XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONOMICA E REGULAÇÃO

FABRICIO BERTINI PASQUOT POLIDO

ANTÔNIO DE MOURA BORGES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T772
Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Antônio de Moura Borges, Fabricio Bertini Pasquot Polido – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-207-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Transformações na ordem social. 3. Transformações na ordem econômica. 4. Regulação. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONOMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

No dia 7 de julho de 2016, por ocasião do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, na Universidade de Brasília- UnB, estiveram reunidos os participantes do Grupo de Trabalho "Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação", sob a coordenação dos Professores Dr. Antônio de Moura Borges (UnB) e Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido. Em momento extremamente oportuno para um repensar crítico das questões interdisciplinares de pesquisa envolvendo direito econômico, direito financeiro, direito constitucional e teoria da regulação, os trabalhos foram conduzidos de modo a oferecer a todos perspectiva sistemática sobre os seguintes eixos principais:

i) macroestrutura da regulação normativa envolvendo as ordens econômica e social, com interfaces constitucionais e globais;

ii) regulação da atividade econômica e setores de infraestrutura e serviços;

iii) ordem tributária, financeira e política fiscal; e

iv) ordem social, educação, ciência e tecnologia.

Os artigos submetidos, desse modo, representaram a possibilidade de discussão mais aprofundada sobre temas nestes eixos principais, que ora são introduzidos aos leitores. No primeiro bloco, o artigo "A RECONFIGURAÇÃO DO PODER NA SOCIEDADE GLOBALIZADA: O PAPEL DOS ATORES ESTATAIS E NÃO ESTATAIS", de Giovanni Olsson e Eduardo Baldissera Carvalho Salles, analisa o exercício do poder pelos atores estatais e não estatais na sociedade globalizada, tendo como referencial a emergência do projeto filosófico da modernidade e suas premissas teóricas, passando pela globalização como fenômeno histórico e suas principais características e a centralidade do Estado e concorrência de atores não-estatais no quadro das "governanças sem governo", que estruturam, segundo os autores, uma forma de "novo medievalismo" global. No artigo "LEX MERCATÓRIA: PODER CONFLITUAL OU PODER CONSENSUAL COM A ORDEM JURÍDICA ESTATAL?", Fabiano Derussi discorre sobre os problemas conceituais da Lex Mercatória como espécie de pluralismo jurídico e de expressão do poder, vislumbrando ali uma vertente de poder conflitual e consensual ante a ordem jurídica estatal. Na sequência,

Taísa Regina Rodrigues e Higor da Silva Biana, em “A REGULAÇÃO DO MERCADO À LUZ DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA”, oferecem uma reflexão sobre os conceitos da Teoria de Justiça de John Rawls e expõem a concepção do mercado como um “fenômeno poliédrico”, determinante para a compreensão de como a regulação do mercado constitui um (ou o) dos principais instrumentos de atuação do Estado na concretização dos objetivos de um projeto de sociedade capitalista. No artigo “A LIBERDADE ECONÔMICA E AS EXTERNALIDADES DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA: O TEUTO, OS STAKEHOLDERS, A DIGNIDADE HUMANA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS”, Edison Miguel Rodrigues examina o contexto do negócio de alienação do Laboratório Teuto para a Pfizer e o artificialismo resultante dos números de Ebtida sobre o aumento da produção e consequente redução da qualidade dos medicamento. Nesse sentido, o autor sustenta de que forma a liberdade econômica pode ser colidente com com preocupações de proteção da dignidade humana e do interesse da coletividade (stakeholders) para viabilizar investimentos nas áreas de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação, por meio de políticas públicas. Giovani Clark e Maria Jocelia Nogueira Lima apresentam importante estudo crítico intitulado “PBH ATIVOS S.A.: UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ÀS AVESSAS?”, refletindo os excessos e inconsistências da constituição de empresas controladas pela Administração Pública direta, sob a forma de sociedade anônima, em vários entes federados (São Paulo, Minas Gerais, Município de Belo Horizonte), com o objetivo de realização de operações de cessão de direitos creditórios de natureza tributária ou não tributária, tendo como referencial o caso da “PBH Ativos S.A.” em Belo Horizonte, Minas Gerais. No trabalho “CORRUPÇÃO POLÍTICA E CRIMES ECONÔMICOS E A CONSEQUENTE INEFICIÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS”, Abimael Ortiz Barros e Fernando Gustavo Knoerr abrem espaço para a discussão sobre a criminalidade econômica, especificamente sobre os efeitos dos crimes econômicos e da corrupção na sociedade e Estado Democrático de Direito, buscando analisar se políticas estatais têm capturado a realidade examinada. Em instigante estudo de Marlene Kempfer e Philippe Antônio Azedo Monteiro, intitulado “A REGULAÇÃO ECONÔMICA E O DIREITO DE PROPRIEDADE: NORMAS PROMOCIONAIS DE ACESSO E PERMANÊNCIA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NO MERCADO”, são oferecidos aportes teóricos a sustentar os mecanismos de intervenção do Estado na atividade econômica sob fundamentos e políticas promocionais, capazes de induzir ambientes de estímulo a micro e pequenos empresários, em suas iniciativas de ingresso e manutenção nos mercados. Entre os argumentos, encontram-se o de regularização dos ativos e redução da informalidade, a propósito de medidas adotadas pela Lei Complementar 123/2006, que originou um sistema federativo para inclusão e fomento de micro e pequenos empreendimentos.

No segundo eixo temático dedicado à questões sobre regulação da atividade econômica e setores de infraestrutura e serviços, Gabriel Fliege de Lucena Stuckert, em seu artigo “A REGULAÇÃO À LUZ DO STF”, examina, a partir de pesquisa jurisprudencial associada às orientações do Supremo Tribunal Federal, as possíveis variáveis de análise do tema da regulação segundo a perspectiva dos tribunais brasileiros. O autor concentra sua análise m marcos conceituais sobre a teoria da regulação, os contextos de destaque do tema no Brasil, particularmente durante o processo de privatização e de criação de agências reguladoras no final da década de 1990 e anos 2000. No trabalho “ASPECTOS REGULATÓRIOS DO SETOR ELÉTRICO E OS IMPACTOS DECORRENTES DA IMPLANTAÇÃO DE LINHAS DE TRANSMISSÃO”, Daniel Monteiro sustenta a necessidade de análise dos aspectos regulatórios e dos impactos resultantes da implantação de sistemas de transmissão de energia elétrica, passando pelas estruturas e equipamentos destinados à prestação do serviço público de transmissão e distribuição de energia elétrica, além de constrições públicas relacionadas, como limitações no uso das propriedades e incidência de normas ambientais. Na sequência, no artigo “A COMPETÊNCIA REGULAMENTAR DA ANEEL: LIMITES DE ATUAÇÃO SOB A ÓTICA DO CASO DA RESOLUÇÃO 500/2012”, Larissa Urruth Pereira e Luciana Oliveira de Campos discutem os desdobramentos da Reforma do Estado, na década de 1990, quanto à adoção do modelo regulatório resultante para a gestão e normalização do setor elétrico brasileiro, estruturado, fundamentalmente, sob autarquias em regime especial, com competências normativas e técnicas sobre mercados ‘desestatizados’. Como proposta de estudo, as autoras voltam-se para a Resolução n. 500 /2012 da ANEEL, que estabelece os procedimentos para reembolso do custo de combustíveis de empreendimento que utilize carvão mineral nacional. No trabalho “A FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DA ANATEL PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO”, Gustavo Brasil Romão e Silva sustenta a demanda de maior atuação de órgãos públicos na tarefa de assegurar melhor prestação dos serviços de telecomunicações no Brasil, e que seria de competência da ANATEL não apenas o poder de polícia e fiscalização das empresas concessionárias de serviço público de telecomunicações, mas também o poder regulatório estrito, com o que tanto práticas regulares quanto distorcidas deveriam estar sob o controle externo da agência pelo Tribunal de Contas da União. Rayana Pereira Sotão Arraes e Felipe Costa Camarão, no trabalho “PARA QUEM O MERCADO DEVE FUNCIONAR? UMA ANÁLISE DO CASO UBER NO BRASIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS”, debatem a polêmica quanto à necessidade de regulamentação da atividade de transporte individual de passageiros nos serviços oferecidos mundialmente pelo aplicativo Uber, refletindo sobre questões relativas à natureza do serviço, como objetivos de proteção dos consumidores. As autoras posicionam o leitor sobre a perspectiva de (i) legitimidade do cerceamento da liberdade de iniciativa da empresa, em defesa do serviço não regulado. Sobre esse mesmo tema, no artigo “O IMPACTO DA INOVAÇÃO

TECNOLÓGICA NO MERCADO REGULADO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL", Marcelo Simões dos Reis analisa o contexto de entrada de diversos aplicativos de smartphone que conectam motoristas e usuários no mercado de transporte individual, observando a redução dos custos de transação no setor. Chama a atenção para o fato de que a popularização do Uber tem demonstrado como a tecnologia móvel veio desafiando e ameaçando o modelo tradicional. Em "UMA PROPOSTA DE REGULAÇÃO PARA AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS", Bruno Henrique Taveira examina o surgimento e normas relativas às incorporações imobiliárias, concentrando-se na origem do instituto, na análise de sua disciplina legislativa no Brasil, com propostas de criação de uma autarquia ou agência reguladora federal para fiscalizar as incorporações imobiliárias no Brasil.

No terceiro eixo temático "ordem tributária, financeira e política fiscal", Fernanda Adams e Rafael Lima Torres oferecem seu artigo "A ANÁLISE DA POLÍTICA FISCAL BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DAS SOLUÇÕES KEYNESIANAS PARA SUPERAÇÃO DA CRISE ECONÔMICA CAPITALISTA". O trabalho busca demonstrar de que forma o pensamento keynesiano sobre políticas fiscais e suas soluções, no campo fiscal, são base para repensar o reequilíbrio econômico e diminuição dos efeitos da recessão, tendo em mente a proposta de análise sobre a realidade brasileira e os ajustes fiscais propostos pelo governo, para ao final concluirmos se as medidas propostas convergem com as soluções apresentadas por Keynes e se poderão atuar como anticíclicas, reequilibrando o sistema econômico. Em seguida, em "TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL E INCLUSÃO SOCIAL PELA EDUCAÇÃO: A SUBVENÇÃO EDUCACIONAL PREFERENCIAL DO CHILE", André Murilo Parente Nogueira e Manuella de Oliveira Soares observam a necessidade de uma tributação que atenda às necessidades do Estado Democrático de Direito, um Estado Extrafiscal, concebido sob uma perspectiva não puramente arrecadatória, mas que destine tributos como meio para consecução da justiça fiscal e distributiva. Em "O RECONHECIMENTO DO REGIME DE COMPETÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE ACORDO COM AS NORMAS BRASILEIRAS DE CONTABILIDADE", Jeanne Marguerite Molina Moreira e Allyne Marie Molina Moreira debates os rumos da disciplina da Contabilidade Pública e das Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público, transformadas segundo internacionais. O estudo objetivou analisar a relevância da adoção do regime de competência para o reconhecimento dos créditos tributários na Prefeitura Municipal de Fortaleza.

Por fim, os trabalhos conduziram ao último eixo "ordem social, educação, ciência e tecnologia", com importantes aportes dos participantes do GT. Em seu artigo "A AGENDA DO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DA LEI Nº. 13.019/2014", Verissimo Nascimento Ramos Dos Santos buscou

demonstrar as principais mudanças introduzidas pela Lei nº. 13.019/2014 e pela Lei n. 13.204 /2015, que instituíram o marco regulatório das organizações da sociedade civil. Segundo o autor, o processo de regulação que vinha historicamente esquecido, toma novos rumos a partir da edição da nova lei, com novos instrumentos jurídicos voltados para a contratualização com o Estado, em homenagem à segurança jurídica. Em "A "INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO" E SEUS LIMITES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO JULGAMENTO DA ADI Nº 1.923/DF", Alessandra Matos de Araujo sustenta o objetivo de garantia da supremacia da Constituição pelo controle de constitucionalidade das leis, examinando o caso da ADI n. 1.923/DF no exame da Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998, no domínio das Organizações Sociais e prestação de determinados serviços públicos. Bárbara Dias Cabral oferece o artigo intitulado "O EXERCÍCIO DO DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO ESCOLAR NO MUNICÍPIO DE MANAUS", de modo a explorar a legislação e programas governamentais vigentes referentes à alimentação escolar no município de Manaus e empreender uma resposta ao questionamento sobre os instrumentos de observância e respeito ao direito social à alimentação escolar no município de Manaus. Em "TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO ESTADO GERENCIAL E DAS TEORIAS DO NOVO CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO", Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes e Danúbia Patrícia De Paiva discutem a necessidade de transformação da ordem social para adequação da administração pública aos parâmetros do Estado Gerencial com fundamento nas teorias sobre o "novo" Centro do Direito Administrativo, e a consecução da eficiência na prestação positiva do direito à saúde.

Prof. Dr. Fabricio Bertini Pasquot Polido (UFMG)

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges (UCB)

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL PARA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO ESTADO GERENCIAL E DAS TEORIAS DO NOVO CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

CHANGES IN SOCIAL ORDER TO PROTECT THE RIGHT TO HEALTH IN STATE PERSPECTIVE MANAGEMENT AND THEORIES NEW ADMINISTRATIVE LAW CENTER

Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes
Danúbia Patrícia De Paiva

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo discutir a necessidade de transformação da ordem social para adequação da administração pública aos parâmetros do Estado Gerencial com fundamento nas teorias sobre o "novo" Centro do Direito Administrativo, como principal objetivo de buscar a eficiência na prestação do direito à saúde. O uso das novas teorias do Direito Administrativo faz-se de suma importância para implementar o Estado Gerencial na Administração Pública Brasileira buscando uma maior adequação aos parâmetros do Estado Democrático de Direito e consequente efetividade a proteção do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde, Estado gerencial, Transformação da ordem social, Atuação estatal

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to discuss the need for transformation of the social order to adjust public administration to managerial state parameters on the basis of the theories about the "new" Administrative Law Center, the main objective of seeking efficiency in the provision of the right to Cheers. The use of new theories of administrative law makes it extremely important to implement the State Management in the Brazilian Public Administration seeking greater adaptation to the Democratic State parameters of law and consequent effective protection of the right to health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Managerial state, Transformation of the social order, State action

1- INTRODUÇÃO

Atualmente, a administração do Estado Brasileiro vem enfrentando severas críticas a sua estrutura burocrática e patrimonialista de administrar o Estado, em setores como pessoal, contratações públicas de infraestrutura, instrumentos de gestão de atos administrativos, políticas públicas,e principalmente na transformação da ordem social.

Diante de tal situação, realizou-se o presente trabalho, apontando-se como problema a ser discutido: seria possível utilizar os parâmetros do Estado Gerencial implementado desde a emenda 19 da Constituição da República - CR/88 juntamente com o novo Centro do Direito Administrativo na busca de efetividade de políticas públicas, em especial a proteção ao Direito à Saúde?

Em verdade, o que se verifica é a necessidade do Poder Público, administração direta e indireta, viabilizar por meio dos fundamentos do novo Centro do Direito Administrativo, qual seja, o Procedimento e a Relação Jurídica, desenvolvidas pelas escolas jurídicas Italiana e Alemã, respectivamente, a função administrativa sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

Ambas as teorias apresentam uma nova perspectiva diversa do Ato administrativo que melhor se adéqua as realidades propostas pelo Estado Gerencial como forma de buscar, através do resultado proposto pela pesquisa, a identificação de instrumentos capazes de efetivar direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Assim, o tema foi investigado inicialmente por uma análise da evolução dos paradigmas da administração pública brasileira, patrimonialista, burocrático e gerencial até a última reforma do aparelho estatal que foi consolidada pela emenda 19 da CR/88.

Nesse sentido a pesquisa apresentou a necessidade de mudança da atuação estatal em relação as políticas públicas para a proteção ao direito de saúde no ordenamento jurídico brasileiro.

Por essas razões, se propõe uma análise para verificar a necessidade de adequação do Estado Gerencial às perspectivas apresentadas pelas teorias sobre o novo centro do Direito Administrativo, em especial no que se refere à política pública de saúde e sua consequente transformação na ordem social do Estado Democrático Brasileiro.

2 - PARADIGMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA- EVOLUÇÃO

O Direito Administrativo e o Direito Constitucional possuem origens e finalidades comuns tendo em vista o surgimento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do

Estado. No entanto, seguiram caminhos distintos, por conta da influência do Ordenamento Jurídico Francês. Durante o século XIX e início do século XX, o Direito Constitucional foi associado à política, sem força normativa que resultasse na aplicação imediata e direta das leis constitucionais (BARROSO, 2008).

Já o Direito Administrativo evoluiu como ramo jurídico autônomo, arrebatando a disciplina da Administração Pública. No entanto, com o término da Segunda Grande Guerra Mundial, verificou-se a necessidade de constitucionalização do Direito Administrativo e, consequentemente, uma regulamentação constitucional da Administração Pública (BARROSO, 2008).

Dentro deste enfoque, a administração pública brasileira desenvolveu novos paradigmas para acompanhar a evolução do Estado de Direito. No início do século XX o Estado Brasileiro vivenciou um poder oligárquico controlado pelos grandes "senhores de terras" (PEREIRA, 2006).

Diante do mencionado problema em que o particular se apropriava do Poder do Estado em decorrência do patrimônio que possuía, ocorreu uma grande mudança em meados dos anos de 1936. Constatou-se que neste período o Estado Brasileiro já caminhava no sentido de implementação do Estado Social de Direito.

Diante desta necessidade de ampliação da atuação estatal, a Administração Pública verificou nova alternativa ao modelo patrimonialista adotado. Assim, durante o referido período, o Estado Brasileiro implementou a Administração Pública burocrática moderna, a qual visava a separação clara entre o público e o privado, e também entre o político e o administrador público. Esse Estado possuía a sociologia de Weber como fundamento de legitimidade para a administração pública burocrata (PEREIRA, 2006).

Como forma de exemplificar a diferença existente entre a administração patrimonialista e a burocrata, apresentam-se os ensinamentos de Luiz Carlos Bresser Pereira:

> Se, no século XIX, a administração pública do estado liberal era um instrumento para garantir os direitos de propriedade - assegurando a apropriação dos excedentes da economia pela classe capitalista emergente -, no Estado desenvolvimentista, a administração burocrática era uma modalidade de apropriação dos excedentes por uma nova classe média de burocratas e tecnoburocratas. No Estado liberal, o preço da iniciativa empreendedora foi a concentração de renda nas mãos da burguesia, mediante mecanismos de mercado; no Estado desenvolvimentista, o excedente da economia foi dividido entre os capitalistas e os burocratas, que além dos mecanismos de mercado, usaram o controle político do Estado para enriquecimento próprio. Se, nos países desenvolvidos, a *res* publica não foi bem protegida pela administração burocrática dada sua ineficiência em administrar o Estado do Bem-Estar, nos países em desenvolvimento, a res publica foi ainda menos protegida, porque, nesses países, os burocratas não se dedicaram apenas à construção do Estado, mas também a substituir parcialmente a burguesia no processo de

> acumulação de capital e na apropriação do excedente econômico. (PERREIRA, 2006, 28 p.)

Diante da necessidade de desenvolver um novo paradigma para Administração Pública, o Estado Brasileiro iniciou o processo de implementação dos princípios básicos da burocracia clássica racional-legal durante o governo de transição de Getulio Vargas, nos anos da década de 1930 (DIAS, 2003).

Quanto a esse ponto, importante destacar que a reforma administrativa de Vargas possuiu direta relação com a implementação do Estado Social de Direito, pois se inseriu na conjuntura de consolidação, no Brasil, dos princípios basilares do Estado de Bem-estar social. Destaca-se, entretanto, que a reformulação administrativa de Vargas foi impositiva e autoritária, tento em vista o regime político existente durante a sua criação (DIAS,2003).

A criação do Departamento Administrativo de Serviço Público (DASP), simbolizou a implementação dos princípios da administração pública burocrática e consequentemente o marco da primeira reforma administrativa brasileira.(PEREIRA, 2006). O referido órgão possuía diversas competências atribuídas pelo Decreto-lei n.579/38, no entanto, aos poucos, deixou de ser um Departamento de apoio para desenvolver a função legislativa de caráter geral. Assim, a professora Maria Tereza Fonseca Dias apresenta algumas atribuições do DASP:

> Entre outras atribuições, o DASP era encarregado de coordenar, orientar e fiscalizar a aplicação de toda a legislação de pessoal, propondo as revisões que lhe fossem cabíveis; rever projetos de obras destinadas ao serviço publico civil; promover cursos de administração e de extensão; coordenar a carreira de técnico de administração. propor a formação de carreiras; prestar serviços de publicidade e coordenar a elaboração de Revista do Serviço Publico - que foi o principal veiculo de divulgação das ideias propugnadas pela Reforma Administrativa da época. (DIAS, 2003, 177p.)

No entanto, a Reforma Administrativa de Vargas se enfraqueceu por diversos fatores. Durante esse período o Estado se preocupava mais em controlar a Administração Pública do que com a prestação do serviço público, resultando na concentração do poder e sua centralização da atuação estatal em um único órgão, o DASP, bem como outros aspectos. (DIAS, 2003)

Não obstante, em 1967, o Estado Brasileiro iniciou sua segunda reforma administrativa no mesmo ano em que ocorreu a mudança da ordem constitucional anterior, a Constituição de 1946. Para Bresser Pereira, a reforma ocorrida durante a ditadura militar pode ser denominada de *Desenvolvimentista*, pois visava à distinção clara da administração direta e indireta, e assegurava às autarquias, fundações e empresas estatais uma maior autonomia de gestão (PEREIRA, 2006).

A referida reforma estabelecida pelo Decreto-lei 200/67, possuia três pilhares(pilares) básicos de implementação, (i) organização administrativa, (ii) coordenação e controle, (iii) planejamento e fiscalização financeira e orçamentária (DIAS, 2003).

Quanto ao primeiro ponto, o decreto reformador apresentou uma harmonização através da doutrina e do direito positivo, com as ideias de Administração direta e indireta, conceituando de maneira técnica a descentralização e a desconcentração administrativa. Já o segundo ponto, relativo à coordenação e controle, destinou-se a instituição de controles pela Administração Pública como forma de fiscalizar a descentralização administrativa e as outorgas de competências (DIAS, 2003).

E o último e terceiro ponto acima mencionado (planejamento e fiscalização financeira e orçamentária), refere-se à instituição de um sistema de planejamento de resultado por meio de uma conjuntura de atividades programáticas do âmbito da máquina pública, tendo em vista os diversos planos econômicos elaborados no período de criação do decreto 200/67 (DIAS, 2003).

Para Bresser Pereira a reforma administrativa de 1967 pode ser considerada como o primeiro momento da administração gerencial no Brasil, pois foi uma tentativa de superar a rigidez burocrática do Estado, bem como a implementação dos três pilares acima demonstrados (PEREIRA, 2006).

No entanto, assim apresenta o referido autor as duas consequências indesejáveis e inesperadas ocorridas com o Decreto-lei 200/67:

> "De um lado, por permitir a contratação de empregados sem concurso público, facilitou a sobrevivência de praticas patrimonialistas e fisiológicas. De outro, por não se preocupar com mudanças no âmbito da administração direta ou central, que era vista pejorativamente como "burocrática" ou rígida, deixou de realizar concursos e de desenvolver carreiras de altos administradores. O núcleo estratégico do Estado, foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através da estratégica oportunista do regime militar, que, ao invés de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível selecionados através de concursos públicos, preferiu contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais". (PEREIRA, 2006, 244p.)

E por fim conclui,

> "Desta maneira, a reforma administrativa embutida no Decreto-lei nº 200/67, ficou pela metade e fracassou. A crise política do regime militar, que se iniciou já em meados dos anos 70, agravou ainda mais a situação da administração publica, na medida em que a burocracia estatal foi identificada com o sistema autoritário em pleno processo de degeneração." (PEREIRA, 2006, 245p.)

Com o fim do regime militar, passando pelo período de transição democrática até o primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, ocorreram diversos momentos antecessores à reforma gerencial de 1998. No entanto, o principal movimento ocorrido neste período foi o Programa Nacional de Desburocratização, idealizado em 1979 por Hélio

Beltrão. O referido programa possuía a finalidade de reduzir a interferência do Estado nas relações dos cidadãos e dos empresários (DIAS, 2003).

Porém, Bresser Pereira afirma que o período de transição do governo Sarney, a Promulgação da Carta da República de 1988, e os governos de Collor e Itamar, foram um retrocesso relativamente à estruturação administrativa do Estado brasileiro, pois ressuscitaram os ideais burocráticos dos anos de 1930, com a influência política do populismo que marcou os anos 1950. O mencionado autor argumenta que os partidos de transição eram democráticos, mas populistas. Além disso, o autor afirma que a Constituição da República de 1988 ignorou as novas orientações da administração pública moderna, ao consagrar princípios administrativos arcaicos e burocráticos ao extremo (PEREIRA, 2006).

Todavia, a partir do primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, criou-se o Programa de Reforma do Estado com o objetivo de implementar e discutir a teoria gerencial da Administração Pública, direcionada para o controle de resultados, eficiência, descentralização, produtividade e qualidade do serviço público e o papel do servidor (DIAS, 2003).

Assim, durante o mencionado período, iniciou-se um processo intenso de reforma administrativa com o objetivo de romper com ideais burocráticos do Estado Social weberiano. Para realizar a reforma gerencial, a Administração Pública brasileira sofreu influências dos regimes ingleses e norte-americanos, os quais possuíam como fundamento o conceito de Governo Empreendedor, como forma de implementar novos recursos que visam a maximizar a produtividade e a eficiência (PEREIRA, 2006).

Com o advento da Emenda Constitucional número 19/98, consagrou-se a implementação no Estado Brasileiro da Administração Pública Gerencial, que assim melhor se apresenta nas palavras de Luiz Carlos Bresser Pereira:

> "Novos paradigmas gerenciais: a ruptura com estruturas centralizadas, hierárquicas, formalizadas e piramidais e sistemas de controle 'tayloristas' são elementos de uma verdadeira revolução gerencial em curso, que impõe a incorporação de novos referenciais para as políticas relacionadas com a administração pública, virtualmente enterrando as burocracias..." (PEREIRA, 2006, 252p.)

Diante desse novo contexto gerencial da Administração Pública Brasileira, o Estado buscou instrumentos do direito privado para aprimoramento do desempenho estatal, de forma a introduzir no Direito Administrativo uma renovada ligação com o direito privado. O conceito clássico de contrato administrativo evoluiu, assim, para novas "ferramentas" de parceria e colaboração entre o público e o privado (GUIMARÃES, 2012).

Contudo, diante da atual realidade da Administração Pública Brasileira, constatou-se que o Estado Gerencial não foi devidamente implementado, pois instrumentos jurídicos que movimenta a máquina pública, como o ato administrativo, continuam sendo utilizados com base na doutrina clássica do Direito Administrativo. Assim, pretende-se demonstrar, no próximo item, a evolução do ato administrativo e as teorias que propõe uma nova leitura para o Centro do Direito Administrativo.

3 ATO ADMINISTRATIVO E O CONTEXTO DO ESTADO DE DIREITO

A teoria do Ato surgiu juntamente com o Direito Administrativo em razão dos mesmos motivos já apresentados acima, tendo em vista as influências teóricas de formação do Estado de Direito. O pensamento científico inicial de compreensão do Ato administrativo possui o reducionismo e a fragmentação como bases indutivas de uma concepção estática do ato, separada do processo, da atividade, do contexto político e das demais ciências. (MOREIRA, 2010)

Essa fragmentação e reducionismo (especialidades do modelo racionalista) não é algo peculiar do Direito Administrativo, mas sim uma corrente que influenciou outros ramos do Direito como o Direito Penal na divisão analítica da teoria do crime e o Direito Tributário na teoria do fato gerador. (MOREIRA, 2010)

O conceito do Ato administrativo foi uma criação finalística da ciência jurídica administrativista tendo como seu objetivo inicial a garantia de uma proteção legal eficaz para o cidadão contra os atos soberanos do Poder Público. (SILVA, 2003)

Em um primeiro momento, a ideia de Ato administrativo é utilizada para delimitar a atuação da Administração Pública. Contudo, por ter origem no princípio da separação dos poderes, possui estrita ligação ao contencioso administrativo, ao ponto de gozar de isenção de controle jurisdicional. Neste momento, a única fiscalização que o ato administrativo possuía era interna, realizada pela própria administração. (SILVA, 2003)

Assim, o conceito de ato administrativo passa a ser primeiramente considerado como uma garantia da Administração, para posteriormente servir como garantia dos particulares contra atos autoritários do Poder Público. Dentro do Estado de Direito Liberal, o Ato administrativo possui uma função dupla, pois, por um lado é compreendido como um benefício da Administração (manifestação do poder público no caso concreto) sendo um ato unilateral com efeitos coercitivos aos particulares. Por outro lado representa uma garantia dos

privados ao permitir uma defesa contra ações administrativas lesivas de seus direitos. (SILVA, 2003)

Portanto, destaca-se que inicialmente, dentro do contexto de Estado de Direito Liberal, o conceito clássico do ato administrativo se encontra mais bem demonstrado nas teorias do jurista alemão Otto Mayer e no Francês Maurice Hauriou. O primeiro afirma que o ato administrativo é uma manifestação de vontade autoritária da Administração Publica aplicável aos "*súditos*" no caso concreto, se aproximando com a sentença judicial. Já para o segundo, o poder que resulta do ato é uma realidade que se soma a uma conduta de vontade. (SILVA, 2003)

Contudo, necessária se faz a citação literal do professor Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da Silva sobre o seu conceito final do Ato administrativo. Assim, apresenta o referido autor:

> Em conclusão pode-se dizer que o conceito de acto administrativo é uma espécie de flor de estufa da dogmática administrativa clássica. Enquanto o conceito central de um sistema dogmático que representava a cristalização jurídica dos pressupostos ideológicos do Estado liberal, ele adequava-se na perfeição as circunstancias histórico-políticas do ambiente em que fora criado e teorizado. Ele era o fulcro de um sistema jurídico coerente e adequado às realidades da sua época. (SILVA: 2003, 70p.)

Desta forma o ato administrativo é contextualizado dentro do Estado de Direito Liberal, sendo um produto formado pelo Direito Administrativo em razão das circunstâncias históricas e políticas vividas neste período. (SILVA, 2003)

Porém a mudança do Estado Liberal[1] para o Social de Direito, tendo como consequência a transformação jurídico-política da organização do Estado, resultou também na alteração dos paradigmas do Direito Administrativo. Contudo, o conceito autoritário do ato administrativo continuara existindo e sendo aplicado dentro de um contexto totalmente diferente. (SILVA, 2003)

A teoria de implementação do liberalismo que originou a organização do Estado, passa a ser revista por um "*novo contrato social*" que a sociedade propõe na busca de atuações administrativas no campo social e econômico, com objetivo de garantir um bem estar aos cidadãos. O mencionado professor português, citando o jurista francês Pierre Rosanvallon utiliza a seguinte metáfora para melhor exemplificar o referido momento do Estado:

---

[1] Quanto ao Estado de Direito Liberal, importante apresentar a doutrina comparada do jurista Italiano Giorgio Bongiovanni o qual descreve com detalhes do período contratualista de Direitos com instrumentos de reivindicação de liberdade. " i diritti come pretesa di liberta." (BONGIOVANNI, 2011)

> Conforme escreve ROSANVALLON, este Estado-Providencia exprime a ideia de substituir a incerteza da providencia religiosa pela certeza da providencia estatal, procurando ajudar a resolver os problemas da integração dos indivíduos. (SILVA:2003, 74p.)

É esse novo paradigma que busca redefinir novas ideias ao modelo liberal para implementação de direitos que resolvam os problemas sociais dos cidadãos e que apresentavam a época uma necessidade de garantir ao ser humano, no plano econômico, social e cultural, uma forma de alcançar um fundamento existencial humanamente digno. (CANOTILHO, 2003)

Alguns regimes Constitucionais ocidentais procuraram realizar o chamado Estado Social de forma explicita acrescentando capítulos específicos sobre direitos econômicos e sociais em suas respectivas constituições. (SILVA, 2005)

Assim, com essa nova concepção de atuação do Estado, a Administração Pública perde um pouco sua característica agressiva quanto aos direitos com os particulares e passa a ser também compreendida como um mecanismo de realização de necessidades da sociedade. O resultado desta mudança foi o aumento da dependência do indivíduo pelo Estado. (SILVA,2003)

Importante descrever os ensinamentos da professora Maria Tereza Fonseca Dias quanto às mudanças ocorridas no Direito Administrativo em razão da implementação do Estado Social:

> No âmbito do Direito Administrativo, o paradigma do Direito materializado do Estado social representa uma reação ao paradigma do direito formal burguês consolidado na modernidade e às fortes influências do Direito Civil na formação do Direito Administrativo.(DIAS:2003, 147p.)

Dentro deste raciocínio podemos apresentar que o Ato administrativo também caminhou para não ser somente um instrumento autoritário de determinação do direito aplicável aos particulares, como também de garantia dos direitos fundamentais à sociedade. O ato administrativo deixa der ser compreendido como somente uma imposição do poder público, mas também um mecanismo de satisfação dos interesses privados. (SILVA, 2003)

A passagem do Estado Liberal para o Social mudou a forma de concepção da Administração Pública que deixou de ter uma atuação meramente executiva para se tornar a cada dia, mais prestadora de direitos fundamentais aos cidadãos. (SILVA, 2003)

Contudo, o Estado Social não consegue implementar suas ideias e acaba por se esgotar, sendo incapaz de continuar dando uma resposta satisfatória aos novos problemas apresentados pela sociedade. Existiram diversos motivos que resultaram na decadência do

Estado Social no ponto de vista do Direito Administrativo. A professora Maria Tereza Fonseca Dias ressalta os seguintes pontos:

> Do ponto de vista da Administração Pública, a crise do paradigma do Direito materializado do Estado Social é atribuída a uma conjunção de causas, tais como a concentração do espaço publico no Estado, o crescimento desmesurado da administração publica, a sua ineficiência, o aumento da burocracia e o agravamento das contribuições exigidas dos cidadãos para suportar as despesas crescentes da maquina estatal, bem como o aumento da corrupção - que se tornou um fato corriqueiro das Administrações Públicas em todas as partes do mundo. (DIAS: 2003, 151p.)

Diante das exposições acima apresentadas averigua-se que, nem o Estado Liberal de Direito, nem o Estado Social de Direito, possuíam como objetivo a concepção de um Estado Democrático. Isso se deve ao fato de que esse se baseia nos princípios da soberania popular, o qual determina a participação efetiva do povo na vida pública, na realização do princípio democrático como instrumento de assegurar os direitos fundamentais de todos os homens. (SILVA, 2005)

Assim, se emerge no Estado Democrático de Direito, a necessidade de aplicação do princípio da soberania popular que determina a participação efetiva e operante dos cidadãos na coisa pública, participação que não se esgota na formação das instituições representativas. Portanto, deve-se existir a participação do elemento popular na constituição do interesse do Estado e da Administração Pública. (DIAS, 2003)

Já o Ato administrativo ganha nova dimensão dentro deste contexto do Estado Democrático de Direito, pois pretende dar eficácia às relações com terceiros, sendo uma administração pública prospectiva, diferentemente do Estado Liberal e Social que nos quais a Administração era agressiva e prestadora, respectivamente. (SILVA, 2003)

Contudo, após essas evoluções do Estado e da Administração Pública acima apresentadas, o Ato administrativo não conseguiu "*esvaziar*" de forma igual, toda a universalidade existente nas relações da Administração com os particulares, tendo em vista as diversas relações jurídicas que se fundamentam, alteram ou finalizam de uma maneira totalmente diversa do próprio ato administrativo, deixando portanto de ser um mecanismo adequado para compor a realidade central da doutrina do Direito Administrativo. (SILVA, 2003)

Assim, diante da complexidade do Direito Administrativo contemporâneo é aceitável determinar um núcleo central? Se essa situação fosse possível, que terminologia deveria compor a base do Direito Administrativo? Deste modo, com intuito de buscar um novo centro, encontra-se duas correntes doutrinárias que apresentaram soluções como forma de atender as "*demandas*" que o ato administrativo já não mais conseguia resolver.

Neste contexto, apresenta-se a corrente da Relação Jurídica, desenvolvida pela doutrina alemã em que o Direito Administrativo precisa de um novo "*núcleo*" que possa fazer a ligação entre as concepções clássicas e as novas realidades Jurídica-administrativa como forma de compreender e agrupar toda a atuação da Administração Pública. (SILVA, 2003)

Já a segunda proposta, elaborada pela doutrina italiana, afirma ser o procedimento administrativo o novo centro para o Direito Administrativo, pois este regula tanto as decisões autoritárias e unilaterais como também determina comportamentos administrativos que antecipam a celebração dos contratos. (SILVA, 2003)

4 A RELAÇÃO JURÍDICA COMO NOVO CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Para a dogmática de matriz alemã, a "*relação jurídico administrativa*" deveria ser o novo eixo gravitacional do Direito Administrativo da atualidade. A referida doutrina, possui a ideia de ato administrativo como simplesmente um "*momento*", "*um fato*", da complexa relação existente entre a Administração Pública e o privado, relacionamento este que não se resume em atuação única, imperiosa e unilateral. (SILVA, 2003)

Para o Jurista Alemão Bachof, o ato administrativo é simplesmente uma "*fotografia instantânea*" que demonstra relações em movimento, pois ele (ato administrativo) baseia, inventa, ou coloca fim a uma relação jurídica, e esta é muito mais significante do que o ato finalístico para uma compreensão jurídica. Deste modo, a denominação de relação jurídica seria o conceito dogmático mais apropriado para o ajuste da atual situação existente entre a Administração Pública e os particulares. (SILVA, 2003)

O ponto principal desta doutrina é considerar a existência de relações jurídicas válidas entre a Administração Pública e os privados, e não simplesmente relações de poder, como pretendia a dogmática clássica liberal. Nessas relações jurídicas, Administração Pública e particulares agem como sujeitos de direito, sendo ambos titulares de direitos e obrigações mútuas. A teoria da relação jurídica busca, portanto, ultrapassar os obstáculos da dogmática clássica do ato administrativo, posto que a referida corrente doutrinária demonstra uma "*magnitude*" bem superior que a ideia de ato, unificando todas as formas e instrumentos de ação do Estado com a sociedade. (SILVA,2003)

Para a teoria alemã, o conceito de relação jurídica (administração e cidadãos) consente em elucidar os vários vínculos jurídicos que existem entre a Administração Pública e

os privados, antes e após a prática dos atos administrativos, estando umbilicalmente compatível com o Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2003)

Esta teoria, contextualiza a Administração Pública como o Estado Democrático de Direito, pois encontra na Constituição seus alicerces de legitimação dogmática. Dentro do espaço jurídico do Estado de Direito, a relação existente entre o Estado-Administração e os demais sujeitos de direito (sociedade, entidades sociais, iniciativa privada - empresa) é considerada atualmente muito mais uma "*relação jurídica*" de direitos e obrigações do que uma simples relação de "*poder*". (SILVA, 2003)

Em sintonia com esta ideia, o professor Vasco Manoel Pascoal Pereira da Silva apresenta os ensinamentos do jurista alemão HENKE:

> A relação jurídica geral entre o cidadão e o Estado constituiria, portanto, uma espécie de relação quadro ou relação pressuposto, da qual decorrem posteriormente relações particularizadas, mas que não deve ser confundida com a clássica relação de poder. conforme escreve Henke, no Estado de Direito não ha(há) lugar para relações de poder, pelo contrario(contrário), todas as relações entre o Estado e o cidadão são relações jurídicas. (SILVA:2003, 164p.)

O privado localiza-se diante da Administração Pública, não como um simples elemento do poder administrativo, um mero 'administrado', mas como um sujeito jurídico independente, que se encontra no contexto do direito em posição de igualdade com a Administração-Estado. Percebe-se que no contexto da teoria do direito a ideia de relação jurídica encontra-se diretamente ligada com a noção de direito subjetivo. (SILVA,2003)

Assim, dentro deste contexto, não prevalece o argumento da teoria clássica de que a posição da Administração Pública é diferente da posição do particular tendo em vista ser "*poder público*", encarregado de prevalecer o "*interesse público*".

Destarte, duas ideias importantes devem ser pontuadas para essa teoria. A primeira é(RETIRAR) refere-se que(RETIRAR) a execução dos interesses públicos por parte da Administração Pública nem sempre resulta(resultando) no uso de ações autoritários(autoritárias), os denominados "*poderes administrativos*", principalmente quando se trata da proliferação de instrumentos de atuação não "*imperiais*". (SILVA, 2003)

A segunda compreende-se que mesmo quando a Administração-Estado tem de abandonar os "*poderes de autoridade*", principalmente quando se busca determinar ações de maneira unilateral, pratica sempre um "*poder jurídico*", sendo este ligado sempre na conjuntura de uma relação jurídica administrativa mais abrangente e diversificada. Assim, perante estes "*poderes*", o privado é sempre possuidor de direitos subjetivos, determinados pelo ordenamento jurídico vigente.

Odete Medauar utiliza a terminologia de contrato administrativo para identificar a corrente alemã da relação jurídica e também segue o mesmo entendimento de protagonismo da referida teoria:

> Por sua vez, o contrato administrativo, nas modalidades clássicas e nas múltiplas e diversificadas feições novas, que vem adquirindo recentemente, conquistou grande relevância na atuação administrativa, sobretudo ante o emprenho(empenho) de buscar acordo, consenso, negociação com particulares (e outras instituições publicas, a exemplo do ministério publico), nos quadros da chamada administração consensual; neste modelagem, em síntese, em vez do uso da imposição unilateral, se busca obter prévia anuência dos particulares envolvidos na questão"(MEDAUAR; SCHIRATO: 2011, 34p.)

Assim, pode-se compreender que a relação jurídica existente entre a Administração Pública e os cidadãos não é mais vista como poder de império ao impor determinados direitos, mas sim bilateral onde ambos possuem direitos e obrigações, restando somente determinadas situações que o Estado necessita intervir através do poder de policia(polícia) para manter a ordem e a segurança institucional do Estado.

Após analisada a teoria alemã da relação jurídica, busca em seguida apresentar a dogmática italiana a qual determina o procedimento administrativo como o novo centro do Direito Administrativo.

5 O PROCEDIMENTO COMO NOVO CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A outra teoria, de origem italiana, a qual possui como seus doutrinadores Nigro, Cassese, Pastori, Pericu, Pugliese, Cardi, enxerga no procedimento administrativo o(a) terminologia nuclear do Direito Administrativo Moderno. Mario Nigro afirma a necessidade de absorção do ato administrativo dentro do contexto diverso das atividades mais difíceis e moduladas na relação entre a Administração e os particulares. Para o referido jurista a principal dificuldade do Direito Administrativo é problema do procedimento. (SILVA, 2003)

Realmente, a Administração Pública da atualidade, em suas questões com os privados, pode agir de duas simples maneiras. Uma, de forma imperiosa e unilateral, onde atua de forma tradicional como a(à) época clássica do liberalismo, a outra de maneira consensual ou bilateral, utilizando(utilizando-se) de técnicas contratuais do Direito Privado. Nas duas referidas situações de atuação o procedimento administrativo é utilizado,pois regula ambas(ambos) os casos de atuação administrativa, antecedendo a formação final do ato administrativo. (SILVA, 2003)

Desta forma, segundo o já mencionado professor português Vasco;

> Na verdade, o procedimento administrativo regula a tomada de decisões autoritárias e unilaterais, mas também estabelece os comportamentos administrativos que antecedem a celebração de contratos, assim como determina as formalidades ou precauções a seguir em atuações administrativas de caráter técnico. o(O) relacionamento entre a Administração e o particular desenrola-se, assim, no quadro de um procedimento administrativo, que estabelece regras, mais ou menos detalhadas, acerca da posição e dos comportamentos a adotar pelos sujeitos intervenientes. Desta forma, sendo esta perspectiva, o procedimento surgiria numa posição privilegiada para ocupar o lugar central da dogmática jurídico-administrativa, permitindo a compreensão de todos os fenômenos administrativos, que de tipo tradicional que correspondentes as novas modalidades de atuação da Administração(SEM SENTIDO VERIFICAR). (SILVA: 2003, 154p.)

Tradicionalmente, o procedimento era examinado em razão do ato finalístico, que resultava em uma determinada decisão da Administração Pública. O procedimento administrativo era compreendido como um simples aparelho de trabalho do ato administrativo, e não como um instrumento jurídico autônomo, regulador da atuação administrativa. (SILVA, 2003)

No contexto atual do Direito Administrativo, a terminologia de procedimento procura a(RETIRAR) alterar o(INCLUIR) conceito de ato administrativo como ponto nuclear deste ramo do direito público. O enfoco(enfoque) assim se altera, sai o ato e entra o procedimento.

Para esta dogmática italiana, que a cada dia ocupa mais espaço na doutrina brasileira, a ideia de procedimento administrativo proporciona importantes vantagens sobre o conceito de ato administrativo tendo em vista a dinâmica do Direito Administrativo atual. (SILVA, 2003)

A referida teoria possibilita uma padronização na atividade jurídica da Administração Pública, tendo em vista que o procedimento seria o instrumento comum a todos os segmentos e maneiras da atuação do Estado. Sendo de forma unilateral e imperiosa, ou de forma contratual e consensual, há a clara necessidade de existir um procedimento administrativo. Como exemplo deste movimento tem-se o aumento de normas sobre Procedimento Administrativo em vários países, inclusive no Brasil, como no caso da lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, qual(que) regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A implementação do procedimento administrativo autoriza a(RETIRAR) fixar em um contexto mais amplo e complexo a integralidade da ação administrativa em suas variadas maneiras, assim como na sua relação com os privados ao longo de toda essa interação, e não simplesmente na circunstancia(circunstância) final da formação do ato administrativo. (SILVA, 2003)

Odete Medauar também possui o entendimento de que o procedimento administrativo ganhou espaço no atual contexto do Direito Administrativo. Assim apresenta a referida professora:

> Sem duvida(dúvida), o procedimento administrativo, que traduz os momentos antecedentes à formação de inúmeros atos administrativos, com a possibilidade de prévia atuação dos destinatários diretos e indiretos dos efeitos do ato, ganhou expressiva dimensão doutrinária, legislativa e jurisprudencial no ordenamento jurídico pátrio e estrangeiro, sobretudo a partir da década de 90 do século XX, brilhando no cenário do Direito Administrativo contemporâneo. (MEDAUAR; SCHIRATO: 2011, 33p.)

Dentro desta perspectiva jurídico-política, de base democrática, no atual contexto do Estado Democrático de Direito, o procedimento administrativo faz uma ligação entre autoridades administrativas e sujeitos particulares, autorizando a estes, em uma democracia participativa, influenciarem nas decisões da Administração Pública. (SILVA, 2003)

Destarte, identifica-se que o Centro do Direito Administrativo, fundamentado pelas duas teorias acima apresentadas, se fundamental(fundamenta) como a necessidade de apresentar um novo foco para o Ato administrativo, pois esse se demonstrou não compatível com as realidades administrativas vividas pelos Estados.

Assim, constata-se que para realizar o Direito a proteção à saúde pela administração pública é necessário o Estado Brasileiro utilizar das novas teorias do Direito Administrativo acima apresentadas para se buscar uma maior eficiência, no sentido de que a realização desse direito ocorrerá com maior aproveitamento dos recursos públicos.

Deste modo, apresenta-se a seguir capítulo inerente ao direito a proteção da saúde.

6 A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PERSPECTIVA DO ESTADO GERENCIAL E DAS TEORIAS DO "NOVO" CENTRO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito de proteção à saúde foi incluído entre os direitos sociais pelo art. 6.º, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição da República.

Ganha enunciação mais enfática, contudo, no art. 196, ao preconizar-se que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

A respeito do direito à saúde em outros países, informa Fábio Cesar dos Santos Oliveira:

> “A inserção do direito de proteção à saúde, para além dos lindes inerentes aos desdobramentos do direito de proteção à vida, em documentos jurídicos internacionais, conquistou destaque na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. XXV, em seu inciso 1, preconiza que "toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle", e adquiriu termos amplos no art. 12, inciso 1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), aprovado pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas, 3o qual dispõe que os Estados signatários reconhecem o direito de "toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental". Outrossim, obteve menção expressa em declarações regionais 4e alçou o patamar de direito fundamental nos textos nacionais da Bélgica (art. 23 da Constituição de 1994), Itália (art. 32 Constituição de 1947), França (alíneas 10 e 11 do Preâmbulo da Constituição de 1946), Espanha (arts. 43 e 50 da Constituição de 1978), Portugal (art. 64.º da Constituição de 1976) e África do Sul (art. 27 da Constituição de 1996). Tomando-se os exemplos das Constituições da Espanha e de Portugal, influências nítidas para o constituinte de 1988, observam-se traços comuns informados pelo conteúdo prestacional do direito de proteção à saúde, tendo o constituinte espanhol consignado que "compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud Pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios", cabendo à lei estabelecer os direitos e deveres que lhe estejam relacionados, bem com impõe aos Poderes Públicos o fomento da educação sanitária, da educação física, do esporte e da utilização adequada do ócio (art. 43, incisos 2 e 3). O art. 64.º, inciso 2 da Constituição portuguesa de 1976, contém especial relevo ao afirmar que tal direito é realizado " Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito" (alínea a), ressaltando em seguida "Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável". A alusão inserta no art. 64.º, inciso 2 da Constituição de Portugal, à instituição de serviço nacional de saúde, cujo vetor de gratuidade é atrelado às condições econômicas e sociais dos cidadãos, bem como a referência feita pelo art. XI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, à prestação de "cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade" constituem importantes parâmetros à análise dos rumos que o desenvolvimento do direito de proteção à saúde assumiu no Brasil e denotam a feição implícita e inarredável de solidariedade que informa seu exercício. A menção mais contundente do direito de proteção à saúde (art. 196) no Título VIII, Capítulo II da Constituição da República (LGL\1988\3) de 1988, destinado à Seguridade Social não é despida de sentido racional, e resulta do desdobramento do princípio da segurança quer sob a ótica da intervenção repressiva e preventiva para assegurar a integridade física e patrimonial dos jurisdicionados, quer sob a necessidade de preservação das relações jurídicas e dos atos jurídicos perfeitos em conformidade com o ordenamento jurídico, ou ante a urgência de se assegurar a vida dos indivíduos nas hipóteses em que infortúnios possam por em risco a possibilidade de prover a subsistência própria ou de sua família” (OLIVEIRA, 2011, p. 47).

A assunção do direito de proteção à saúde como direito materialmente fundamental de dimensão positiva encontra percalços à sua efetiva observância, porquanto se exige do Estado à adoção dos meios necessários à preservação da vida humana e tratamento de doenças, bem como o compromete a tornar disponíveis recursos e serviços adequados à proteção ou ao restabelecimento da saúde dos cidadãos titulares desse direito (BARROSO, 2014).

Contudo, os entes públicos que custeiam esses tratamentos não estão conseguindo cumprir a realização do direito a proteção á saúde.

A fim de corrigir os obstáculos à realização do direito de proteção à saúde o Judiciário é muitas vezes acionado. Trata-se de decisão interferindo em política pública do Executivo, em nome da efetivação de direitos fundamentais.

Enfrentando apesar da postura bastante ativista do Judiciário há questões jurídicas negativas a serem consideradas diante da sua intervenção na matéria. Carlos Ari Sundfeld trás a seguinte observação:

> Em alguns temas juízes tem adotado postura bastante ativista. Vale por todos o exemplo das ações, ajuizadas em nome do "direito à saúde", exigindo do Estado medicamentos não previstos nas listas oficiais. Há nesses casos uma questão jurídica previa: juízes têm competência para ampliar a lista oficial de medicamentos? Para discuti-la é essencial que também reflitam sobre os potenciais efeitos negativos de sua intervenção na matéria. Não são aceitáveis visões românticas sobre o valor da atuação isolada dos juízes se o que está em causa é um conflito de natureza claramente distributiva, A pergunta aos juízes é: vocês são capazes de proteger também os ausentes, aqueles que, não estando na ação, podem ter seus interesses e direitos difusos afetados negativamente pela decisão desta ação? (SUNDFELD, 2012, 76 p.)

Não se está aqui a defender que todo e qualquer ativismo judicial seja condenável. Apenas se está a observar que o ativismo judicial acentuado, em detrimento das demais atividades estatais, pode permitir a responsabilização.

> Neste quadro, algumas distinções devem ser feitas. Primeiramente, nem sempre uma decisão judicial de caráter ativista vem acompanhada da invasão ou invalidação forçada de algum ato de um poder democraticamente eleito. Portanto, apesar de ativista, a decisão pode não gerar nenhum tipo de atrito entre os poderes constituídos. [...]
> Não obstante, diversas foram as ocasiões em que houve invasão do Judiciário gerando atritos com os demais poderes constituídos. Em todas as instâncias encontram-se decisões interferindo nas políticas públicas em curso traçadas pelo Executivo e Legislativo em nome da efetivação de direitos fundamentais, que vão desde a inclusão de determinado tratamento no rol dos custeados pelo Estado até a determinação da construção de creche em certa localidade. Especificadamente no STF, chama a atenção o uso de um instrumento criado para uniformização de jurisprudência, as súmulas vinculantes, mas que acabaram sendo utilizadas como veículo para o Tribunal legislar (MEDEIROS, 2013, p. 534-535).

Uma das hipóteses seria quando o magistrado atua por vislumbrar deficitárias as leis regentes ou por entender necessária a criação de norma para conformar a realidade social com os princípios constitucionais.

A questão da saúde traz, pois, um cenário de crise de responsabilidade e legitimidade diante da incapacidade das instituições públicas em realizar os direitos constitucionalmente assegurados.

Neste momento histórico, são questionadas as funções dos órgãos estatais, em especial, da Administração. As preocupações acadêmicas, então, se voltam a buscar estratégias a solucionarem a crise que a sociedade contemporânea vive, o que envolve um exame apurado da função administrativa sob a égide do Estado Gerencial e do novo centro do Direito Administrativo.

A fim de contribuir para a solução da crise, identifica-se como alternativa a aplicação pela Administração publica os conceitos de eficiência, gestão, resultado. Além disso, é fundamental a utilização de procedimentos a identificar as ações essenciais e a melhor forma de separação de competência a ser estabelecida pelo SUS (Sistema Único de Saúde).

Trata-se de uma aplicação gerencial das bases e fundamentos das teorias explicitadas no capitulo anterior, a fim de permitir uma resposta razoável a sociedade, realizando o direito fundamental a saúde de forma planejada.

7 - CONCLUSÃO

O presente estudo tratou de expor a necessidade da administração do Estado Brasileiro em se adequar aos parâmetros do Estado Gerencial e a possibilidade do Poder Público implementar doutrinas do novo Centro do Direito Administrativo, qual seja, a do Procedimento e da Relação Jurídica, na busca de identificar instrumentos jurídicos capazes de efetivar direitos fundamentais próprios do Estado Democrático de Direito, em especial o direito a saúde e sua consequente transformação na ordem social vigente.

Diante da complexidade do Direito Administrativo contemporâneo busca-se um novo centro em substituição ao ato administrativo que já não conseguia atender todas as "demandas", encontrando-se em duas correntes doutrinárias: uma de origem alemã que apresenta a Relação Jurídica como sendo o novo núcleo do Direito Administrativo fazendo a ligação entre as concepções clássicas e as novas realidades jurídico-administrativas como forma de compreender e agrupar toda a atuação da Administração Pública; a outra de origem italiana, afirma ser o Procedimento Administrativo que regula tanto as decisões autoritárias e unilaterais como também determina comportamentos administrativos que antecipam a celebração de contratos.

As duas teorias fundamentam a necessidade de apresentar novo foco ao Ato administrativo a fim de se buscar compatibilidade com as realidades administrativas Estatais no que se refere às políticas públicas, e buscar a implementação do Estado Gerencial na Administração Pública Brasileira de modo a permitir a efetividade do direito a saúde e

consequente transformação da ordem social vigente na busca da manutenção do Estado Democrático de Direito.

REFERENCIAS:

ARAGÃO, Alexandre Santos; NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Direito Administrativo e seus paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008.
BARBERA, Augusto. *Le* **Basi Filosofiche del Constituzionalismo**. Lecce: Laterza, 2011. 314 p.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 410 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1512 p.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós Moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 270 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. 876p.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado.**Coimbra: Almedina, 2009, 408p.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1997. 55p.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. **Storia del diritto amministrativo**. 4. ed. Roma: Laterza, 2006. 551 p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1127 p.

MODESTO, Paulo. **Nova Organização Administrativa Brasileira**. Belo Horizonte: Forum, 2009. 346p.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2010. 481p.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. 314 p.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Crise do Estado. Ensaios Sobre a Economia Brasileira.** São Paulo: Nobel, 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Economia Brasileira**. São Paulo: Ed. 34, 1998 224 p.

SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e Ministério Público**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. 256p.
SILVA, José Afonso. **Comentários Contextual à Constituição**. 5ªed. São Paulo: Mandamentos, 2007. 1027p.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924p.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Pereira da Silva. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. 777p.