinas autônomas, de relações sociais equivalentes, identificadas por traços comuns, e obedecendo a uma finalidade comum.

E esta diferenciação se foi tornando cada vez mais frequente, em consequência da complicação das relações sociais, e multiplicação das normas jurídicas reguladoras dessas relações.

Foi em virtude desses fenômenos que novas disciplinas foram surgindo. São conhecidas as origens do Direito Comercial e as razões de ordem econômica e social que motivaram a sua autonomia, como também o seu desdobramento, hoje, especialmente com o agrupamento de algumas de suas normas sob a denominação de Direito Industrial.

O Direito Administrativo nasceu, também, da necessidade de uma sistematização de princípios e normas agrupadas em torno de um mesmo fim, obedecendo a uma mesma técnica jurídica, a processos especiais de aplicação e interpretação, relacionados todos com a organização do Estado, sua

estrutura administrativa, e suas relações com os particulares.

Destacou-se, por isso, do velho Direito Público; e do próprio Direito Administrativo já se vão, também, emancipando o Direito Fiscal e um Direito Disciplinar em formação, não se falando no Direito do Trabalho, no Direito Social, e todas essas novas disciplinas em que a conciliação do interesse público e do particular constitui a própria essência de sua construção.

E' a velha complicação dos fenômenos sociais, que Spencer resumiu, em um dos seus princípios de Sociologia.

E' verdade, e convem guardar bem a observação, que a autonomia de todas essas disciplinas é relativa, porque entre todas existe uma interdependência que leva, por vezes, às maiores confusões doutrinárias, debatendo-se o problema em torno da velha e tradicional divisão do Direito que nos vem dos romanos.

E daí a crítica severa que se desenvolve em torno dessa divisão, não faltando ao debate o que de mais eminente existe na filosofia moderna do Direito.

A velha divisão do Direito Público e do Direito Privado já não pode ter, na realidade, aquela significação que lhe atribuíam os romanos, tanto mais quanto cada vez se faz sentir com mais rigor a penetração da influência do Estado, mesmo na esfera até hoje reservada ao Direito Civil.

E esta penetração, longe de constituir uma subordinação de uma disciplina a outra, representa, antes, uma transformação no próprio Direito Privado, regulado por normas mais amplas, sob a influência da evolução social.

O Direito Administrativo é uma consequência da ampliação da intervenção do Estado em setores até há pouco imunes à sua influência.

Não é o momento de discutir o problema desta intervenção, se justificada ou não. E' um fato.

O que se deve é procurar conciliar a intervenção com a liberdade individual e procurar salvar o máximo, neste naufrágio de coisas tão caras à civilização.

Mas é preciso, também, compreender e reconhecer que, nesta tragédia, culpas muito pesadas recaem sobre as instituições sociais e jurídicas, que falharam na construção das normas de equilíbrio, que constituem, afinal, a razão de ser do Direito.

Ora, se estas construções jurídicas, de cunho liberal e individualista, falharam, não foi pela intromissão do poder coercitivo do Estado, pelo ex-

cesso de normas de coação, mas, talvez, pela sua deficiência, ou má aplicação, pela falta de medidas de coerção contra a supremacia dos interesses dos mais poderosos, social e economicamente, pela ausência de normas de equilíbrio social, que atingissem, também, em sua essência, os fenômenos econômicos.

Há, por conseguinte, a necessidade indeclinável de um reajustamento de princípios, no qual todos colaborem, sem os característicos de um direito de classes, de castas, de raças, de interesses.

A intervenção do Estado, aliás, é da própria essência do Direito. Está em quase todas as definições, que a coação é indispensável para que bem se caracterize a noção do Direito.

A medida desta intervenção será maior ou menor, tal seja a necessidade desta coerção. A medida da ação do Estado regula-se pela quantidade de poder coercitivo necessário para manutenção do equilíbrio social, finalidade primacial da norma de Direito.

Nem é por outro motivo que o Estado intervem na esfera contratual, dirigindo, por meio de normas gerais, a conclusão das normas convencionais, em que se impõe a sua intervenção.

E esta intervenção, por meio de normas obrigatórias, por meio do poder coercitivo do Estado, é particularmente necessária nos casos em que o jogo normal das leis econômicas não corresponde aos princípios da justiça social.

Foi o que justificou o *Sherman Act* e as demais leis anti-trusts, bem como as leis regulamentares das *Holfings*, dos Estados Unidos. E, entre nós, as leis do inquilinato, de luvas, contra usura, etc., para citar, apenas, alguns exemplos.

Para nós, inimigo do totalitarismo, inimigo da intervenção totalitária do Estado, o problema consiste em conciliar esta intervenção com os respeitos às liberdades essenciais ao Homem, para que ele possa viver, sentindo a plenitude de sua vida, em suas manifestações intelectuais, econômicas, espirituais.

E esta intervenção nem sempre corresponde, como alguns interessados pretendem, a um aumento de opressão, mas, muitas vezes, visa o justo equilíbrio, pela supressão da coação, não do Estado nem do Poder Público, mas de particulares social ou economicamente mais poderosos, mais poderosos do que o próprio Estado...

Não foi outra a origem, por exemplo, das *Convenções Coletivas de Trabalho*, e de todas essas

construções jurídicas, compreendidas na fórmula ampla dos contratos dirigidos.

Muitas vezes, esta coerção visa um interesse coletivo manifesto, como ocorre no campo da Previdência e Assistência Social.

O seguro obrigatório, a contribuição compulsória para as Caixas e Institutos, e outras taxas cobradas de indivíduos que não deixam sequer beneficiários não serão, por ventura, formas avançadas de coerção?

E quem pretenderá, já agora, negar a sua legitimidade?

Há, portanto, uma forma de coação necessária, que se vai cada vez mais ampliando, e que teremos de considerar sempre legítima, quando se destinar, usando da velha forma tomista, insubstituível, "ad bonum commune".

Mas si esta intervenção se impõe como necessária ao estabelecimento do equilíbrio jurídico, si a esfera de influência do Estado se vai dilatando, é preciso que ele abandone os seus velhos processos de administração, e se socorra dos meios usados pelas entidades privadas com resultados econômicos comprovados.

Desaparece, assim, a noção autoritária do Serviço Público, para se transformar em uma fórmula de colaboração, que tem os seus limites, apenas, na rotina indispensável à estabilidade e segurança do aparelho burocrático.

Essa adaptação só poderá trazer largos benefícios para a administração.

Isto demonstrou, com argumentos irresponsáveis, David Lilienthal, com a sua indiscutível autoridade, em trabalho publicado na "Harvard Law Review", em colaboração com Albert Marquis.

Ora, não seria possível atingir a estes objetivos com uma concentração demasiada de poderes, com uma centralização administrativa, que tire aos serviços públicos a autonomia indispensável ao seu desenvolvimento.

Por isto, o Estado procura atrair os particulares para a administração. Eleva à categoria de órgãos estatais, instituições privadas; coordena as atividades e as iniciativas particulares; atribue a indivíduos alheios aos quadros administrativos, funções públicas; recorre a pessoas com experiência técnica e especializada para constituir os seus Conselhos; identifica o povo com os deveres do Estado, em uma forma moderna e democrática de colaboração, derrubando a velha barreira entre o indivíduo e o Estado.

O contacto entre a generalidade dos cidadãos e o Estado é permanente, e não há mais quem possa ficar inteiramente alheio aos problemas do Estado e da administração.

E uma das manifestações mais efetivas dessa colaboração está no regime de provimento dos cargos públicos, substituindo-se o velho processo do "spoils system" pelo "merit system", que permite o acesso à função pública a todas as classes sociais.

Lembrar a luta que se travou nos Estados Unidos, em torno desse problema, é demonstrar como o Direito Administrativo americano evoluiu com o seu sistema democrático.

E, na realidade, o sistema de concurso é a democratização da administração, por meio de uma penetração, cada vez maior, da massa da população, nos órgãos administrativos, e mesmo, de direção do Estado.

Mas não somente esta vantagem trouxe consigo a aplicação dos métodos de seleção intelectual. Ampliando os seus serviços, mesmo no terreno industrial, o Estado necessitou de elevar o nível profissional dos seus servidores, e, ao mesmo tempo, constituir entidades que, em sua estrutura, são de todo em todo diferentes dos velhos órgãos burocráticos da administração.

Foi preciso que ele recorresse a novos processos, nova forma de distribuição dos seus serviços, adaptados a finalidades específicas dos setores de suas atividades, donde a denominação serviços industriais, bancários e de Previdência Social.

E não teria obtido os resultados desejados, se não tivesse descentralizado os seus serviços, através de órgãos autônomos, com personalidade jurídica própria, e cujos fins se podem resumir nos seguinte itens:

1.º Descentralização dos encargos da administração, evitando o que Manólesco denominou o "surmenage do Estado".

2.º Diferenciação, de acordo com a natureza peculiar dos seus fins, dos diversos serviços descentralizados.

3.º Libertação dos rigores da fiscalização financeira comum.

Através desses órgãos, o Estado realiza certas funções que não lhe são privativas, amplia a esfera de suas atividades, donde a denominação usual que se lhes atribue, de — Órgãos de descentralização funcional.

Este terreno, como se sabe, é extremamente fértil aos estudos do Direito Administrativo, que

se desenvolvem através de numerosos capítulos, entre os quais poderemos mencionar os seguintes:

1. Da conveniência ou não de planificar e padronizar os diferentes tipos de Autarquias;
2. Da possibilidade de uma classificação, tomando-se por base a estrutura, ou os fins dessas entidades;
3. Da natureza jurídica da personalidade das Autarquias: si de direito público, ou de direito privado;
4. Da denominação a lhes ser dada: Autarquias ou Órgãos paraestatais;
5. Do problema da administração, e do controle ou tutela do Estado;
6. Do patrimônio das Autarquias: si ele se identifica com o da pessoa jurídica descentralizada, si pode ser considerado patrimônio do Estado, ou ainda, si pode ser considerado patrimônio público;
7. Da receita e natureza da contribuição arrecadada;
8. Da delegação das funções disciplinares, e da repressão administrativa.

Cada um desses problemas, reveste-se de singular importância, mas longe de mim a idéia de aflorá-los todos, nesta rápida digressão.

Não me dispensarei, porem, de comentar alguns dos mais importantes.

O primeiro é de um interesse teórico e prático indiscutível — Da Conveniência ou não de padronizar os tipos de Autarquias, planificando-os dentro de um esquema previamente elaborado.

Penso, entretanto, que essa idéia não obedece às tendências gerais do problema da descentralização funcional. Esta se desenvolveu dentro de um quadro inteiramente imprevisível, de acordo com as contingências do crescimento das funções do Estado e da inadaptabilidade das novas formas de intervenção, com as exigências restritas das organizações burocráticas existentes.

Imprevisível porque a sua criação obedeceu a uma imposição das exigências econômicas e sociais, e na impossibilidade do esforço particular de levar a cabo tarefas inadiáveis que, no momento, se impunham.

Assim ocorreu com as instituições de Previdência. Assim aconteceu com os órgãos de intervenção na economia. E assim também verificou-se com os serviços industriais.

A planificação prévia, portanto, não teria sido possível, esperando-se apenas que todas essas ins-

tuições se reajustem, dentro de padrões mais ou menos semelhantes, de acordo com os tipos, finalidades e funções comuns ou equivalentes.

Faltou, também, na organização dessas entidades, um preparo prévio da doutrina jurídica, que, como acontece frequentemente, no Direito Administrativo, em formação, é feita *a posteriori*, como construção nascida da experiência, e por meio dos quais podem se corrigir os defeitos e os erros praticados, com a utilização de processos puramente empíricos.

Este problema da planificação não é somente nosso. Foi agitado, também, com especial vigor, nos Estados Unidos.

Alí, a crítica severa de alguns autores censurou o Congresso por não ter tido a menor idéia sobre a posição das Corporações públicas quer no sistema legal daquele país, quer no seu sistema econômico.

E alí também se aconselhava um Estatuto dentro do qual se deveriam colocar as "Corporations", obedecendo às normas gerais traçadas na sua lei orgânica.

Mas, nos Estados Unidos como entre nós, o que caracterizou a construção dessas entidades, foi a adaptação de sua estrutura às suas finalidades imediatas.

Não nos deteremos nos problemas da classificação, da denominação, e outros menores, cuja importância é relativa, e não oferece bastante interesse prático.

A questão da personalidade jurídica merece, entretanto, ser tratada pelo seu relevo, quer quando se considera a necessidade de adaptar o Código Civil à realidade presente, quer quando se tem em vista o problema das funções estatais, delegadas a essas pessoas jurídicas descentralizadas.

Tenho sempre sustentado a personalidade de direito público das Autarquias. E fui dos primeiros a fazê-lo, entre nós, quando ainda vacilante a doutrina, e contra ela se apresentavam autoridades incontestáveis.

E nada tenho a alterar ao que escrevi, então, faz cerca de dez anos.

E desde aquela época, mais se consolidou esta doutrina, mais se acentuou o caráter de delegação às funções exercidas pelas autarquias, delegação na própria essência da instituição, no direito de arrecadar tributos, no direito de exercer funções quasi legislativas, no direito repressivo, admi-

nistrativo e disciplinar, no exercício, finalmente, de uma ação coercitiva, monopólio e privilégio do Estado.

Não me parece, entretanto, que esta identificação das entidades autárquicas com o Estado constitua razão suficiente para suprimir-se a sua personalidade jurídica, em seus elementos essenciais, como o patrimônio e a auto determinação de sua vida interna, naquilo que se compreende restritamente em sua competência legal. E aqui encontramos um dos mais difíceis problemas de toda a doutrina — o controle dos atos de administração e a subordinação hierárquica dos administradores perante os Ministros de Estado.

Lenta tem sido a construção desta doutrina entre nós, ao contrário da Argentina, por exemplo, onde foi o tema objeto de numerosos estudos, notadamente do mestre Rafael Bielsa e, mais recentemente, Horácio Heredia em tese especializada.

Apesar de tudo, já podemos encontrar em nosso direito positivo, material para a construção de uma doutrina.

Assim, a organização das comissões de controle, a determinação expressa nos textos legais dos recursos cabíveis dos atos dos administradores, o processo de exame da gestão financeira, etc.

De todos esses elementos se vai formando a doutrina, suprindo-se as lacunas da lei por meio de aplicações analógicas e dos princípios firmados pela jurisprudência.

O problema do patrimônio é, também, do maior interesse prático, inclusive fiscal.

Tem entendido o Departamento Administrativo do Serviço Público, e o fez em recente parecer, a equiparação dos bens das entidades autárquicas aos do próprio Estado, invocando uma doutrina americana e uma jurisprudência que, com a devida vênia, já se vai tornando obsoleta.

O desenvolvimento extraordinário naquele país das chamadas *Business e Public Corporations*, uma das quais, a *Tennessee Valley*, abrange vastíssimo território dos Estados, tem ocasionado uma reação severa contra a liberalidade da doutrina de isenção fiscal que sonegaria aos Estados vultosa renda.

Nos Estados Unidos a solução judicial é controvertida e o próprio governo tem procurado resolver amigavelmente as dúvidas por meio de acordo com os governos estaduais e locais, medi-

ante uma redução equitativa dos impostos e taxas, de forma a atender aos interesses recíprocos, governo e empresas públicas. Abstemo-nos de citar as decisões porque evitamos maiores detalhes, que tornariam fastidiosa esta palestra.

E' bem verdade que em virtude do desdobramento das pessoas jurídicas públicas, pelas entidades autárquicas, também ter-se-ia de desdobrar a divisão do domínio e do patrimônio públicos, discriminados no art. 66 do Código Civil.

Mas também é indiscutível que, quanto a sua destinação, o patrimônio das autarquias visa a satisfação dos fins próprios a cada uma e a obtenção de uma renda que não se confunde com as rendas públicas.

Ainda mais, o conceito do patrimônio se identifica com o próprio regime financeiro e contábil das autarquias, de todo em todo diferente do regime das entidades estatais de grau superior.

O problema da personalidade jurídica tem assim, doutrinariamente, aspectos da maior gravidade e que tornam inconfundíveis as pessoas jurídicas com certos serviços autônomos, mera diferenciação de órgãos burocráticos, mas sem as características de pessoa jurídica, de fundo patrimonial e funcional.

Desejaria abordar aqui também com amplitude os problemas do controle financeiro e do recurso hierárquico. Direi apenas, para não estender este exame, que o controle financeiro, bem como o recurso das decisões dos administradores, vão obedecendo em nosso regime a uma subordinação hierárquica, através dos Ministros de Estado, salvo naturalmente em algumas entidades como certos Institutos (do Mate, do Açúcar e Alcool, etc.), mais autônomos, mais fechados à influência dos órgãos propriamente administrativos, sem que isto exclua o controle final do Presidente da República através de órgãos de controle financeiro especiais.

Em relação às "contribuições arrecadadas, pelas autarquias", verifica-se o exercício de uma delegação do Estado, e assim o entendemos porque não se poderia tornar exequível a arrecadação, sem a ação coercitiva, sem que a função estivesse revestida dos característicos de uma ação coatora, privativa do Estado.

E aqui rememoramos o que dissemos, de início, sobre esta função estatal e a dilatação do poder coercitivo como sistema de equilíbrio.

Estas contribuições, entretanto, dado o seu destino especial, tratando-se de serviços divisíveis em sua essência e em sua forma, revestem-se de todos os característicos das taxas em sua conceituação moderna.

Também a delegação do Estado se verifica na esfera repressiva disciplinar e administrativa, porque ela se exerce não somente dentro do grupo e das instituições, segundo o conceito preciso de Brethe de la Gressaye, mas também em relação a todos os que direta ou indiretamente estão em relação com o instituto artárquico.

E, como exemplo desta afirmação, sobre a qual também não nos podemos infelizmente estender, aí está o regulamento do Instituto do Mate, baixado com o decreto n. 10.755, de 30 de outubro de 1942, cuja leitura recomendamos.

Diferente em sua estrutura jurídica e em sua expressão econômica é a sociedade de economia mista — forma interessante da participação do Estado nos grandes empreendimentos industriais e financeiros.

Por este meio o Estado supre a deficiência do capital particular, nacionaliza empresas de nacionalidade suspeita ou duvidosa, exerce com a colaboração dos particulares e da economia privada, funções estatais, anima as iniciativas particulares com vantagens e privilégios sem os quais seriam inexecutáveis. Por meio deste sistema, construiu-se em um período de paz e de equilíbrio, uma parte da indústria alemã, as grandes iniciativas financeiras de colonização do Norte da África, inclusive o Canal de Suez, o Banco de Marrocos, o petróleo de Mossul, etc.

O prestígio da economia mista se estende hoje a todos os países, atingindo até as organizações da economia russa, dos *Torgs mixtos*, incentivo do Estado a certas atividades privadas. Seria longo aqui discriminar todas as iniciativas devidas a esta forma de empresas, modo de agir, segundo pretendem alguns, do moderno socialismo moderado, receioso de uma estatização muito radical.

Entre nós, aí estão as grandes iniciativas: o Banco do Brasil, o Banco de Crédito da Borracha, a Companhia Siderúrgica e a Companhia Vale do Rio Doce.

Há também toda uma doutrina, a construiu sobre o assunto. Natureza do patrimônio, medida da integração no Estado, privilégios fiscais, etc.

Deixamos estes problemas apenas colocados, como demonstração de que também aqui muito existe para construir.

A regulamentação dos serviços de utilidade pública

Um exemplo típico do desenvolvimento do nosso direito administrativo encontra-se no capítulo das concessões de serviço público, em caminho franco para uma regulamentação, subordinando os contratos feitos pelo Estado a um regime legal enquadrado na teoria dos contratos dirigidos e da regulamentação legal dos contratos.

Consiste, afinal, a regulamentação na aplicação de um sistema de controle, pelo Estado, das empresas concessionárias, afim de manter o equilíbrio econômico entre os interesses das empresas e dos consumidores.

Foi a revolta contra as empresas de Estradas de Ferro, a especulação, a sede de lucros extorsivos, a origem do movimento grangista nos Estados Unidos e do qual resultou toda esta formidável construção jurisprudencial iniciada com o famoso caso *Mun v. Illinois*, revivido na não menos famosa decisão no caso *Smyth v. Ames*, e que serviu de base a muitas outras decisões, estas iluminadas pelos conceitos de homens notáveis como Brandeis, Stones, Holmes, Taft, Hughes, mistos de juristas e economistas e que souberam tão bem identificar as controvérsias jurídicas com os interesses econômicos e políticos em jogo.

A verdade é que de tudo isto resultou uma nova concepção jurídica dos contratos de concessões, numa permanente aplicação da velha cláusula *rebus sic stantibus* às normas contratuais, especialmente às tarifas dos serviços de utilidade pública.

Já os autores franceses, aliás, reconheceram sempre à matéria de tarifas um caráter regulamentar que lhe conferia uma maleabilidade pouco conciliável com a estrutura rígida dos contratos.

O interesse em torno de todos estes assuntos, é enorme, e, no terreno jurídico, as indagações são tanto mais curiosas quando se penetra nas relações existentes entre os argumentos de ordem econômica e financeira e as teses jurídicas aplicáveis na interpretação dos contratos.

A questão do custo histórico e do custo atual, para efeito da fixação de tarifas e da encampação, o que se deve entender por tarifas razoáveis e tarifas confiscatórias, a medida da intervenção do Estado neste setor e os órgãos que exercem diretamente ou, por delegação, estas funções — eis os numerosos capítulos novos desta parte do Direito Administrativo.

Deus me livre de tentar sequer penetrar profundamente nestes setores por meio de uma esplanção mais detalhada do assunto: iríamos muito longe. Limite-me apenas a dizer-vos que o problema das concessões tomou entre nós um rumo inteiramente imprevisto, nestes últimos vinte anos. Devemo-lo ao Código de Águas, em cujo projeto Alfredo Valladão abriu novos horizontes ao nosso direito administrativo e, mais tarde, às Constituições de 1934 e 1937 que acharam de incluir em seus dispositivos normas sobre a fixação de tarifas.

Tribunais e juizes especializados

Quando se discutiu, perante a comissão chamada do Itamaratí, e que, sob a presidência do eminente jurista Afranio de Melo Franco, elaborou o ante-projeto da Constituição de 1934, o problema da organização judiciária, tivemos ocasião de apresentar uma emenda que acho agora de referir para justificar o meu ponto de vista em torno do tema — Juizes e Tribunais Especializados.

Dizíamos, então, que, além do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, a Justiça também seria constituída por tribunais especializados cuja criação se tornasse necessária.

A emenda foi combatida notadamente pelo saudoso Ministro Arthur Ribeiro, mas acabou prevalecendo, afinal, com a redação do Sr. João Mangabeira, que dizia: "Juizes e tribunais que a lei ordinária criar", redação que, entretanto, não alterava em substância o pensamento da minha emenda, com mais amplitude.

Previa eu, ali, a penetração do Poder Judiciário nos setores especializados da administração, com a aplicação de normas jurídicas e os processos técnicos especializados na solução de controvérsias alheias à esfera puramente do direito privado.

Não vingou a idéia nas Constituições posteriores, mas, na realidade, a falta se faz sentir porque o congestionamento dos órgãos existentes revela, apenas, a necessidade de uma ampliação dos quadros judiciários, na proporção das novas exigências e da afluência cada vez maior de processos.

Neste ponto, o direito judiciário se aproxima do direito administrativo, ou melhor, este vem pedir ao direito judiciário os elementos indispensáveis para a solução dos seus problemas fundamentais.

E' um velho tema este do contencioso administrativo, e o da Justiça administrativa, mas que tem de ser encarado agora sob um prisma novo, principalmente nos países em que o judiciarismo ainda constitue a base de toda a estrutura jurisdicional, mesmo quando se trata da apreciação dos atos de administração ou de governo.

A criação de tribunais puramente administrativos, em seus elementos, na sua composição, em seus processos de julgamento, constitue solução nem sempre satisfatória porque ou subtrai o conhecimento da controvérsia ao julgamento das instâncias judiciárias, ou cria uma instância intermediária, numa complicação desnecessária, que só acarreta a demora da solução definitiva dos litígios. A Constituição de 1934, tentou a criação de um tribunal superior administrativo, mas a tentativa não poderia surtir efeito dada a complexidade do aparelho que se pretendia criar.

Outra solução é aquela adotada na Argentina, de uma instância judicial de recurso das decisões administrativas.

A solução, entretanto, viria quebrar o nosso velho sistema das duas instâncias judiciais, porque, entre nós, ao contrário da Argentina, não existe o contencioso administrativo.

A solução, a meu ver, estaria no sistema Americano, sem quebra da nossa estrutura judiciarista, mas adaptando a organização dos nossos tribunais às exigências técnicas da justiça moderna.

Nenhuma razão existe para considerar-se necessária a criação de Câmaras criminais, para as quais são escolhidos de preferência juizes mais afeitos ao estudo das ciências penais, e não existem instâncias especializadas para julgamento de questões fiscais ou administrativas cuja complexidade é infinitamente maior.

Não queremos levar o critério da especialização às últimas consequências, mas se nos afigura extremamente difícil para um juiz, leigo aos assuntos administrativos, o exame das controvérsias surgidas em torno das classificações aduaneiras, de impostos diversos, só para citar os casos mais comuns.

Nós mesmos, mais afeitos a este gênero de estudos, muitas vezes nos perdemos no seu exame, diante de um processo administrativo e das intrincadíssimas pautas aduaneiras.

Não menores inconvenientes encontramos na apreciação, dentro dos métodos atualmente empre-

gados, por juizes e tribunais ordinários, das questões que versam sobre patentes e marcas. Falta na organização dos juizes e tribunais até um aparelhamento adequado e a necessária técnica de que se possa o juiz socorrer para conhecimento completo da verdade.

E quantas horas não perdem esses juizes no aprofundamento e pesquisas sobre os dados técnicos, muitas vezes sem que a este trabalho penoso corresponda um resultado satisfatório.

O pleno conhecimento da verdade, a posse de todos os dados indispensáveis ao exame da controvérsia, constituem os elementos necessários à boa distribuição da justiça. Ora este resultado, a nosso ver, só será obtido com a criação de instâncias especializadas, *ratione materiae*, instâncias incluídas no quadros da justiça comum.

No estado atual da nossa organização judiciária, bastaria um Tribunal de Apelação Federal dividido em câmaras, constituído de juristas e juizes afeitos a este ramo de estudos.

Caberia, das suas decisões, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, que ficaria aliviado de todos os recursos ordinários que lhe sobrecarregam atualmente os trabalhos.

A composição deste Tribunal Judiciário administrativo e fiscal, dependeria de um estudo estatístico em que se teria de apurar a quantidade de trabalho que teriam de suportar os seus membros, levando-se em conta, igualmente, a capacidade média de trabalho dos juizes que compõem os nossos tribunais.

Nos Estados Unidos, tem-se orientado neste sentido o desenvolvimento da chamada justiça administrativa. Ali, numerosas Cortes foram criadas, cuja função especifica demonstra a necessidade de uma especialização maior dos órgãos jurisdicionais.

Em um trabalho notavel, o deão da Escola de Harvard, James Landis, teve ocasião de abordar o problema e de mostrar a necessidade da constituição de instâncias especializadas onde mesmo a técnica do julgamento pudesse caracterizar a natureza das controvérsias e onde os julgamentos atendessem, não somente à obediência do princípio da supremacia da lei, mas também à importância do contacto dos homens com os fatos e a realidade.

E nem outro pode ser o ideal de todos quantos veem na Justiça apenas um instrumento da ordem

jurídica, considerada esta, em sua concepção mais perfeita, do equilíbrio social e econômico.

Isto quanto aos órgãos propriamente judiciais, mas outros problemas temos, agora, de enfrentar, porque o debate se terá de generalizar abrangendo outro terreno, qual o de atribuir-se a entidades administrativas o exercício de funções jurisdicionais.

A questão já foi colocada no anteprojeto do Código de Águas, da lavra do ilustre Ministro Alfredo Valladão. Ali se propunha a criação de Comissões de Serviço Público, uma federal, com numerosas delegações estaduais, em cuja competência se incluía a de "Processar e decidir todas as questões entre as empresas e o público a respeito dos fornecimentos dos serviços e contratos respectivos" (art. 221 — XI).

Compreendia-se, portanto, de modo expresso, a função jurisdicional, sem falar nas demais que, pela sua natureza específica e técnica, não excluem a apreciação de relações de direito.

Refiro-me, especialmente, à de fixar tarifas, mantendo o necessário equilíbrio entre as empresas e os consumidores.

Não excluiu o projeto o recurso judicial, afim de proteger devidamente os direitos porventura lesados pelas comissões, sem que, entretanto, o exame judicial, de acordo com a Jurisprudência Americana, pudesse penetrar na matéria de fato, restrita apenas à proteção dos direitos.

E entre estes direitos também se include o exame do mérito das tarifas nos casos em que, por ínfimas, devam ser tidas como confiscatórias, ou, finalmente, quando injusta a decisão proferida pela Comissão.

Não foi aceita a sugestão do anteprojeto, não obstante o brilho com que o defendeu o seu autor. Mas, já agora, a idéia volta em termos não menos precisos na declaração de princípios firmados por uma parte da comissão encarregada de elaborar o projeto de regulamentação dos serviços públicos, declaração firmada por Anhaia Mello, Alves de Souza, Bilac Pinto e Plínio Branco.

Ali se afirma que a regulamentação somente será efetiva se as comissões de serviço público exercerem funções administrativas, jurisdicionais e normativas, sem recurso para os tribunais ordinários e autoridades administrativas.

Esta tese foi, aliás, também sustentada por Bilac Pinto, em seu livro sobre Regulamentação efetiva dos Serviços de utilidade pública.

Atribue-se, portanto, às comissões, o exercício pleno de todos os poderes, sem recurso, sem exame judicial de suas decisões, nem quanto à justiça nem ao direito.

Desejaria aqui trazer ao debate a jurisprudência americana, a opinião de toda uma aluvião de escritores que trataram do assunto nos Estados Unidos, mostrando a complexidade dos problemas centrais da regulamentação, desde os critérios usados na fixação das tarifas, até às controvérsias surgidas em torno desses critérios perante as instâncias judiciais americanas.

Mas isto foge ao tema por nós traçado.

Basta dizer que nos Estados Unidos não seria possível, à luz da emenda n. XIV da Constituição, e em face da regra do *due process*, sonegar ao conhecimento do poder judiciário tudo quanto atingir aos direitos essenciais dos cidadãos.

E assim também o entendemos, por mais obsoleto que se nos afigure o mecanismo de certas instituições ainda existentes em nosso país. O que se nos afigura recomendável é a boa articulação de uma instância judiciária especializada, tecnicamente aparelhada, e uma instância judicial superior que possa assegurar a perfeita obediência às normas jurídicas e proteger os direitos violados pelas instâncias administrativas.

Não podemos omitir, tratando dessa função jurisdicional exercida por órgãos estranhos ao poder judiciário, o que dispõe o Estatuto da Lavoura Canavieira, baixado pelo decreto-lei n. 3.855, de 21 de novembro de 1941.

Aquele diploma legal atribuiu a comissões especiais a solução da controvérsia entre fornecedores e recebedores, bem como naqueles litígios decorrentes de contratos de locação de terras de lavoura, com recursos administrativos e processo peculiar.

Mas, embora sujeito a restrições quanto aos prazos e condições, não excluiu o estatuto da lavoura a apreciação judicial das decisões definitivas, à condição que sejam definitivas, que tenham sido interpostos todos os recursos administrativos e a ação proposta dentro de 60 dias sob pena de preempção.

No mesmo sentido podemos também mencionar o Tribunal Marítimo Administrativo, cujas decisões não escapam ao exame judicial, bem como a Câmara de Reajustamento Econômico.

São exemplos, todos estes, que definem as tendências do direito moderno e a influência que o direito administrativo vai tomando na construção dos órgãos jurisdicionais.

Eu quizeria tratar aqui de outros problemas que revelam as tendências modernas do Direito Administrativo, como a questão da Codificação do Processo Administrativo, da delegação das funções normativas, de legislação secundária, emanada de órgãos administrativos menores, enfim, da transformação da estrutura do Estado, inclusive de todos estes órgãos consultivos e técnicos que completam a organização do Poder Executivo. Todos esse problemas estão ligados às transformações do direito administrativo em sua função disciplinadora da ação centralizadora e autoritária do Estado moderno; mas seria estendermos demasiado esta dissertação. O que se verifica de todo o exposto é uma crescente preponderância das soluções racionais e técnicas sobre as soluções puramente empíricas, é enfim uma tendência democrática acentuada, no sentido da participação cada vez maior de todos os elementos de vida, de atividade, na estrutura administrativa do Estado moderno, tão bem realçada por Harold Laski.

Não é sem um certo temor que abordamos estes problemas, nas vésperas de uma transformação social e econômica, cujas tendências gerais podem apenas ser vislumbradas através de toda a tragédia que abala o mundo.

E' preciso, entretanto, refletir sobre a experiência do passado, pesar os benefícios e os erros da civilização que se extingue, para deles tirar os ensinamentos que o sofrimento e as lutas não podem fazer esquecer.

Existe um direito novo em formação baseado em princípios de solidariedade humana. Devemos colaborar todos com a inteligência e com o coração para o estabelecimento de novas formas de equilíbrio, sem preconceitos e vacilações, mas com a consciência alerta na defesa do patrimônio moral e espiritual sobre o qual se assentam as nossas tradições jurídicas.

Não devemos, porem, temer as novas instituições, porque elas correspondem aos anseios de todo o mundo.

Agradeço a atenção que me dispensastes e espero que desta Casa saiam os estudos, as sugestões que representem valiosa colaboração para a construção do direito de amanhã.