

# Administração Pública no Estado Contemporâneo

## — Eficiência e Controle

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

### SUMÁRIO

*I — Sociedade Pluralista, Poliarquia e Estado Pluriclasse. II — Problemas de Governabilidade. III — A Crise Ética. IV — A Crise Técnica. V — Eficiência da Administração Pública: Regras de Atuação Uniforme. VI — Eficiência do Controle: Regras para a Garantia da Plenitude Ética. VII — Conclusões.*

#### 1. *Sociedade pluralista, poliarquia e Estado Pluriclasse*

Ontem, tínhamos um Estado simples com complexas doutrinas de atuação; hoje, temos uma doutrina de atuação simples para Estados complexos.

Ontem, agitavam-se no cenário político complicados modelos, sistemas e ideologias procurando estabelecer uma conciliação entre o interesse público e o privado, entre o domínio do Estado e o âmbito da sociedade.

Hoje, embatem-se no cenário político interesses diversificadíssimos, cuja satisfação não mais depende de receitas políticas substantivas, mas da existência de fórmulas instrumentais que permitam um amplo e flexível diálogo e a livre negociação entre as partes interessadas.

Ontem, em razão das normais dificuldades de conciliação entre os interesses públicos e privados, proliferavam os modelos, sistemas e regimes radicais, com características totalitárias, despóticas, ideologizadas ou autoritárias, sacrificando a negociação política em aras de uma apregoada racionalidade decisional.

Hoje, por fim, até maravilhados, constatamos a falência dos radicalismos políticos e o triunfo, ao menos parcial, do primado do diálogo, da moderação e da tolerância políticas, resultando tudo na consecratória afirmação das condições de *legalidade*, como essencial da construção do Estado de Direito, da *legitimidade*, como básica para a existência do Estado Democrático e da *licitude*, como fundamental para a realização plena da moralidade e do Estado de Justiça.

Essas transformações juspolíticas, que hoje vemos em pleno curso, não vieram, todavia, sem o ônus de um alto preço em guerras, sofrimentos e vidas humanas e não lograram afirmar-se senão depois da Segunda Guerra Mundial e, por fim, o reconhecimento de sua inevitabilidade, senão depois dos funerais da última grande ideologia do século, com a derrubada do muro de Berlim e a derrocada do império soviético marxista-leninista.

A razão dessas mudanças políticas está na própria transformação das sociedades contemporâneas, que evoluíram dos modelos de hegemonia burguesa, caracterizados por poucos centros de interesse politicamente definidos, a modelos destituídos de centros de interesse hegemônicos.

Essa evolução de *sociedades de classe*, nas quais uma delas detinha o poder, o que, em última análise, fazia do Estado o seu instrumento — um *Estado Monoclasse*, para *sociedades pluralistas*, nas quais o poder é compartilhado entre dezenas de classes ou de concentrações organizadas de interesses — um *Estado Pluriclasse*, resultou da multiplicação e da diversificação dos interesses, todos reclamando afirmação política e proteção jurídica.

A ninguém, nesta geração, notadamente aos que cultivam as Ciências Sociais, passou despercebido esse fenômeno da multiplicação e da diversificação dos interesses; a tal ponto, que a tradicional classificação romanista, que havia prevalecido no Direito por toda a Antigüidade, Idade Média, Renascença e havia chegado intacta à Idade Moderna, consagrando a *summa divisio* entre interesses *públicos* e *privados*, se tornou insuficiente para enquadrar uma nova tipologia de interesses em expansão, a princípio, com os interesses *coletivos* e, logo, depois, com os *difusos*.

Nas sociedades de classe, os indivíduos se alinham em grandes grupos de interesse predominante, como a nobreza, a burguesia, o campesinato e o proletariado, a cada classe correspondendo um *status* jurídico e político determinado, com pouca ou nenhuma mobilidade ou variação de uma para outra.

Na sociedade pluralista, os indivíduos podem assumir vários alinhamentos simultâneos, segundo a gama, mais ou menos extensa, de interesses privados, públicos, coletivos e difusos de que sejam titulares, ou de sua especial combinação, o que produz, conseqüentemente, diversificadas situações jurídicas e políticas, e, até mesmo, necessidade de tomadas de posição sucessivas em relação a seus próprios interesses eventualmente antagônicos, com uma intensa mobilidade social.

Foi, portanto, como resposta e adaptação à sociedade *pluralista*, em termos de interesses, e *poliárquica*, em termos de poder, que se desenvolveu o Estado Pluriclasse, sucedendo ao Estado Monoclasse, em que o Poder Público era exercido em representação e em benefício dos interesses de uma fração hegemônica da sociedade.

A formação do Estado Pluriclasse, na visão de MASSIMO SEVERO GIANNINI, se deu porque os próprios parlamentos passaram a refletir o

pluralismo dos interesses da sociedade, deixando, pouco a pouco, de ser a representação de uma ou duas classes para sê-lo de todas as categorias de interesses em intercurso na sociedade<sup>1</sup>.

Com essa multiplicação de interesses e, por isso, de centros de poder para sustentá-los, ficou no passado a configuração simplista da luta de classes, que havia servido de fundamento à visão dialética e mecanicista da História, dando lugar a uma complexíssima e generalizada disputa de interesses que se trava ora no campo político ora no campo jurídico, cada vez mais interagindo um sobre o outro.

Com efeito, o Direito, que nas sociedades de classe custodiava os interesses do estamento hegemônico ou, no máximo, em fase mais recente, que refletia o equilíbrio político entre duas, no máximo três classes de maior expressão, perdeu, nas sociedades pluralistas, esse papel, para garantir quaisquer interesses, desde que fossem recolhidos pela ordem jurídica como *valiosos*.

Em outros termos: a fria interpretação dogmática, que prestigiava a exegese gramatical e lógica, perdeu expressão para a interpretação finalística, que perquire os fins da norma e sustenta os seus valores sociais.

No quadro do Estado Pluriclasse, a *sociedade política* perde a exclusividade da representação hegemônica que detinha e passa a repartir o poder com a *sociedade civil*, que, teoricamente, como "povo", deveria ser a própria origem de qualquer poder, mas que, na verdade, funcionava apenas como órgão de legitimação periódica dos governantes. Dilarga-se, com isso, o conceito juspolítico de povo para corresponder, no máximo de amplitude possível, ao próprio conceito de sociedade.

*Observe-se que tal evolução só se tornou possível porque a sociedade civil passou a se articular em defesa de seus múltiplos interesses e a diversificar seus centros de poder, refletindo-se, essa poliarquia, no próprio Estado, que, passando a ser Pluriclasse, renovou-se através de um neocontratualismo, não mais de indivíduos, mas de grupos organizados de interesses<sup>2</sup>.*

Nesse novo modelo pluralista, poliárquico e pluriclasse de organização política, a participação da sociedade civil não fica mais restrita aos processos políticos de *acesso ao poder*, com a periodicidade considerada satisfatória

---

1 MASSIMO SEVERO GIANNINI dedica ao tema grande parte do primeiro volume do recentíssimo *Trattato di Diritto Amministrativo*, sob a denominação de *L'Amministrazione Pubblica dello Stato Contemporaneo*, Ed. Cedam, Pádua, 1968, p. 61.

2 A respeito, S. FRACAPANE, em *Contratualismo e Sociologia Contemporanea*, citado por NORBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1987, p. 9.

para legitimizar os governos, mas se estende a todos os demais processos do poder: a *atribuição*, a *destinação*, a *distribuição*, o *exercício* e a *contenção*.<sup>3</sup>

O acesso ao poder, sem dúvida, havia sido um marco importante na conquista da legitimidade, mas o processo atendia muito mais ao princípio do rodízio pessoal no poder que à necessidade de representação de interesses, pois nas sociedades de classe e, assim, nos Estados Monoclasse, dava-se, por definição, a garantia dos interesses da classe hegemônica e, no máximo, dos resultantes do equilíbrio entre as poucas classes que repartiam o poder estatal.

No quadro da poliarquia, passou a ser igualmente importante não apenas definir *quem* detém o poder, mas *para que* o detém, estendendo-se a disputa legitimatória à decisão fundamental sobre a *destinação* do poder, para exprimir os fins sociais do próprio Estado; a *atribuição* do poder, para partilhá-lo entre a sociedade e o Estado; o *exercício* do poder, para decidir como empregá-lo; a *distribuição* do poder, para reparti-lo entre entidades e órgãos da sociedade política; e a *contenção* do poder, para limitar e controlar o poder concentrado, notadamente, no Estado.

Em suma, à pluralização dos interesses sucedeu-se a da organização social para sustentá-los, multiplicando-se as entidades e órgãos dotados de "poder público" além do próprio Estado, que, para esse efeito, também passou a redistribuir seu poder estatal. O Estado perdia o monopólio do poder na sociedade para se tornar seu centro hegemônico, dotado da última palavra sobre o Direito que deve equilibrar todo o sistema. A observação deste fenômeno é que levou M. S. GIANNINI a concluir que "existem, assim, os Poderes Públicos das coletividades pluriclasse; um desses poderes pública é o Estado".<sup>4</sup>

O grande fenômeno sócio-político deste fim de século, no Direito Político ou, se preferir, mais restritamente, na Teoria do Estado, vem a ser, assim, o desabrochar do ilimitado potencial de associação e de organização da sociedade civil, além do Estado e de suas próprias organizações de Estado, talvez como um início da sociedade global que um dia surgirá.

No âmbito do Estado Pluriclasse, a sociedade civil ganha condições, até então sonhadas em utopias, de desenvolver funções políticas diversificadas em todos os campos e setores decisoriais. Muito além, portanto, de seu papel conquistado no início do liberalismo de seleção de representantes.

Nessa evolução, a sustentação e a defesa dos mais diversificados interesses, antes de tutela inexistente, imprecisa, e até mesmo impossível, provocou a criação de inúmeras formas de articulação de segmentos da socie-

<sup>3</sup> Remete-se o leitor, para aprofundamento, a nosso ensaio *Metodologia Constitucional*, publicado na *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, a. 23, nº 91, jul./set. -1986, pp. 63 e ss.

<sup>4</sup> *Esistono quindi i pubblici poteri di collettività pluriclasse; uno di questi pubblici poteri è lo Stato* (op. cit., p. 67).

dade, que, anteriormente, não o poderia fazê-lo, sem confronto com aqueles interesses solidamente sedimentados e garantidos pelos estamentos hegemônicos.

Na sociedade pluriclasse a mesma pessoa pode ser titular de interesses tão diversificados que, por vezes, são difíceis de conciliar: o interesse cívico de garantir o Estado mais eficiente com o interesse financeiro de pagar menos tributos; o interesse de consumidor em pagar bens e serviços mais baratos com interesse de cidadão em preservar a indústria nacional; o interesse ecológico de manter o meio ambiente com o interesse econômico de desenvolver atividades industriais potencialmente poluidoras, e assim por diante.

Em suma, a sociedade pluralista tornou-se poliárquica à medida em que se organizou, e esta tornou o Estado pluriclasse, à medida em que o desfigurou enquanto centro de poder de estamentos dominantes.

## 2. *Problemas de governabilidade*

Embora *Governo*, em sentido lato, venha a ser um dos elementos estruturais do Estado, é mais comum reservar-se a expressão para definir o conjunto de órgãos e entidades que exercem a função executiva estatal desdobrada na direção superior da administração pública e na sua realização.<sup>5</sup>

É nesse sentido que o desaparecimento do Estado Monoclasse, ao qual corresponde um modelo governamental relativamente simples, cedeu lugar a um sistema de administração pública cada vez mais complexo, que se pode considerar ainda em pleno curso de organização.

Deixou de existir, assim, sublinha GIANNINI, “um Estado correspondente ao modelo que tinham elaborado os grandes teóricos da tradição clássica”, aquele que “se acreditava fosse a possível teorização universal tanto da ciência jurídica quanto das instituições jurídicas”.<sup>6</sup>

Na verdade, esse autor foi buscar na Ciência da Administração a noção do *aparato*, como o “complexo de homens e de meios a serviço de uma figura subjetiva (uma entidade, uma empresa, uma associação, etc.) com os quais esta provê o desempenho de sua própria atividade”.<sup>7</sup>

O aparato administrativo público é, portanto, a resposta organizativa a demandas de uma entidade de caráter público, devendo corresponder ao volume e aos tipos de interesses que lhe são cometidos. Enquanto no Estado Monoclasse esse atendimento estava reduzido à solução do antagonismo público-privado, no Estado Pluriclasse, as novas formas de conflitualidade

5 V. SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Comentários à Constituição*, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio, 1991, 8º volume, p. 17.

6 M. S. GIANNINI — *op. cit.*, p. 20.

7 *Op. cit.*, p. 21.

envolvendo interesses individuais, coletivos, difusos, públicos e privados passaram a demandar um aparato administrativo público muito mais complexo, de maior capilaridade social e com maior entrosamento com os inúmeros aparatos administrativos desenvolvidos na sociedade civil que o complementam.

A ausência ou tardança na adequação do aparato administrativo às novas demandas caracteriza a crise de governabilidade que hoje vem preocupando cientistas políticos e jurídicos. Perdida a eficiência governamental das instituições do Estado Monoclasse, tornou-se problemática a readaptação do aparato administrativo para satisfazer as tumultuadas demandas políticas do Estado Pluriclasse. O Estado, para lembrar DANIEL BELL, havia se tornado grande demais para os pequenos problemas e pequeno demais para os grandes problemas.

Na raiz dessa inadequação, todavia, está a *inconfiabilidade ética* do aparato administrativo público, reconhecido como ainda preso a interesses persistentes de algumas classes, inclusive do próprio estamento conformado por políticos e burocratas profissionais.

Mirado com suspicácia pela sociedade pluralista, o aparato do Estado Monoclasse não só não pode como não se esforça muito para mudar, mas somente essa mudança, que poderá torná-lo o aparato dúctil de um Estado Pluriclasse, logrará devolver-lhe a necessária *autoridade*.

Esse aspecto *ético* da inadequação do aparato administrativo público se prolonga como uma perda da *capacidade técnica* de atuar eficientemente na solução dos interesses emergentes nas sociedades pluralistas. Demandados por múltiplos segmentos, os recursos se diluem sem nada produzir, pois falta a correta decisão política para alocá-los bem.

Assim, a falta de autoridade legitimatória leva à falta de eficácia decisória, gerando o perverso círculo vicioso da ingovernabilidade, tendo, num setor, a *crise ética*, com a demanda não correspondida da sociedade sobre a administração pública, para a observância de referências morais e, no setor antípoda, simultaneamente, como causa e efeito, a *crise técnica*, com a demanda não correspondida da sociedade sobre a administração pública, para a solução de problemas que se acumulam, nas áreas econômicas e sociais, fortemente comprometedores da segurança pública.

Embora reconhecendo que os problemas de governabilidade sejam, na sua integralidade, por demais complexos para serem reduzidos, geometricamente, às duas crises apontadas, nelas, sem dúvida, está muito de sua explicação, notadamente no campo ético, em razão das novas exigências da legitimidade democrática, no que estamos na confortadora companhia de NORBERTO BOBBIO, que assim magistralmente os resume: 1.º) a maior sobrecarga de demandas da sociedade nos regimes democráticos, em comparação com os regimes autocráticos. Isso não só porque elas afloram mais facilmente como porque se acumulam mais rapidamente nos meandros dos

processos decisórios; 2.º) a maior conflitualidade social nos regimes democráticos e pluralistas, em oposição aos sistemas fechados, nos quais as demandas e conflitos são reprimidos; e 3.º) a maior distribuição e desconcentração do poder existente nas sociedades democráticas, caracterizadoras da demanda poliárquica, que, se de um lado possibilita uma saudável concorrência entre centros de poder, termina, por outro, por “criar um conflito entre os próprios sujeitos que deveriam resolver os conflitos, uma espécie de conflito à segunda potência”<sup>8</sup>.

A essa devolução da eficiência — *ética e técnica* — nessa ordem, é que se pode denominar coerentemente de *modernização*, escoimada de conotações emocionais e até mesmo ideológicas, que teimam em conspurcar-lhe o verdadeiro sentido, que não há de ser outro que não o que se refere à tarefa, jamais concluída, de adaptar e readaptar o aparato administrativo do Estado, e o próprio Estado, às realidades políticas, sociais e econômicas das sociedades que deve reger.

### 3. A crise ética

A *crise ética* tem, por isso, avassaladora preferência em nossas preocupações modernizantes. A *ordem jurídica* contemporânea não se limita à dimensão da *legalidade*, estendendo-se à *legitimidade* e à *licitude*.

Foi dádiva do liberalismo oitocentista o conceito de Estado de Direito, sob o império da *legalidade*, tão brilhantemente desenvolvido pelos juristas do século seguinte. Foi árdua conquista deste século, o Estado Democrático, que se realiza pela *legitimidade*, hoje afirmado nas Constituições contemporâneas, como a brasileira, de 1988. Tem sido a última fronteira ética, o Estado de Justiça, que vem nos prometer a *licitude* nos processos político-administrativos.

A *legalidade* submeteu a sociedade e, depois, o Estado, à *vontade lei*, como “o mínimo ético indispensável que a sociedade exige de seus membros”.<sup>9</sup> A *legitimidade* submeteu o Estado e a lei à *vontade da sociedade*, como expressão de um consenso democrático sobre o poder<sup>10</sup>. Finalmente, a *licitude* pretende realizar a derradeira submissão, a mais ambiciosa das conquistas éticas: a sujeição do Estado, notadamente de seu aparato administrativo, à *moral*.

<sup>8</sup> NORBERTO BOBBIO, *Liberalismo e Democracia*, Ed. Brasiliense, São Paulo, 1988, pp. 92 a 97.

<sup>9</sup> É de JOSÉ DA SILVA PACHECO a expressão, referindo-se à doutrina JELLINEK sobre as relações entre moral e direito (in *Repertório Enciclopédico*, verbete “moral”, p. 296).

<sup>10</sup> Embora o conceito de legitimidade tenha surgido com as primeiras manifestações da consciência política, conotado ao tipo de relacionamento de poder típico do patriarcalismo primitivo, que MAX WEBER denominou de “dominação tradicional”, hoje ele está definitivamente ligado à noção de *instituição*.

Essas etapas de aperfeiçoamento ético da ordem jurídica não se substituíram uma à outra senão que se acresceram, pois cada uma delas necessita da convalidação da anterior, numa trajetória para a plena submissão ética do poder, tendo passado, nessa evolução do direito moderno, que parte da Revolução Francesa e da derrubada do Estado Absolutista, absolutamente aético, pois obedecia à *vontade do soberano*, da jurisprudência dos conceitos à dos interesses e, por fim, à dos valores<sup>11</sup>.

A *jurisprudência dos conceitos* ancorou numa sólida dogmática, a legalidade necessária para que medrasse o Estado de Direito; a *jurisprudência dos interesses* foi buscar nas razões sociológicas a legitimidade exigida para que o Estado Democrático se tornasse possível; a *jurisprudência dos valores* faz dos princípios morais a base de licitude capaz de realizar o Estado de Justiça.

Assim é que, não obstante as milenares vicissitudes e decepções que marcam a vida política e que tanto a aviltam aos olhos do homem comum, é fora de dúvida que o senso fundamentalmente ético da humanidade<sup>12</sup> vai lentamente triunfando sobre o arbítrio e a injustiça, incorporando-se à *ordem jurídica* e tornando-a, pouco a pouco, efetiva.

A introdução de diferentes e sempre mais exigentes valores na ordem jurídica dos povos civilizados, como luzeiros orientadores de toda atividade do Estado, e não somente na administrativa, responde às mais lídimas exigências do progresso humano, superando as doutrinas artificiais, forjadas no passado, dogmatizadas e ideologizadas.

O progresso não se confunde com a racionalidade pura, nem com o crescimento econômico, nem com as conquistas materiais: ele brota naturalmente da alma humana, iluminado pelos valores éticos que só se desenvolvem no pluralismo e na tolerância.

#### 4. A crise técnica

A *crise técnica* aponta duas vertentes no campo da administração pública: a perda de eficiência na *execução* e a perda da eficiência no *controle*.

A *perda de eficiência na execução* decorre do inadequado tratamento político-administrativo dos interesses públicos, seja por excessiva centralização das decisões, que emperram o aparato administrativo público, seja pelo excesso de concentração de interesses a defender por este aparato.

11 Referência às etapas evolutivas do Direito Moderno, expostas por MIGUEL REALE (in *Nova Fase do Direito Moderno*, Saraiva, 1990, pp. 93 e ss.).

12 JOHN RAWLS, formulador de uma teoria da justiça, insta que acreditemos na prevalência desse imperativo, pois, segundo ele, a humanidade tem uma *natureza moral* e, dadas as necessárias condições objetivas, muitas das quais institucionais, os homens atuarão, comprovadamente, de acordo com seus princípios (*A Theory of Justice*, Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, p. 580).



O excesso de concentração de interesses cometidos ao Estado se supera pela *desestatização*, enquanto que a excessiva centralização decisória, se supera pela *descentralização*.

Se mirarmos a experiência dos países à vanguarda das transformações modernizadoras do aparato administrativo público, encontramos exatamente essas duas tendências dominando o cenário contemporâneo e mudando o que M. S. GIANNINI denomina o "quadro de referência" do que hoje se deve entender por administração pública.

A idéia de uma administração pública *exclusiva* ou quase que exclusivamente centralizada no Estado, vem cedendo, inexoravelmente, neste século, à pressão dos fatos: o Estado não se mostrou eficiente para atender a todas as demandas administrativas que dele se esperou no passado e o aparato administrativo não se mostrou eficiente para solucionar satisfatoriamente a todas as demandas públicas exigidas de um ou poucos centros de poder decisório.

Despontam, portanto, duas novas tendências, a serem acompanhadas, estudadas e compreendidas racionalmente, sem interferência emocional ou preconceito ideológico: a *desestatização* — que, no caso, vem a ser a administração fora do Estado, e a *descentralização*, que vem a ser a desagregação dos centros de decisão ou de execução no interior do Estado.

Quanto ao surgimento de tipos de administração pública *fora do Estado* — a *descentralização* — o quadro de referência debuxado por MASSIMO SEVERO GIANNINI nos fornece uma impressionante lista, da qual destacamos: a) a *administração internacional*, através da qual o Estado e a sociedade recebem da comunidade internacional organizada as normas sobre vários setores de atividade, como aviação civil, telecomunicações, correios e, em alguma medida, comércio internacional e patentes. Os Estados se limitam a dar-lhes aplicação em seu âmbito; b) a *administração supra-estatal não estatal*, como são as convenções internacionais de caráter profissional (industrial, empresarial do terciário, operários), a UNESCO, o Comitê Olímpico Internacional e, de modo geral, as federações esportivas; c) a *administração das comunidades das nações*, tal como já a tem a Europa, se desenvolve na América do Norte, na Ásia e se esboça no Cone Sul, deixando o Estado como executor de normas concertadas em centros de poder cada vez mais distintos dos parlamentos nacionais; e d) as *estruturas empresariais transnacionais*, que desnacionalizam o capital e a tecnologia e que os localizam nos Estados que escolhem, com eles negociando regras administrativas simbióticas, como nos exemplos dos NECS asiáticos.

Quanto à desagregação da administração pública *dentro do Estado* — a *descentralização* — ainda a partir das indicações do mesmo autor, temos: a) os entes territoriais locais, que embora inseridos na órbita estatal, cada vez mais reclamam e obtêm poderes autônomos de decisão administrativa sobre uma extensa gama de interesses identificados como das circunscrições territoriais menores, como o dos burgos; das cidades, dos municípios, dos

distritos e até dos bairros, em última e profunda correlação com as correspondentes frações da sociedade. No Brasil isso é particularmente observável no reforço da autonomia dos Municípios, hoje constitucionalmente guindados a membros *sui generis* da Federação, juntamente com a União, os Estados e o Distrito Federal (arts. 1.º e 18 da Constituição de 1988); b) os *partidos políticos*, não só por serem os canais oficialmente reconhecidos do acesso ao poder, como por neles terem origem as propostas de decisão eventualmente executadas, assim como por neles se iniciar, sem interferência estatal, a escolha dos candidatos aos cargos estatais da administração pública e, não menos importante, por exercerem, eles próprios, parcelas de poder, enquanto instituições autônomas, ao comporem colegiados administrativos de toda sorte; c) as *associações profissionais*, sindicatos ou federações de classe de todo tipo, às quais se reservou, por lei, o poder de polícia administrativa com exclusão da ingerência direta do Estado, com competência desde o reconhecimento da habilitação profissional até a negociação coletiva de contratos em representação classista; d) as *entidades delegatárias* de todo o gênero, não só as tradicionais *concessionárias* e *permissionárias* de serviços públicos como as moderníssimas *entidades de gestão privada* de interesses públicos, as *auditorias privadas* das contas públicas e, finalmente, não sem menor importância, as entidades que executam atividades *reconhecidas* como de interesse público, que conformam a categoria em expansão da *descentralização social*, na qual o Estado, em vez de delegar, limita-se a reconhecer eficácia de pública administração às atividades praticadas por entes de colaboração, que gerem certos interesses de natureza pública, como ocorre, por exemplo, com os chamados clubes de serviço, com as associações de bombeiros voluntários, com as associações de moradores, com as associações civis e as associações assistenciais, em geral.

Já se pode observar, apenas com esses elementos, que os fenômenos se tangenciam e que a *descentralização*, nas suas expressões mais avançadas, das delegações para a gestão privada de interesses públicos e das delegações sociais, se aproximam da *desestatização*, se não que com ela se confundem, pelo menos dando lugar a uma zona de transição, em que a administração pública e privada se sobrepõem e se interpenetram.

Ora, à medida em que esses fenômenos ganham expressão, o Estado vai perdendo a *administração* dos interesses públicos para se concentrar na sua *direção*, à semelhança do que GEORGES LANGROD observou, em meados do século, quanto à *legislação*, cujo monopólio da elaboração saía dos Parlamentos para que esses pudessem se concentrar no *monopólio da política legislativa*. Hoje, os Executivos, da mesma sorte, perdem o *monopólio da execução administrativa* para bem desempenharem o *monopólio da decisão administrativa*.

E, portanto, nesse complexo quadro de referência, da sociedade pluralista e poliárquica e de seu produto, o Estado Pluriclasse no qual a *prestação* da administração pública perde em importância para a sua *direção*, que

se deve examinar o tratamento constitucional do tema em nosso País, formulando para uma contribuição doutrinária moderna e vigorosa para sua revisão.

A própria modernidade do tratamento constitucional dado à administração pública em 1988, já nos demanda uma superação de antigos tabus e preconceitos, mesmo sem considerarmos a vertiginosa evolução, que partiu de um quadro relativamente simples e geometrizado do Estado Monoclasse e de suas Constituições para o Estado Pluriclasse e suas novas exigências constitucionais.

É necessário que o critério da pública administração e, assim, de seu contrasteamento com a ordem jurídica, para efeito de seu controle de juridicidade, cada vez mais se oriente não pela *execução*, mas pela *definição de um interesse público* em jogo e pelo cometimento ao Estado de alguma forma de poder de direção, incluído o de correção.

É neste sentido que, em vez de reduzir-se, *umenta a importância do Estado*, desde que saibamos distinguir bem o que seja a decisão, o exercício, e o controle, exatamente como na lição, já clássica, de A. LÖWENSTEIN sobre as novas funções do Estado: *policy formulation, policy execution e policy control*.

Muito próxima a essas considerações, a *perda da eficiência no controle*, a segunda vertente da crise técnica, também exige um tratamento adequado, com pleno conhecimento de que significam hoje os institutos juspolíticos da *participação e da provedoria institucional de justiça*.

Efetivamente, de um lado, os *institutos da participação política*, prestigiados pelo legislador constitucional de 1988, hoje são tidos como um direito da mais alta hierarquia, condição *sine qua non* da realização da legitimidade, mas também essenciais a todo o sistema de preservação da legalidade e da licitude. Somente pela participação, expressei em obra específica sobre o tema, "é possível garantir-se que o Governo venha a decidir, seja abstrata ou concretamente, de acordo com a vontade do povo, superando a antiquada fórmula da representação, que se baseia mais na presunção de legitimidade que na sua efetiva aferição".<sup>18</sup>

A extensão do alcance desses institutos é praticamente ilimitada: basta que a lei orgânica discipline qualquer das múltiplas formas de que podem se revestir e lá teremos uma vigorosa expressão de controle prévio, contemporâneo ou posterior das atividades da administração pública, não importa quem a decida ou quem a execute. É o povo, destinatário da administração pública, dela participando.

<sup>18</sup> Para aprofundar este tema fascinante do Direito Político atual, sugere-se como trabalho *Direito da Representação Política — Legislativa, Administrativa e Judicial — Fundamentos Técnicos Constitucionais da Democracia*, Ed. Renovar, Rio, 1983.

Por outro lado, as *funções essenciais à justiça*, situadas constitucionalmente fora dos três Poderes tradicionais, mas atuando sobre todos eles, na provedoria de interesses individuais, coletivos, difusos, públicos e privados, constituem uma extensa e profissionalizada rede, apta a atuar contra ameaças e violações à ordem jurídica.

Tais funções, genericamente cometidas à *advocacia*, são especificamente confiadas a quatro ordens de instituições estatais, funcionando como uma linha de frente da preservação da ordem jurídica e a defesa da cidadania. São instituições estatais, por certo, dotadas de parcelas de poder do Estado, mas destinadas a atuar na realização e na defesa de interesses determinados, em funções de *provedoria de justiça*.<sup>14</sup>

O segmento da advocacia privada se volta preferentemente, ainda que não exclusivamente, à defesa singular dos interesses individuais, coletivos e difusos das pessoas físicas, jurídicas e formais da sociedade, sendo praticada pelos profissionais de direito em caráter contratual, constituindo-se, por isso, num *ministério privado de funções públicas*.

A advocacia pública, *lato sensu*, se volta à defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos da sociedade como um todo (Ministério Público), da União, dos Estados e do Distrito Federal (Advocacia-Geral da União e Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal) e dos necessitados (Defensoria Pública), voltadas a *três conjuntos* de interesses caracterizados constitucionalmente, conformando um *ministério público de funções públicas*.

O primeiro conjunto de interesses abrange, basicamente, dois importantes subconjuntos: os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição), detalhados em rol de funções (art. 129, CF), em relação aberta, pois pode ser acrescida de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade institucional (art. 129, IX). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a *advocacia da sociedade*, e a procuratura que a tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus ramos federais, distrital federal e estaduais.

O segundo conjunto de interesses são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a *advocacia do Estado* (art. 131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as procuraturas que a têm a seu cargo são a Advocacia-Geral da União (órgão

---

14 SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em seus recentes e valiosos *Comentários*, caracteriza-as como "instituições governamentais complementares, aos Poderes Políticos (p. 112), deixando nítido que a moderna partilha constitucional de Poderes do Estado inclui essas funções no sistema de *policy control*, referido por LÖWENSTEIN.

coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares).

O terceiro conjunto de interesses são individuais, coletivos e até difusos, mas todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los: são os interesses dos necessitados (art. 5.º, LXXIV, da Constituição). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a *advocacia dos necessitados* e a procuratura que a tem a seu cargo é a Defensoria Pública, federal, distrital federal e estadual (artigo 134, CF).

São, portanto, quatro tipos de advocacia, no sentido lato, aqui empregado: a advocacia-geral, prestada singularmente aos indivíduos em caráter privado, e as três advocacias públicas específicas: a da sociedade, a da União, dos Estados e do Distrito Federal, e a dos necessitados, discriminadas na Constituição, com o sentido de criar um sistema constitucional de provedoria da justiça, supostamente amplo e capilarizado para ministrar a todos os interesses garantidos pela ordem jurídica a necessária proteção.

Esse complexo sistema, destacado dos demais Poderes, no exercício de funções de fiscalização e de provocação, é *essencial à justiça*, no sentido de que, sem ele, não se logrará a necessária afirmação da ordem jurídica, desiderato que caracteriza o Estado Democrático de Direito e o vocaciona para ser um Estado de Justiça.

##### 5. *Eficiência da Administração Pública através de regras de atuação uniforme*

A Constituição brasileira de 1988 instituiu no País, à semelhança das anteriores Cartas republicanas, um sistema de mais de quatro mil Direitos Administrativos Positivos: o federal, os estaduais e o do Distrito Federal e um para cada Município<sup>15</sup>.

Essa complexidade, por si só, já representa uma grande dificuldade para estabelecer-se um controle simples, eficiente, seguro e de todos conhecido. Mas a ela ainda vem se somar nova complexidade do próprio aparato administrativo de cada uma das suas unidades, alcançadas pelo processo contemporâneo da desestatização e da descentralização, conforme já se expôs.

É natural, assim, que subsistam dúvidas, vacilações e imprecisões de todo tipo, a comprometer a eficiência da administração pública brasileira de todos os níveis, abrangendo as bases de decisão, de execução e de controle.

Eis aí a razão, bastante e suficiente, de ter, o constituinte de 1988, se preocupado com a *uniformização de princípios e preceitos para a admi-*

<sup>15</sup> SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *op. cit.*, p. XXIII.

nistração pública nacional, dedicando-lhe, por isso, um capítulo especial na Carta Magna.<sup>16</sup>

Essa uniformização, tão necessária, já se constitui, assim, numa resposta constitucional para o aperfeiçoamento institucional da administração pública, em busca da eficiência em sua atuação e da eficiência no seu controle.

Cumprida a doutrina pôr em relevo, com a devida clareza, o que se uniformizou e com que sentido, começando por distinguir as *atividades administrativas instrumentais*, objeto da unificação, das *atividades administrativas finalísticas*, que continuam com sua descentralização política federativa.

As *atividades administrativas finalísticas* são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes à sociedade. Esses são os interesses públicos *primários*, para o atendimento dos quais se justifica a própria existência do Estado. E, como esses interesses são *externos* em relação à instituição estatal, fala-se em *administração pública externa*.

As *atividades administrativas instrumentais* são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata, dos interesses públicos atinentes ao próprio Estado. Esses são os interesses públicos *secundários*, ou *derivados*, para o atendimento dos quais o Estado se organiza. E como esses interesses são, portanto, *internos* à instituição estatal, fala-se em *administração pública interna*.

Ora, numa federação, a administração pública externa deve ser constitucionalmente *partilhada* entre as entidades políticas, ao passo que a administração pública interna, por ser indissociável da autonomia política, comporta apenas ser constitucionalmente *condicionada*.

São, por isso, dois os sistemas a serem estudados, no âmbito das atividades administrativas do Estado disciplinadas na Constituição: *primo*, um sistema de *partilha federativa de competência* (normativa e executiva) da administração pública externa, distribuindo-a entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; *secundo*, um sistema de *condicionamento federativo de competência* (normativa e executiva) da administração pública interna, interferindo no exercício da competência administrativa dessas entidades políticas.

Pode-se observar que o sistema de *partilha de competência* refere-se, preponderantemente, às *atividades administrativas finalísticas*, dando surgimento, em consequência, aos campos de atuação determinados segundo seu conteúdo, como a administração da segurança pública, a administração do ensino público, a administração da saúde pública etc. — os ramos materiais da administração pública.

Por outro lado, o sistema de *condicionamento do exercício da competência* tem a ver, quase que exclusivamente, com as atividades adminis-

16 Título III, Capítulo VII.

trativas instrumentais, dando origem, assim, aos setores de atuação de pessoal, do patrimônio, da fiscalização financeiro-orçamentária etc. — ramos instrumentais da administração pública.

O problema da partilha de competência dos ramos materiais da administração pública é, por sua vez, de *exclusiva* dicção constitucional, pois através dela se desenha o modelo federativo. Distintamente, o condicionamento constitucional da competência administrativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é extraordinário e excepcional, uma vez que todas as entidades públicas têm sua auto-administração assegurada pelo princípio da autonomia federativa<sup>17</sup>.

É em decorrência desse princípio, fundamental nas federações, que qualquer condicionamento da competência administrativa das entidades federadas é uma *exceção à sua auto-administração*, isto é, à plena disposição, por parte de cada unidade, de sua organização, de seu pessoal, de seus bens, de seus atos e de seus serviços; por isso, só pode prevalecer se estiver explicitada no próprio Texto Constitucional.

Em outros termos: cada entidade pública legislará ampla e autonomamente sobre seu próprio direito administrativo, salvo naquelas matérias *instrumentais* que hajam sido unificadas, em caráter excepcional, pelo legislador constituinte, visando a um tratamento homogêneo.

Essas exceções condicionadoras à autonomia administrativa dos entes políticos têm sido uma constante em todas as Constituições republicanas brasileiras, presentes sempre em maior número e com maiores detalhes, indicando uma tendência histórica à unificação do direito administrativo nacional.

Uma breve incursão na Constituição de 1988 põe em evidência esse sistema de condicionamento federativo da administração pública brasileira, de todos os níveis.

Desde logo despontam, no sistema de condicionamento, os *Princípios Fundamentais*, encontrados no Título I, precisamente por condicionarem, no mais alto nível axiológico, político e jurídico, toda a atividade administrativa, tanto quanto a legislativa e a judicial, com uma eficácia *positiva* de vincular a prática e a interpretação dos atos do Poder Público — a *eficácia programática*, e com uma eficácia *negativa* de invalidar todos os que a eles se oponham — a *eficácia preceitual impeditiva e desconstitutiva*.

Especificamente, quanto aos Princípios Fundamentais, a atuação administrativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por seus órgãos, de qualquer dos Poderes respectivos, direta ou indireta, não poderá atentar contra a soberania (artigo 1.º, I), a cidadania (artigo 1.º, II), a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III), os valores sociais do trabalho e da livre

17 Art. 18, da CF.

iniciativa (artigo 1.º, IV), o pluralismo político (artigo 1.º, V), o processo democrático de exercício do poder (artigo 1.º, parágrafo único), a independência e harmonia dos Poderes (artigo 2.º), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3.º, I), o desenvolvimento nacional (artigo 3.º, II), a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e religiosas (artigo 3.º, III), o bem de todos e a igualdade de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras (artigo 3.º, IV).

O primeiro problema que surge numa aplicação desses princípios, com efeito desconstitutivo, está na determinação dos limites de realidade e de razoabilidade da norma principiológica constitucional. O "otimismo juridicizante"<sup>18</sup> tem levado ao texto das Constituições toda sorte de ambições e de pretensões que, não obstante seu elevado cunho moral, nada têm a ver com a realidade das sociedades e, ao contrário, "colidindo com as possibilidades reais do Estado e da sociedade, carregam para a Constituição descrédito e desprezo"<sup>19</sup>. Assim, a possibilidade de conferir efeito desconstitutivo a princípios constitucionais fundamentais é, afinal, o traço diferenciativo das meras orientações éticas e filosóficas preambulares. Em outros termos: essa eficácia negativa invalidante, decorre da realidade e da razoabilidade de que se revistam os princípios enunciados e não da mera declaração ética de intenção do legislador constitucional, por mais encomiável que se a considere.

O segundo problema de sua aplicação é a determinação causal. A caracterização casuística de uma ofensa juridicamente invalidável a esses princípios fundamentais não pode ser feita arrimada em juízos vagos, emocionalmente despertados, preconceituosos, ou fantasiosos. A eficácia desconstitutiva imediata desses princípios só deve resultar de uma segura e demonstrada relação de causa e efeito entre os resultados jurídicos que adviriam do ato inquinado e o sacrifício do valor considerado.

Seguem-se, em longo elenco, os *Direitos e Garantias Fundamentais*, desenvolvidos no Título II da Constituição. Aqui, a relação entre norma constitucional e atividade administrativa é muito mais perceptível e, em certos casos, direta. Estamos, também, diante de severos condicionamentos à atividade da administração pública que, sob hipótese alguma, poderá violá-los em suas ações ou omissões.

Destacam-se, entretanto, no artigo 5.º alguns dispositivos da mais nítida relevância para o Direito Administrativo, dotados de amplitude nacional. Estão nesta categoria a liberdade de trabalho, de ofício e de profissão (inciso XIII), de acesso à informação (inciso XIV), de reunião

18 A expressão de PABLO LUCAS VERDÚ foi colhida por LUIS ROBERTO BARROSO na tese *Princípios Constitucionais Brasileiros ou de Como o Papel Acetta Tudo*, aprovada pelo XVII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em novembro de 1991, Belém do Pará.

19 *Op. cit.*, de LUIS ROBERTO BARROSO, p. 8.



(inciso XVI), de associação (incisos XVII, XVIII e XIX), a propriedade (incisos XXII, XXIII, XXIV e XXV), a defesa do consumidor (inciso XXXII), o direito à informação dos órgãos públicos (inciso XXXIII), de petição e de obtenção de certidões (inciso XXXIV) e o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (inciso XXXVI). O mesmo artigo 5.º prescreve, ainda, para todo o País, o devido processo legal (inciso LIV), o contraditório e ampla defesa (inciso LV), a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI), o *habeas corpus* (inciso LXVIII), o mandado de segurança (inciso LXIX), o mandado de segurança coletivo (inciso LXX), o mandado de injunção (inciso LXXI), o *habeas data* (inciso LXXII), e ação popular (inciso LXXIII) e a obrigatoriedade de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (inciso LXXIV).

Quanto aos direitos sociais, discriminados no mesmo Título II, Capítulo II, é mandamental para a administração pública de todas as entidades que a exerçam a observância dos direitos dos trabalhadores no que concerne aos empregos públicos (v. artigo 37, I), a observância do disposto no artigo 7.º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX, no que se refere aos servidores públicos civis (artigo 39, § 2.º) e do disposto no artigo 7.º, VIII, XII, XVII, XVIII e XIX, no que se refere aos servidores militares, além da participação obrigatória dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e de deliberação (artigo 10).

No Capítulo III, ainda do Título II, assoma em relevância o artigo 13, que faz da língua portuguesa o idioma oficial da República, estabelece seus símbolos nacionais e faculta aos Estados, Distrito Federal e Municípios terem os seus próprios.

Concentram-se, porém, no Título III — *Da Organização do Estado*, as prescrições condicionantes especificamente voltadas ao sistema administrativo nacional.

O artigo 19 veda às entidades políticas estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a relação de colaboração de interesse público (inciso I), recusar fé aos documentos públicos (inciso II) e criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (inciso III).

O artigo 21 estabelece a competência administrativa *externa* da União (administração de interesses da sociedade nacional, erigidos a interesses públicos pela Constituição e cometidos à União), mas certos incisos tratam da administração *externa* cometida a outras entidades públicas e, assim, tocam à sua autonomia administrativa. São desse tipo: as diretrizes na-

cionais para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano (inciso XX) e os princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação (inciso XXI).

O artigo 22, de modo semelhante, embora definindo a competência legislativa privativa da União, estabelece também algumas interferências, de cunho homogeneizador, no direito administrativo nacional. São as seguintes: diretrizes da política nacional de transporte (inciso IX), normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares (inciso XXI), diretrizes e bases da educação nacional (inciso XXIV) e, no tocante à administração *interna*, de modo especial, as normas gerais de licitação e de contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (inciso XXVII).

No campo da competência comum, tipicamente administrativa *externa* (artigo 23), cada unidade política atuará externamente de acordo com as prescrições legais baixadas pela entidade política competente para legislar e, internamente, de acordo com suas próprias normas administrativas, em virtude de sua autonomia político-administrativa (artigo 18).

Quanto à competência concorrente limitada (elencada no artigo 24), atribui-se à União o poder de baixar normas gerais sobre uma cópia de assuntos de administração *externa* (incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XV e XVI), remanescendo para os Estados e Distrito Federal disporem sobre os mesmos assuntos com suas normas específicas, ainda que a União não venha a exercer o seu poder.

Está, todavia, no Capítulo VII, desse mesmo Título III — *Da Administração Pública* — uma concentração de normas constitucionais excepcionadoras da autonomia das unidades federadas e, portanto, de administração *interna*.

Nele se contém sete longos artigos, regulando os mais diversos aspectos da atividade jusadministrativa, especialmente quanto à organização, funcionamento, pessoal e controle, divididos em quatro seções: *Disposições Gerais, Dos Servidores Públicos Civis, Dos Servidores Públicos Militares e Das Regiões*.

De especial importância, porém, por sua amplitude, destaquem-se os quatro princípios expressos, incidentes sobre a administração pública, direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes e de todos os três níveis federativos (artigo 37, *caput*): *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade*.

O Título IV, o Capítulo I — *Do Poder Legislativo, Seção IX*, contém prescrições de direito administrativo de amplitude nacional, referentes à

atividade de controle — a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (artigo 70) e da atuação dos Tribunais e Conselho de Contas de todos os níveis federativos. Essas “cortes de contas”, como se sabe, são órgãos administrativos situados no âmbito dos Poderes Legislativos federal, estaduais, distrital federal e, nos casos exclusivos, de dois Municípios de capitais, municipais, com a finalidade de auxiliá-los no exercício do controle contábil, financeiro e orçamentário externo (artigo 49, X).

Embora a titularidade e a definitividade desse controle político-administrativo caibam ao Poder Legislativo, tem sido uma observável constante weberiana a tendência desses órgãos de se hipertrofiarem e de buscarem ampliação de seu espaço político. Constituídos, em grande parte, com exceção do Tribunal de Contas da União, de ex-políticos militantes regionais e locais, alguns frustrados nas urnas, quase sempre sem formação acadêmica adequada e com reduzida experiência jurídica, torna-se explicável aquele persistente empenho de politização e de afirmação de poder, como compensação à generalizada ineficácia técnica, quando não de encobrimento ao corporativismo e ao nepotismo.

Esse sistema obsoleto e dispendioso de controle financeiro-orçamentário, não obstante incompatível com as modernas exigências de agilidade e eficiência da administração pública, tem uma surpreendente inércia política a seu favor, que os torna *supérstites a todos os golpes e regimes políticos* e, em certos casos, ousadamente atuantes.

Finalmente, nos demais Títulos IV a IX, há dispositivos esparsos que, direta ou indiretamente, tocam à atividade administrativa pública. Vale destacar os que se seguem.

O princípio da autonomia da administração *interna* do Poder Legislativo (artigos 51, IV e 52, XII), obrigatório para os Estados (artigos 2.º e 25), Distrito Federal (artigos 2.º e 32) e Municípios (artigos 2.º e 29).

O princípio da chefia unipessoal da administração *externa*, concentrado no Presidente da República (artigos 76 e 84, II), obrigatório, no modelo constitucional de divisão de Poderes, para os Estados (artigos 2.º e 25), Distrito Federal (artigos 2.º e 32) e Municípios (artigos 2.º e 29).

O princípio da autonomia da administração *interna* do Poder Judiciário (artigo 96, I, b, c, e e f), obrigatório para os Estados (artigos 2.º e 25) e Distrito Federal (artigos 2.º e 32), observados os princípios específicos dos incisos do artigo 93.

Nesse mesmo elenco, do artigo 93, o princípio contido no inciso X se projeta além da administração *interna* do Poder Judiciário, para alcançar também, e com maior razão, a *motivação* de quaisquer decisões administrativas dos demais Poderes, *assim entendidas* as que contenham a

solução de litígios, controvérsias e dúvidas ou aos que não conheçam ou não acolham pretensões em sede administrativa. Com efeito, se o Poder Judiciário, ao qual cabe o controle final de legalidade de *qualquer* decisão, está obrigado a motivar as suas próprias decisões administrativas, *a fortiori* a isto estarão obrigados os órgãos dos demais Poderes, tendo em vista, principalmente, a possibilidade da boa realização do controle externo.

No mesmo Título IV, no Capítulo IV — *Das Funções Essenciais à Justiça*, a Constituição trata de órgãos e funções que, ainda que não constituam um quarto Poder do Estado, como os instituídos nos três Capítulos anteriores, conformam, em seu conjunto, órgãos e funções político-constitucionais que *necessariamente devem existir* num Estado Democrático de Direito, para que a legitimidade e a legalidade possam ser efetivamente preservadas a todo transe. São instituídos, nos níveis federal, estadual e distrital federal, os três ramos da advocacia pública: a *advocacia da sociedade* — o Ministério Público, com seus desdobramentos (artigos 127 e 128), a *advocacia do Estado* — a Advocacia-Geral da União e os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (artigos 131 e 132) e a *advocacia dos necessitados* — a Defensoria Pública (artigo 134). Essas específicas estruturas da advocacia pública, *procuraturas constitucionais*, diferenciam-se das demais procuradorias de criação legal, de Municípios, Territórios, autarquias, fundações etc., que não têm relevância político-constitucional no exercício de funções de provedoria de justiça.

As atividades estatais da segurança pública, tratadas no Título V, artigo 144, não só se referem à administração *externa* como à *interna*; esta, naquilo em que predefinem órgãos e funções estaduais. Ao lado de órgãos federais da segurança pública (incisos I, II e III), são instituídos *órgãos nacionais de expressão estadual*, tal como os mencionados no parágrafo anterior, responsáveis pelas funções essenciais à Justiça: as Polícias Civil e Militar e os Corpos de Bombeiros Militares (artigo 144, IV e VI), fixando-lhes as respectivas competências (artigo 144, §§ 4.º, 5.º e 6.º), bem como facultando aos Municípios criarem guardas municipais com atribuições limitadas (artigo 144, § 8.º).

De transcendente importância para o desempenho da administração pública *interna* em todos os níveis federados é o tema do Título VI, Capítulo II — *Das Finanças Públicas*, com duas Seções: uma, de normas gerais constitucionais sobre a matéria e outra, especificamente sobre orçamentos. As normas gerais constitucionais encontram desenvolvimento em lei complementar (artigo 163), que disporá sobre inúmeros condicionamentos impostos aos Estados, Distrito Federal e Municípios, ou finanças públicas (inciso I), dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público (inciso II), concessão de garantias pelas entidades públicas (inciso II), emissão e resgate de títulos da dívida pública (inciso IV), fiscalização das instituições

financeiras (inciso V), operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (inciso VI) e compatibilização das funções, das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional (inciso VII), legislando, em tudo, a União, a nível de normas gerais, no exercício de sua competência, mormente para dispor sobre direito financeiro (artigo 24, I).

Como restrição ao desdobramento da administração indireta e de suas subsidiárias no campo econômico, o Título VII — *Da Ordem Econômica e Financeira*, estabelece limitações ao Estado empresário, ou seja, quanto à intervenção econômica concorrencial (artigo 173, *caput*, e §§ 1.º e 2.º), prevendo a disciplina das relações da empresa pública com o Estado e a sociedade (artigo 173, § 3.º), localizando as funções de fomento público econômico (artigo 174, *caput*) e dispondo sobre o regime das concessões e permissões de serviços públicos, condicionando, nesta hipótese, a execução de administração pública externa dos serviços públicos, nessas modalidades (artigo 175).

O Capítulo II, também do Título VII — *Da Política Urbana*, traça diretrizes de direito administrativo aos Municípios, responsáveis por sua execução (artigo 182, *caput*), e estabelece a impossibilidade de usucapião de terras públicas urbanas (artigo 183, § 3.º). Quanto ao direito administrativo agrário, o Capítulo seguinte, *Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária*, tem normas sobre alienação e concessão de terras públicas (artigo 188, § 1.º) e também proíbe o usucapião de imóveis públicos rurais (artigo 191, parágrafo único).

Finalmente, no Título VII, o Capítulo IV trata *Do Sistema Financeiro Nacional*, uniformizando-o para todo o País sob a administração da União (artigo 192), competente para legislar privativamente sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores (artigo 22, VII), mas abrindo às entidades políticas a possibilidade de contarem com “instituições bancárias oficiais” (artigo 192, I).

Segue-se o Título VIII, *Da Ordem Social*, criador do sistema único de saúde, com a peculiaridade de ser hierarquizado nos três níveis de governo (artigo 198, *caput*), instituindo previdência social, com normas aplicáveis à administração interna dos Estados, Distrito Federal e Municípios quanto à previdência dos seus respectivos servidores (artigo 24, XII), e ditando norma sobre contagem recíproca de tempo de contribuição previdenciária para efeito de aposentadoria (artigo 202, § 2.º).

Na Capítulo III, desse Título, a Seção I desenvolve a disciplina administrativa nacional da educação, com o estabelecimento de um sistema administrativo do ensino público (artigo 211). O Capítulo IV prevê uma exceção ao princípio da não-vinculação de receitas (artigo 218, § 5.º) e

o Capítulo VI contém princípios e normas de direito administrativo ambiental de amplitude nacional (artigo 225, com seus sete incisos e seis parágrafos).

Finalmente, no Título IX — *Das Disposições Constitucionais Gerais*, há normas de direito administrativo aplicáveis aos Estados que vierem a ser criados (artigo 235), normas sobre controle e fiscalização sobre comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais (artigo 237), sobre venda e revenda de combustíveis do petróleo, álcool carburante e outros combustíveis (artigo 238), sobre isonomia de vencimentos dos delegados de polícia com as carreiras jurídicas (artigo 241) e sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo, ao uso de deficientes físicos (artigo 244).

Como se pôde observar pela resenha apresentada, não há grandes inovações no que tange à *partilha* de competência ou seja, à distribuição federativa das atividades administrativas *finalísticas*; a inovação digna de nota está no sistema de *condicionamento* nacional das atividades administrativas *instrumentais* e, por isso, no conjunto de exceções introduzido no princípio da autonomia dos entes políticos federados. É nesse conjunto, portanto, que se arma o travejamento constitucional de um *direito administrativo nacional*, como principal inovação do aparato da administração pública na Carta de 1988.

#### 6. *Eficiência do controle da Administração Pública através de regras para a garantia da plenitude ética*

A vantagem do estabelecimento de um *sistema constitucional de direito administrativo nacional* examinado pode ser apreciada sob diversos ângulos, muitos dos quais serão discutidos adiante; um deles, porém, se eleva sobre os demais com notável importância prática: a ampliação e o aperfeiçoamento do *controle* sobre a atividade administrativa do Estado, em qualquer nível político que se dê. Esse, sem dúvida, destaca-se como um dos mais significativos progressos registrados na Constituição de 1988, senão o mais transcendente, por sua contribuição na efetiva realização do Estado de Direito e do Estado Democrático e na preparação do Estado de Justiça.

Com esse sistema, aperfeiçoam-se os instrumentos de controle da sociedade sobre a atividade administrativa, logrando-se um memorável avanço institucional no sentido da construção de um Estado sob o império da *plenitude ética*, com sujeição à legalidade, à legitimidade e à licitude.

Efetivamente, esse sistema de princípios e de normas constitucionais regedoras do direito administrativo nacional, vigente para todas as unidades políticas, muito além dos benefícios que normalmente já defluem apenas da unidade e da coerência doutrinárias, abre um imenso campo à ação

de controle de legalidade e de legitimidade, interno ou externo, provocado ou *ex officio*, de fiscalização ou de correção, à disposição do próprio Estado, por seus órgãos próprios de zeladoria e provedoria da ordem jurídica, ou os da sociedade.

A sujeição da sociedade, e depois a do Estado moderno à lei, foram as primeiras conquistas, conformando o sistema da *legalidade*, como aquele mínimo ético indispensável que a sociedade exige de seus membros, marcando a transição histórica do Estado Absolutista para o *Estado de Direito*.

A sujeição do Estado à *vontade da sociedade* foi, a seguir, a extraordinária conquista política realizada pelas revoluções francesa e americana, dotando a ordem jurídica de um sistema da *legitimidade* e permitindo o surgimento e a disseminação do *Estado Democrático*.

Finalmente, a sujeição do Estado à *moral*, a mais ambiciosa e demandante das conquistas éticas, está apenas começando, incorporando-se lentamente à ordem jurídica como um sistema de *licitude* e possibilitando, onde o Estado Democrático de Direito já se está sedimentando, o advento do *Estado de Justiça*.

O *Estado de Direito* afirmou-se, com sua ordem jurídica positiva e seu rigor conceitual e dogmático no século dezanove, nos países à vanguarda da civilização. O *Estado Democrático* necessitou, para impor-se, com sua ordem jurídica flexibilizada por uma percepção mais aguda do substrato econômico e social do direito, de quase meio século de guerras mundiais, quentes e frias, sendo seu marco histórico a queda do Muro de Berlim. Toca a vez, agora, ao *Estado de Justiça* desdobrar-se neste final de século e de milênio, com a incorporação, cada vez mais nítida, por certo, da orientação valorativa à ordem jurídica.

A introdução de diferentes e sempre mais exigentes valores na ordem jurídica, como luzeiros orientadores de *toda atividade* do Estado, seja da legislativa, administrativa ou jurisdicional, responde às próprias exigências do progresso humano em todos os seus múltiplos setores e com toda sua crescente complexidade. Cada vez mais exige-se uma versão prospectiva nítida dos rumos a serem tomados. Não necessita que essas indicações sejam fixas, imutáveis ou ideologizadas, como no passado, pois não é de engessamento de idéias que se necessita para enfrentar desafios sempre cambiantes, vez que os rumos valerão enquanto forem úteis, até que sejam superados na livre crítica das sociedades pluralistas e desideologizadas. O que não se aceita é deixar que o progresso se confunda com o mero crescimento da economia e ir à ventura, desarticulado dos valores cardeais que devem unir e elevar os esforços das sociedades humanas.

A ressurgência dos valores no Direito torna-se patente na crescente importância atribuída pela ordem jurídica aos *princípios*. Essas "normas

de normas"<sup>20</sup>, densamente impregnadas de sentido axiológico, quando não, apenas, a expressão de um determinado valor, que tradicionalmente se aninhava no corpo da doutrina, ganham hoje os textos legais e constitucionais.

Surgem *princípios* de toda ordem: explícitos, implícitos, polivalentes, monovalentes, gerais, subgerais, especiais, setoriais, que começam, pelo menos, a dar sentido à astronômica produção preceitual do Estado contemporâneo. A ordem jurídica, embora cada vez mais estatizada, como observa BOBBIO<sup>21</sup>, paradoxalmente, volta-se à sociedade para dela abeberar-se dos valores nela vigentes, graças aos avanços substanciais dos procedimentos legitimatórios.

Coube, assim, ao arejamento pela legitimidade política, entronizada pela prática democrática, essa modificação conceptual do direito contemporâneo, como os jusfilósofos mais atilados já o perceberam e, como expressivo exemplo, entre nós, MIGUEL REALE, na seguinte passagem: "Note-se, por exemplo, o papel que os valores do indivíduo e da sociedade civil passaram a desempenhar nos mais recentes Estatutos constitucionais merecendo realce, o que consta da Constituição brasileira de 1988"<sup>22</sup>.

Com efeito, é no domínio do Direito Constitucional que essa categoria normativa vem despontando com renovada e crescente importância, provocando uma salutar ampliação de seu tratamento doutrinário, que não era tão demandado no fastígio do positivismo jurídico.

Dessas ampliações dá-nos conta J. J. GOMES CANOTILHO, que, em seu *Direito Constitucional*, dedica várias páginas à principiologia constitucional<sup>23</sup>.

As Constituições modernas, ao acolherem as normas-princípios, ou simplesmente *princípios*, ao lado das normas-regras tradicionais, ou simplesmente *regras*, como prefere CANOTILHO, ou *normas, tout court*, como em maioria se tem preferido, ou ainda a *preceitos*<sup>24</sup>, dão a flexibilidade necessária para atender à diversidade dos graus de *abstração*, de *generalidade*, de *endereço* e de *exequibilidade* demandada pelo ordenamento constitucional.

20 V. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, Rio, 1992, 10ª ed., pp. 61 e ss.

21 É o fenómeno de convergência entre o Estado e o Direito da filosofia política moderna, analisada por NORBERTO BOBBIO no verbete "Diritto" para o *Dizionario di Politica* (Ed. Utet, Turim, 1983, pp. 334 e ss.).

22 MIGUEL REALE, *A Nova Fase do Direito Moderno*, Saraiva, São Paulo, 1990, p. 125.

23 5ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, pp. 171 a 174.

24 Preferimos "preceito", para indicar a norma de menor abstração e generalidade, em contraste com "princípio", atendo-nos à voz latina *praeceptu*, que transmite um sentido de mandamento, de ordem, do que é previamente instruído.



Quanto à *abstração*, porque os princípios contêm orientações téticas, que exigem, salvo excepcionalmente, preceitos hipotéticos intermediários à sua aplicação aos casos concretos.

Quanto à *generalidade*, porque os princípios têm amplíssima incidência, distintamente dos preceitos, que se aplicam sobre hipóteses específicas e definidas.

Quanto ao *endereçamento*, porque os princípios são indeterminadamente dirigidos aos legisladores e aos aplicadores concretos (administradores e juizes), ao passo que os preceitos têm precisado a quem se dirigem.

Quanto à *exeqüibilidade*, porque os princípios serão sempre aplicáveis, ainda que o sejam em suas funções inibidora e desconstitutiva de atos que os infringam, sejam estes normativos ou concretos, diferentemente dos preceitos, que podem ter toda a sua exeqüibilidade diferida.

Modernamente, as cartas constitucionais valem-se de princípios e de preceitos, conforme as exigências demandadas em cada norma, combinando, em diversos graus, essas quatro características, exatamente para atender à multifuncionalidade requerida.

Quanto aos princípios, apresentam-se eles com cinco funções distintas: *nomogenética*, *exegetica*, *sistêmica*, *inibidora* e *desconstitutiva*.

Por *função nomogenética*, talvez a mais importante a ser desempenhada na ordem jurídica, entende-se a *orientação* matricial que emana do princípio para a criação das normas infraconstitucionais, sejam preceituais ou, também, principiológicas. Dirige-se, por isso, precipuamente, ao legislador e, secundariamente, ao administrador no exercício de atividade normativa.

Por *função exegetica* entendemos o balizamento da *interpretação* dos preceitos e princípios derivados. Dirige-se, portanto, ao aplicador.

Por *função sistêmica* vemos, também, com CANOTILHO, a que permite "ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional", com uma "idoneidade irradiante"<sup>25</sup>, que contribui para dar uma *identidade* ético-política a cada Constituição. Dirige-se, assim, a todos, indistintamente, legisladores, administradores e juizes, pois é por essa função que se expressa, com maior ou menor clareza, a opção moral do legislador constituinte.

Por *função inibidora*, estreitamente ligada à anterior, entende-se a decorrente da sua eficácia *impeditiva* da prática de qualquer ato que contrarie o princípio adotado. Dirige-se, igualmente, a todos, sem exceção.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 175.

Por *função desconstitutiva*, por fim, também vinculada às duas anteriores, entende-se a decorrente da eficiência *resolutiva* do princípio, seja de ato legislativo, administrativo, judicial ou privado.

Além dessas funções, os princípios podem ser *auto-exequíveis concretamente*, dispensando especificação preceitual.

No tocante ao tema da plenitude ética da administração pública, encontramos, além das menções implícitas aos princípios cardeais da *legalidade*, da *legitimidade* e da *licitude* existentes no Título I — Os Princípios Fundamentais, as seqüências explícitas do artigo 37, *caput*, e 70, *caput*, entendida, observe-se às administrações direta, indireta e fundacional e, em se tratando de dinheiros, bens e valores públicos, qualquer pessoa física ou entidade pública que os utilize, arrecada, guarda, gerencia ou administre, o que inclui no sistema a administração pública desestatizada.

A esses princípios substantivos seguem-se, como necessários complementos, os *princípios instrumentais* para sua *efetiva* realização: o da *publicidade* (artigo 37, *caput*), o da *motivação* (artigos 5.º, LV, e 93, X) e o do *contraditório* e da *ampla defesa* (artigo 5.º, LV).

A *participação política* (artigo 1.º, parágrafo único) e a *essencialidade da provedoria de justiça* (artigos 127 a 135) são, simultaneamente, princípios substantivos, no que toca ao conteúdo, e instrumentais, no que respeita às suas distintas formas funcionais e organizacionais de atuação.

Não obstante, a *efetividade* desses princípios está longe de ser satisfatória. A alteração constitucional precedeu a mudança de mentalidade que aplainaria as dificuldades opostas a um real controle de juridicidade, notadamente quanto à administração pública.

Recentes acontecimentos políticos, como os que culminaram no *impeachment* presidencial, parece que podem significar a reversão de uma resistência passiva de políticos e administradores públicos à simplificação da participação política e à submissão às atividades de provedoria desempenhadas pelas funções essenciais à justiça.

Para muitos, esses novos instrumentos não significam mais que uma redução de suas competências ou entraves inúteis à sua ação. Não se dão conta, na sua maioria, do que significam para a sociedade, para o direito e, até, para eles próprios.

Contestam a necessidade de ampliar os instrumentos de participação política e vêem com suspicácia as funções de controle das Procuraturas constitucionais.

É verdade que, quanto ao Ministério Público — a Procuradoria-Geral da República, de modo particular — não só a correta normatividade constitucional que lhes assegurou uma inegável situação de independência fun-

cional como o desassombado desempenho de sua Chefia, depois da entrada em vigor da Constituição, que bem demonstrou o acerto dos legisladores constitucionais, o problema da independência e do acatamento já está superado, ou quase superado.

Mas, no tocante à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados há muito a ser feito. Desde logo, a Advocacia-Geral da União, instituída em 1988, ainda não saiu do papel; não se lhe viu a prioridade devida e, com isso, o aparato da administração pública federal não conta senão com os obsoletos cargos de consultoria, desempenhados em comissão, sem independência funcional, sem unidade institucional e, o que é pior, sem o peso que deveriam exercer. As terríveis conseqüências dessa omissão já se fizeram patentes na crise da moralidade administrativa que compromete o País; se já existisse, ativa, íntegra e independente, a Advocacia-Geral da União, outros rumos poderiam ter sido tomados.

Quanto às Defensorias Públicas, também lutam com grandes dificuldades para verem sua essencialidade à justiça realçada pelos Governantes, não raro submetidas a discriminações e a caprichos.

É indubitável, pois, que devem ser vencidos preconceitos e temores para que a *eficácia do controle* do aparato da pública administração seja uma realidade. Os avanços registrados pelo Ministério Público são, assim, promissores para todo o quadro das funções essenciais à justiça e devem servir de exemplo a ser seguido pelos Constituintes revisores.

## 7. Conclusões

No campo técnico-político, o desejado aperfeiçoamento da administração pública passa pela uniformização dos princípios e preceitos que regem os processos de decisão, execução e controle.

Essa uniformização, já obtida em boa parte pela Constituição de 1988, conforme demonstrado, pode encontrar sua melhor expressão num *Código de Direito Administrativo Nacional*, como lei complementar federal que desenvolva certos princípios fundamentais que mereçam assento constitucional.

No campo ético-político, o almejado *aperfeiçoamento dos sistemas de controle* da administração pública além do contributo da uniformização, deve ir adiante, na busca da *efetividade dos sistemas* que a Constituição já instituiu: o da *participação política*, abrindo um controle difuso, de grande espectro, e o das *funções essenciais à justiça*, acrescentando várias modalidades de controle institucional altamente profissionalizado, valorizando plenamente a cidadania.

Esses institutos, é claro, devem ser integrados, porque, em última análise, *concorrem, em termos de controle de juridicidade, para as mesmas finalidades*.

Essas observações não devem ser entendidas como as únicas que se possam fazer em prol do aperfeiçoamento da administração pública desde

o nível constitucional. Elas são, sem dúvida, importantes, mas devem ser acompanhadas de correções técnicas que também deveriam merecer consideração quando da revisão constitucional.

Descarte-se, desde logo, qualquer posicionamento político-partidário, para que se fique, como convém a este tipo de estudo, nos problemas de natureza estritamente técnica, como o são o *casuísmo*, a *assistematicidade*, a *indefinição* e a *provisoriedade*.

É inegável que, não obstante o avanço registrado, da homogeneização de um direito administrativo nacional, muito ainda há o que fazer para racionalizar o setor.

Do mesmo modo, em que pese o esforço inovador reconhecido, a afluência de um grande número de novos institutos ao nível constitucional acaba inçando o texto da Carta Magna de inúmeros detalhes e tratamentos casuísticos que ordinariamente ficavam e melhor estariam a nível legislativo ordinário.

Em certos aspectos, o detalhismo e o casuísmo, por vezes, deixam transparecer a intenção deliberada do constituinte de retirar do legislador ordinário qualquer opção de maior significação, praticando o que MIGUEL REALE denominou de "totalitarismo normativo"<sup>26</sup>.

Cristalizam-se, destarte, numerosas escolhas políticas que só poderiam ser *legitimamente* tomadas à luz das circunstâncias conjunturais e, assim, só cabem ao povo, através do seu legislador ordinário.

O mais surpreendente e até paradoxal é que, depois de décadas de denegação da participação política plural e depois de penosamente afirmada a democracia, conquistada afinal pela poliarquia, em todos os quadrantes do mundo, a Constituição, de um lado *amplie* o número de *instrumentos* de participação e, de outro, *reduza* a *oportunidade de utilizá-los*, quando se refiram à tomada de decisão de questões econômicas e sociais que devam ajustar-se às flutuações da conjuntura nacional e internacional.

Nas modernas sociedades, competitivas e dinâmicas, essas questões estão a exigir, cada vez mais, flexibilidade e rapidez em seu tratamento político e não a adoção de modelos cerebrinos, congelados nos textos constitucionais.

Ao contrário do que preferiu o legislador constitucional de 1988, à democracia participativa é que cabe apresentar soluções para que a decisão política possa variar no *contingente* num mundo em mudança, preservando o *essencial*, este sim, expresso nas Cartas Políticas.

Decisões políticas casuísticas, cristalizadas no Texto Constitucional, dificultando seu permanente reexame pela sociedade, pelos partidos políticos

---

<sup>26</sup> *Razões de Divergência*, artigo in *Folha de S. Paulo*, 29 de junho de 1986.

e pelos seus legítimos representantes eletivos, é prática elitista que a ninguém pode interessar, senão a reduzido número de privilegiados<sup>27</sup>.

A presença desse anacrônico elitismo no texto da Constituição de 1988 tem, todavia, duas reconhecíveis vertentes: uma, nacional: o Anteprojeto da Comissão dos Notáveis, e outra, estrangeira: o conceito de constituição dirigente, desenvolvido em doutrina de língua alemã e recolhido pelo competente constitucionalista português J. J. GOMES CANOTILHO.

Quanto ao Anteprojeto dos Notáveis, todos sabemos que, embora não tivesse sido apresentado oficialmente à Assembléia Nacional Constituinte, pelo Presidente JOSÉ SARNEY, como uma contribuição do Executivo, o que era a idéia original acabou sendo o único roteiro de trabalho, embora, para todos os efeitos, a metodologia que veio a ser adotada pretendesse dispensá-lo.

Quanto ao subsídio doutrinário externo, o conceito de constituição dirigente vem a ser, em síntese, o adotar-se um programa partidário numa carta constitucional; idéia que tampouco é nova, pois sempre esteve presente em todas as Constituições dos Estados ideologicamente comprometidos. Através de definições partidárias constitucionalmente consagradas, o que transparece é a intenção de substituir os partidos políticos por uma única linha: aquela ditada pelo legislador constitucional<sup>28</sup>.

Não obstante, a torrencial lição da História das idéias políticas e do constitucionalismo, enquanto experiência dos povos, é simples: uma Constituição não tem lugar para casuísmos. As *Cartas Políticas sintéticas, mais tersas e principiológicas* são, pelo menos, mais duradouras e, em geral, mais confiáveis, deixando margem para a integração permanente, rica e atualizadora, que lhes propiciam os Poderes constituídos.

Deve-se, sobretudo, desconfiar do detalhismo constitucional, porque, capeado por um interesse partidário, até aparentemente válido, quase sempre encobre preconceitos, privilégios, corporativismo, protecionismo e inúmeras manifestações de paternalismo.

---

27 Contra o elitismo constitucional, recorde-se a reação do então Presidente da OAB, HERMANN BAETA, diante do "totalitarismo normativo", que teve seu protótipo no Anteprojeto da "Comissão de Notáveis": "Não precisamos de Comissão de Notáveis, de comissão de sábios. Sábio é o povo. Notáveis somos nós (*Jornal do Brasil*, 4 de junho de 1985). No mesmo sentido, NEY PRADO, in *Notáveis Erros dos Notáveis*: "Nasceram, assim, no elitismo, várias das inúmeras propostas casuísticas, como meio de evitar que os futuros legisladores comprometessem o "modelo perfeito" (Ed. Forense, 1987, p. 67).

28 Na tese de J. J. GOMES CANOTILHO, *A Constituição Dirigente*, não há, apenas, a apologia do casuismo mas, com nitidez, de um imodesto elitismo, ao defender o estabelecimento de um caminho, sem desvios, para o triunfo das concepções político-partidárias de seus autores. Felizmente para Portugal, esse radicalismo pouco durou e hoje vemos, com satisfação, o País incorporado à Comunidade Européia e de volta à democracia real.

Apenas para efeito ilustrativo, vale recordar o art. 199, § 2.º, da Constituição de 1988, que veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde do País. Esse absurdo casuís-mo xenófobo, claro que não atingirá seriamente os interesses de possíveis investidores estrangeiros, mas só beneficia os cartéis da indústria da saúde, prejudicando, em muito, o progresso da medicina brasileira, os médicos e os empresários interessados no aperfeiçoamento técnico, mas sobretudo, condena o doente brasileiro, que não tem recursos para tratar-se no exterior, a não ter acesso às técnicas e facilidades médico-hospitalares que poderiam curá-lo. É algo assim como "a doença é nossa".

Não se trata, aqui, com o exemplo, de defender qual seja a melhor solução com relação à participação da medicina mundial no País, *mas de resguardar que essa decisão não seja uma "política constitucional" e sim uma "política governamental"*. O que aqui se defende é a competência do Congresso Nacional para fazer esse tipo de opções: um parlamento que expresse a vontade do povo, sempre que este quiser se manifestar sobre o tema, e não engesse a decisão de uma pretensa elite constituinte.

Há, portanto, na linha desse exemplo do que de nefasto existe no casuís-mo, muito a aprimorar, para que se extirpe da Constituição brasileira os ranços elitistas e preconceituosos que se revelam, em seu texto, geralmente como preceitos excessivamente detalhistas e quase sempre excepcionadores dos princípios por ela mesma afirmados.

Outro aspecto justificativo de uma revisão é a *deficiência sistemática* do texto promulgado em 1988.

Uma vez reunidos e entregues à Comissão de Sistematização, todos os trabalhos parciais, oriundos das Comissões Temáticas, que, por sua vez, já consolidavam dezenas de textos elaborados pelas Subcomissões, seria até muito natural que apresentassem como um conjunto redundante, lacunoso e conflitivo.

O trabalho de sistematização deu-se, todavia, premido por prazos muito exíguos e inexplicável açodamento, nada compatíveis com a magnitude da tarefa. Nem se culpe a Comissão dela incumbida, pois nessas contingências pouco poderia ter sido feito para que se pudesse imprimir as necessárias qualidades sistemáticas aos duzentos e trinta e dois artigos com os muitos milhares de dispositivos que neles se continham.

O resultado, em termos técnicos, não foi outro, e não poderia sê-lo. senão um texto arquipelágico, por vezes confuso, muitas vezes contraditório. ora repetitivo, com títulos e capítulos "costurados" e não integrados, como se fora uma "rapsódia constitucional". Tudo, a jogar sobre os aplicadores a penosa tarefa de conciliar contradições, lançar pontes, interpretar com dificuldade a cada passo, procurando encontrar elusivos fios de coerência num labirinto de princípios e preceitos; recaindo principalmente sobre os aplicadores do Judiciário a difícil tarefa de dar sentido ao imenso texto, muito além de sua dimensão, capacidade de trabalho e devotamento.

Afinal, como quase todos os temas importantes da vida nacional e os inumeráveis de segunda importância que se fizeram presentes e tratados na Constituição, praticamente todas as questões passaram a ser *constitucionalmente relevantes* e, por isso, vão acabar batendo às portas de uma Suprema Corte que deveria, se assim não fora, estar reservada para os grandes problemas da ordem jurídica.

Para que não fique esse novo aspecto sem um exemplo ilustrativo, tome-se a perplexidade, que logo nos assalta, no campo do Direito Constitucional Administrativo, para conciliar-se o princípio da competitividade, cardinal para a regência das empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica pelo Estado (art. 173, § 1.º), com os princípios e preceitos que as subordinam a restrições e controles administrativos, como o das licitações (art. 22, XXVII), do acesso por concurso público (art. 37, II) e do registro de admissão de pessoal (art. 71, III), entre outros.

Mas, por vezes, a perplexidade se concentra num só artigo, como é o curioso caso do *caput* do art. 37, que destaca a "administração fundacional" da administração direta, como se fora um *tertium genus* de descentralização, sem que desse dispositivo, nem dos seus outros, que tratam de fundações criadas ou mantidas pelo Estado, se estabeleçam distinções técnicas consentâneas<sup>29</sup>.

Um terceiro exemplo de assistemática, para corroborar, ainda mais uma vez, o aspecto enfocado, é o provocado pela idéia de *isonomia*, palavra profundamente utilizada sem maiores cuidados técnicos. Há uma confusão entre *isonomia*, que é um princípio geral de direito, com a *equiparação*, que é sempre uma regra de exceção.

A isonomia consiste em tratar igualmente as situações iguais, ao passo que a equiparação vem a ser o tratamento igual atribuído a situações desiguais.

Mas, desprezando a velha e boa doutrina, o *mélange* institucional envolve nada menos que os arts. 5.º, I; 7.º, XXX; 7.º, XXXIII; 37, I; 37, X; 37, XI; 37, XII; 39, § 1.º; 135 e 241, trazendo enormes dificuldades interpretativas e dissídios jurisprudenciais.

Segue-se a *indefinição*. Em geral, ela surgiu como resultado do próprio processo de intensa negociação, com a qual se procurou superar os impasses entre correntes divergentes, mediante concessões recíprocas, incluindo no texto da Carta Magna preceitos logicamente incompatíveis. Isso tem dificultado, quando não inviabilizado, a aplicação de inúmeras regras. Tome-se,

<sup>29</sup> Louvável e imaginativo, embora não convincente para nós, o esforço interpretativo centrado sobre o vocábulo "inclusive" (ou "incluídos") para separar as fundações públicas como um *terceiro gênero da execução administrativa pública*, ao lado da direta e da indireta, desenvolvido por SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (in *op. cit.*, p. 42).

como exemplo, a problemática convivência entre um *regime único* de servidor público civil, garantido no art. 37, VII, com o *direito de greve* do servidor público, garantido no art. 37, VII, na forma da lei. E, o que é mais grave, compatibilizá-lo ainda com o conceito de *atividades essenciais*, do art. 9.º, § 1.º, já que se supõem devam convergir para a *prestação de serviços públicos*, quase sempre *essenciais*, como o são os cometidos à administração direta e autárquica. O resultado perverso da assistemática, na prática, acabou sendo uma virtual anomia, tal o número de greves “*toleradas*” de servidores públicos comprometidos com “*serviços ou atividades essenciais*” e responsáveis pelo “*atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*” (art. 9.º, § 1.º).

E nem se alegue a falta da lei complementar prevista no art. 37, VII, pois esta seria apenas condição de *exeqüibilidade* da norma constitucional. Em dezenas de outros temas cruciais também ocorre o mesmo impasse de virtual anomia: o legislador constitucional alça o tema à Carta Magna mas nem por isso nela o submete a qualquer tratamento definitivo, via de regra remetendo a solução do impasse às leis complementar e ordinária. Chega a ser paradoxal que a Constituição tenha enfrentado, definitivamente, a nível casuístico, tantas questões secundárias, como por exemplo, o provimento de serventias notariais (art. 236, § 3.º) ou a localização do Colégio Pedro II (art. 242, § 2.º), mas tenha relegado tantas outras, essenciais à vida nacional, como a greve de servidores públicos, para problemáticas definições posteriores.

Tampouco seria necessário digressar, aqui, depois de tanto repisar o tema, sobre a plethora de leis de que se necessitaria para dar aplicação à Constituição de 1988. Parte desse trabalho, na medida do possível, tem sido realizado pela via interpretativa dos Tribunais, assoberbando-os dramaticamente, num período em que, normalmente, já é grande a demanda às cortes para dirimir controvérsias à luz de um novo ordenamento constitucional. É sabido que a prestação jurisdicional sob a forma de provimentos cautelares tem sido assustadoramente dominante, principiando a assinalar um abuso que muito debilita a imagem do Judiciário.

Assim, a formulação incompleta de dezenas de comandos fundamentais deixou inacabada a tarefa constitucional, no aguardo de centenas de leis, que, um Congresso a braços com uma grande quantidade de novas funções, especialmente de controle político, que havia sido adrede dispostas para um regime parlamentar, não tem tido condições de produzir em tempo satisfatório — eis, em suma, o problema da *indefinição*.

Finalmente, como último problema técnico a ser aqui aflorado, atente-se para a *provisoriedade*, resultante do preceito do art. 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com ele, instabilizou-se a Lei Magna do País e paralisou-se um processo de modernização que nela deveria ter-se *iniciado*, com seu seguro suporte e travejamento, e não, *concluído*.



Essa característica, inédita em cartas constitucionais, pois nem mesmo na portuguesa, onde se foi colher a inspiração revisionista, ela apareceu com tanta amplitude e muito menos na aparência de um comando, decididamente não contribui para a sedimentação e o aperfeiçoamento das novas instituições políticas econômicas e sociais, mas, ao contrário, prejudica-as em sua evolução.

O impacto instabilizante desse tipo de preceito sobre a área econômica é o mais eloquente e permite-nos colher o impressionante depoimento de MIGUEL REALE, que, ante a incrível frequência e despudor dos descumprimentos governamentais às novas regras do Capítulo da Ordem Econômica, não trepidou em afirmar que "em matéria econômica o Governo Federal ainda não desencarnou da Constituição revogada. Tudo continua a ser feito como a mesma parafernália de compressão e de intervenção sistemáticas no mundo econômico como se a Constituição de 1988 não tivesse alterado substancialmente a matéria, neste ponto básico, optando por diretrizes liberais"<sup>10</sup>.

Mas, infelizmente, não são apenas certos escalões burocráticos do Governo que distorcem os comandos constitucionais na área econômica porque não quis lê-los, mas até excelentes juristas, ainda comprometidos com o que restou do estatismo e do socialismo, lêem-nos mal, publicando obras, em que emprestam o valor de sua inteligência e o peso de sua autoridade, para aumentar o grau de perplexidade e de instabilidade, como o fez um festejado monografista, que acabou, porfiadamente, encontrando uma diferença entre "exploração econômica" e "exploração de serviço público", para efeito de evitar uma saudável aplicação geral do art. 173, § 1.º, com o qual, como se sabe, se buscou imprimir o tão necessário sentido de competitividade e de eficiência às empresas do Estado. Pode-se, em esforços interpretatórios desse tipo, louvar-se a inteligência cartesiana e até uma (já heróica) fidelidade a mitos ideológicos ultrapassados, mas não, por certo, nem a modernidade, nem o bom senso.

Mas essa instabilidade, resultante da "provisoriidade", não só veio a deformar o Executivo como também o Legislativo, ao desincentivá-lo para elaborar a legislação infraconstitucional que daria exequibilidade ao Texto da Carta de 1988.

E não se exclua, tampouco, o Judiciário, que se vê, não raro, nos seus mais altos tribunais, sem outra alternativa que decidir também "provisoriamente", sob a pressão de uma catadupa de pedidos cautelares, procrastinando, assim, os julgamentos definitivos, que deveriam assentar a interpretação constitucional em benefício da estabilidade da ordem jurídica.

É óbvio que todas essas distorções, que repercutem sobre o direito administrativo aplicado a nível federal, se multiplicam nos Estados, Distrito Federal e Municípios, pois seus respectivos sistemas positivos abrem, ainda

<sup>10</sup> *Constituição de 1988. O Avanço do Retrocesso*. Ed. Rio Fundo, Rio de Janeiro, 1990, p. 19.

mais, o leque de indefinições, reproduzidas nas dúvidas e conflitos em suas próprias legislações infraconstitucionais.

Não só o Judiciário, em geral, como o Supremo Tribunal Federal, em especial, este, ainda por cima, com a competência de julgar ações diretas de inconstitucionalidade empilhadas pela ampliação da legitimação ativa para um número aberto de entidades (art. 103, IX), estão perplexos e assoberbados. Basta invocar-se o *imbróglio* recente, quase novelesco, da disputa dos aposentados da Previdência Social para incorporar um aumento de 147%, que mobilizou praticamente a Justiça Federal, de todo o País, Juízes singulares, Juízes de Tribunais Regionais, Ministros do Supremo Tribunal de Justiça e Ministros do Supremo Tribunal Federal, num desconcertante jogo processual que desgastou a imagem do Judiciário junto à opinião pública, pois o bom direito num Estado era o mau direito no outro, como se a Federação não existisse.

Em suma, mesmo considerando esses quatro problemas técnicos examinados, que não serão muito difíceis de superar em tempo de Revisão, desde que se os tenha consensualmente equacionados com esse propósito, pode-se afirmar, à luz da análise feita neste trabalho, que a Constituição de 1988 revelou uma atenção bastante positiva com os problemas da eficiência e do controle da administração pública.

Uma grande conquista será, por certo, a unificação de um Direito Administrativo Nacional na forma de um Código, não sendo necessário, para isso, mais que a previsão de uma lei complementar federal sobre normas gerais de Direito Administrativo.

De resto, os dois grandes sistemas políticos, necessários ao aperfeiçoamento ético-jurídico da administração pública brasileira, de todos os níveis, já estão instituídos: o da *participação política* e os das *funções essenciais à justiça*.

É certo, que pode e deve, a revisão constitucional, aperfeiçoá-los, tendo em vista a conquista da efetividade, que ainda não se logrou satisfatoriamente, *mas é igualmente certo que legisladores e administradores, mesmo sem que advenha qualquer revisão nesse sentido, podem ainda envidar muito maior atenção e esforço do que têm sido dados até hoje, para cumprir fielmente o que já na Constituição se instituiu com a finalidade de submeter o aparato administrativo do complexo Estado contemporâneo à plenitude ética da ordem jurídica vigente.*

Mais importante, porém, que uma revisão constitucional, que poderia até quedar-se novamente no limbo, serão, apenas, a vontade e a determinação dos políticos e dos administradores, para aceitarem e darem operatividade aos sistemas já instituídos, reconhecendo-os como os mais adequados às demandas técnicas e éticas da administração pública deste final de século, dando-lhes, corajosamente, a *efetividade* de que necessitam, para que cumpram plenamente sua elevada missão no Estado contemporâneo.

Governabilidade virá como consequência.