

Capítulo II

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. Colocação do tema. 2. Princípios da legalidade e da finalidade. 3. Princípio da impessoalidade. 4. Princípio da moralidade e da probidade administrativas. 5. Princípio da publicidade. 6. Princípio da eficiência. 7. Princípio da licitação pública. 8. Princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos. 9. Princípio da responsabilidade civil da Administração. 10. Princípio da participação. 11. Princípio da autonomia gerencial.

1. Colocação do tema

A Administração Pública é informada por diversos princípios gerais,¹ destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a *boa administração*, que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas.

Os princípios explicitados no *caput* do art. 37 são os da *legalidade*, da *impessoalidade*, da *moralidade*, da *publicidade* e da *eficiência*. Outros se extraem dos incisos e parágrafos do mesmo artigo, como o da licitação, o da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e o da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público (inc. XXI e §§ 1º a 6º). O da *finalidade* não foi explicitado, nem era necessário, porque, a rigor, ele é insito no princípio da legalidade.

É de observar, por outro lado, que os incisos do art. 37, salvo o XXI, não contêm princípios informadores da Administração Pública, embora dependentes do *caput*. São incisos impróprios como tantos outros da Constituição, resultado de uma visão técnica equivocada. São, sim, normas gerais sobre a organização do funcionalismo e sobre entidades de Administração indireta, como denuncia a rubrica da seção.

1. Para maior profundidade, cf. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, 1994.

2. Princípios da legalidade e da finalidade

Ao *princípio da legalidade* já dedicamos inúmeras páginas anteriormente, às quais nos permitimos remeter o leitor, porque tudo que ali foi dito tem integral aplicação aqui e o bastante.² Falta apenas dizer duas palavras sobre o *princípio da finalidade administrativa*, que não foi referido no art. 37, porque, certamente, o legislador constituinte o entendeu como um aspecto da legalidade. De fato o é na medida em que o ato administrativo só é válido quando atende o seu *fim legal*, ou seja, o fim submetido à lei. Logo, o fim já está sujeito ao princípio da legalidade, tanto que é sempre vinculado. Hely Lopes Meirelles destaca-o deste, para lhe dar consideração especial, para mostrar que ele “impõe que o administrador público só pratique o ato para o seu *fim legal*”, que a *finalidade* é inafastável do *interesse público*, de sorte que o administrador tem que praticar o ato com finalidade pública, sob pena de *desvio de finalidade*, uma das mais insidiosas modalidades de *abuso de poder*.³ Essas considerações querem apenas mostrar que o *princípio da finalidade* não foi desconsiderado pelo legislador constituinte, que o teve como manifestação do princípio da legalidade, sem que mereça censura por isso.

3. Princípio da impessoalidade

O *princípio* ou *regra da impessoalidade* da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. Por conseguinte, o administrado não se confronta com o funcionário *x* ou *y* que expediu o ato, mas com a entidade cuja vontade foi manifestada por ele. É que a “primeira regra do estilo administrativo é a objetividade”, que está em estreita relação com a impessoalidade.⁴ Logo, as realizações administrativo-governamentais não são

2. V. capítulo II, n.11, do título VI da Segunda Parte.

3. Cf. *Direito administrativo brasileiro*, p. 86. O autor trata da *finalidade* no tópico da *impessoalidade*, igualando esta àquela. Para nós há diferença, conforme sai do nosso texto.

4. Cf. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, t. II/XVIII-13 e XVIII-30 e 31, Buenos Aires, Ed. Macchi-López, 1975. Essa objetividade revela a neutralidade da atividade administrativa, de que nos fala Cármen Lúcia Antunes Rocha, quando diz: “O princípio constitucional da impessoalidade administrativa tem como objeto a neutralidade da atividade administrativa, fixando como única diretriz jurídica válida para os compostamentos estatais o *interesse público*” (cf. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 147).

do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do art. 37, proíbe que constem *nome, símbolos ou imagens* que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidades de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

Por isso é que a responsabilidade, para com terceiro, é sempre da Administração, como veremos logo mais.

A *personalização*, ou seja, a individualização do funcionário, pode ser recomendável, quando atue não como expressão da vontade do Estado, mas como expressão de veleidade, capricho ou arbitrariedade pessoal.⁵ Então, como nota Gordillo, "o ataque ou impugnação concreta à pessoa do funcionário só é um meio direto de lograr que ela mesma ou seu superior corrija o fato ou omissão danosa".⁶ A personalização vale assim para imputar ao funcionário uma falta e responsabilizá-lo perante a Administração Pública, a fim de que esta lhe imponha a punição cabível.

4. Princípio da moralidade e da probidade administrativas

A *moralidade* é definida como um dos princípios da Administração Pública (art. 37). Já discutimos o tema quando tratamos da ação popular, e vimos que a Constituição quer que a imoralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato viciado. A idéia subjacente ao princípio é a de que moralidade administrativa não é *moralidade comum*, mas *moralidade jurídica*. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa, como disse Hauriou, que a moralidade administrativa consiste no conjunto de "regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração".⁷

Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato *formalmente legal*, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa.

5. Idem, p. XVIII-13.

6. Ob. cit., p. XVIII-14.

7. Cf. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10ª ed., Paris, Sirey, 1921, p. 424; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 83.

A *probidade administrativa* é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A *probidade administrativa* consiste no dever de o "funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer".⁸ O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

A *moralidade administrativa* e assim também a *probidade* são tuteladas pela ação popular que já estudamos, de modo a elevar a imoralidade a causa de invalidade do ato administrativo, como vimos. A improbidade é tratada ainda com mais rigor, porque entra no ordenamento constitucional como causa de suspensão dos direitos políticos do ímprobo (art. 15, V, que já comentamos), conforme estatui o art. 37, § 4º, *in verbis*: "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

Outra idéia que sai do texto é a de que a suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa pode ser aplicada independentemente de um processo criminal. É o que se extrai da parte final, segundo a qual todas as sanções indicadas antes o são sem prejuízo da ação penal. Vale dizer, independentemente dessa ação. Ou seja, a suspensão dos direitos políticos, no caso, não constitui simples pena acessória. O problema é que não pode a suspensão ser aplicada em processo administrativo. Terá que ser em processo judicial, em que se apure a improbidade, quer seja criminal ou não.

5. Princípio da publicidade

A *publicidade* sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos que devam surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração.

8. Cf. Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo*, 1ª ed. brasileira, t. III/684, Rio de Janeiro, Forense, 1970.

A publicidade, contudo, não é um requisito de forma do ato administrativo,⁹ “não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua executibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige”.¹⁰

Agora é a Constituição que a exige. Em princípio, por conseguinte, não se admitem ações sigilosas da Administração Pública, por isso mesmo é pública, maneja coisa pública, do povo (*publicum* > *populicum* > *populum*; público = do povo). Mas a própria Constituição admite informações “sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII), o que, porém, há de ser excepcional, sob pena de infringir o princípio que é o da publicidade.

A publicidade se faz pela inserção do ato no jornal oficial ou por edital afixado no lugar de divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e início de produção de seus efeitos. A publicação oficial é exigência da executoriedade do ato que tenha que produzir efeitos externos. Em alguns casos, a forma de publicidade exigida é a *notificação* pessoal ao interessado no ato ou a quem o ato beneficia ou prejudica.

Enfim, a “publicidade, como princípio da administração pública [diz Hely Lopes Meirelles], abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais”.¹¹

É de ponderar, contudo, que os pareceres só se tornam públicos após sua aprovação final pela autoridade competente; enquanto em poder do parecerista ainda é uma simples opinião que pode não se tornar definitiva. As certidões, contudo, não são elementos da publicidade administrativa, porque se destinam a interesse particular do requerente; por isso a Constituição só reconhece esse direito quando são requeridas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, b), mas é certo que a Constituição

9. Cf. Agustín A. Gordillo, *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 323.

10. Cf. Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.*, p. 86.

11. *Idem*, p. 87.

assegura a todos o direito de obter dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, salvo as sigilosas já mencionadas (art. 5º, XXXIII).

6. Princípio da eficiência

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa idéia muito geral, *eficiência* significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o *princípio da eficiência*, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Regese, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.

A dificuldade está em transpor para a atividade administrativa uma noção típica da atividade econômica, que leva em conta a relação *input/output* (insumo/produto), o que, no mais das vezes, não é possível aferir na prestação do serviço público, onde nem sempre há um *output* (produto) identificável, nem existe *input* no sentido econômico. Por outro lado, na economia, a eficiência tem por objeto a alocação de recursos de modo a aumentar o bem-estar de pelo menos um consumidor sem diminuir, simultaneamente, o de outros.¹² Na Administração Pública as condições de eficiência são diferentes porque, em relação aos bens públicos, vale o princípio de não-exclusão, isto é, o consumo da parte de um agente econômico não exclui a possibilidade que outros consumam contemporaneamente o mesmo bem; enquanto no caso dos bens privados cada um consome diversas quantidades ao mesmo preço, no caso dos bens públicos (p. ex., a defesa nacional), todos consomem a mesma quantidade atribuindo-lhes valores diferentes. É que o financiamento do custo dos bens públicos decorre normalmente de imposição tributária, cujo montante é independente das preferências individuais, como ocorre nos preços de bens privados.¹³

Isso quer dizer, em suma, que a *eficiência administrativa* se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e

12. Cf. Bernt P. Stigum e Marcia L. Stigum, *Economia*, v. 1, p. 215.

13. Cf. *Enciclopedia del diritto e dell'economia Garzanti*, verbete “efficienza”, pp. 470-472.

institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Logo, o *princípio da eficiência administrativa* consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores. O princípio inverte as regras de competência, pois o bom desempenho das atribuições de cada órgão ou entidade pública é fator de eficiência em cada área da função governamental. A própria Constituição, pela EC-19/98, introduziu alguns mecanismos tendentes a promover o cumprimento do princípio da eficiência, como o da participação do usuário na Administração Pública e a possibilidade de aumentar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da Administração direta e indireta, aos quais dedicaremos os itens 10 e 11 abaixo.

7. Princípio da licitação pública

Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O *princípio da licitação* significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.¹⁴

O art. 37, XXI, alberga o princípio nos termos seguintes: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual so-

14. Sobre o tema há vasta e boa literatura brasileira, cf. Hely Lopes Meirelles, *Licitação e Contrato Administrativo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002; José Afonso da Silva, “Licitações”, *RDP* 7/53; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Licitação*, São Paulo, RT, 1980; Adilson Abreu Dallari, *Aspectos Jurídicos da Licitação*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980; Lucia Valle Figueiredo, *Direitos dos Licitantes*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1981; Oswaldo Bandeira de Mello, *Da Licitação*, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1978; Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Licitações nas Empresas Estatais*, São Paulo, Editora McGraw-Hill, 1979; Américo Servídio, *Dispensa de Licitação Pública*, São Paulo, RT, 1979; Antônio Marcello da Silva, *Contratações Administrativas*, São Paulo, RT, 1971; Raul Armando Mendes, *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991; Toshio Mukai, *Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Saraiva, 1990; Ivan Barbosa Rigolin, *Manual Prático das Licitações*, São Paulo, Saraiva, 1991.

mente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. A ressalva inicial possibilita à lei definir hipóteses específicas de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

Cumprido recordar, finalmente, que a licitação é um procedimento vinculado, ou seja, formalmente regulado em lei, cabendo à União legislar sobre *normas gerais de licitação e 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 (art. 22, XXVII). Portanto, aos Estados, Distrito Federal e Municípios compete legislar suplementarmente sobre a matéria no que tange ao interesse peculiar de suas administrações.

8. Princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos

A *prescritibilidade*, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram *prescrições administrativas* sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.

9. Princípio da responsabilidade civil da Administração

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º).

Responsabilidade civil significa a obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial (e, às vezes, moral) que uma

pessoa cause a outrem. O dever de indenizar prejuízos causados a terceiros por agente público foi por longo tempo recusado à Administração Pública. Predominava, então, a doutrina da irresponsabilidade da Administração, sendo que os particulares teriam que suportar os prejuízos que os servidores públicos lhes davam, quando no exercício regular de suas funções.

Tal posição, no entanto, não se compadecia com o Estado de Direito, por isso, o direito brasileiro inscreveu cedo a obrigação de a Fazenda Pública compor os danos que os seus servidores, nesta qualidade, causem a terceiros, pouco importando decorra o prejuízo de atividade regular ou irregular do agente. Agora a Constituição vai além, porque equipara, para tal fim, à pessoa jurídica de direito público aquelas de direito privado que prestem serviços públicos (como são as concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviços públicos), de tal sorte que os agentes (presidentes, superintendentes, diretores, empregados em geral) dessas empresas ficam na mesma posição dos agentes públicos no que tange à responsabilidade pelos danos causados a terceiros.¹⁵ Não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois a obrigação de ressarcimento por parte da Administração ou entidade equiparada fundamenta-se na doutrina do risco administrativo.¹⁶

A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também.

O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu

15. Consagra-se, neste particular, tese de Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, pp. 558 e 559. Até onde pudemos conferir, o autor assumiu essa posição pelo menos desde a 4ª ed. da citada obra.

16. Cf. José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, 4ª ed., v. II/595 e ss., Rio de Janeiro, Forense, 1960; Hely Lopes Meirelles, *ob. cit.*, pp. 542 e ss.; J. Guimarães Menegalle, *Direito administrativo e ciência da administração*, 2ª ed., v. I/333 e ss., Rio de Janeiro, Ed. Borsó, 1950; Onofre Mendes Júnior, *Direito administrativo*, 2ª ed., v. II/303 e ss., Belo Horizonte, Ed. Bernardo Álvares, 1961, sustentando a tese da socialização da responsabilidade civil do Estado; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, Cap. XX, §§ 35 e ss.

agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o agente não se houve com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem de pagar.

Resta apenas observar que a Constituição foi mais técnica desta vez, primeiro por incluir no campo da responsabilidade objetiva todas as pessoas que operam serviços públicos, segundo por ter abandonado o termo "funcionário", que não exprimia adequadamente o sentido da norma, substituído agora pelo termo preciso "agente".

10. Princípio da participação

O princípio da participação do usuário na Administração Pública foi agora introduzido pela EC-19/98, com o novo enunciado do § 3º do art. 37, que vamos apenas reproduzir, porque a efetivação do princípio depende de lei. Diz o texto: "A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I — as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II — o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X [respeito à privacidade] e XXXIII [direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse ou de interesse coletivo ou geral]; III — a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública".

11. Princípio da autonomia gerencial

A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta [diz o § 8º do art. 37, introduzido pela EC-19/98] poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I — o prazo de duração do contrato; II — os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III — a remuneração do pessoal. Cria-se aqui uma forma de contrato administrativo inusitado entre administradores de órgãos do poder público com o próprio poder público. Quanto ao contrato das entidades não há maiores problemas porque entidades são órgãos públicos ou parapúb-

blicos (paraestatais) com personalidade jurídica de modo que têm a possibilidade de celebrar contratos e outros ajustes com o poder público, entendido poder da administração centralizada. Mas os demais órgãos não dispõem de personalidade jurídica para que seus administradores possam, em seu nome, celebrar contrato com o poder público, no qual se inserem. Tudo isso vai ter que ser definido pela lei referida no texto. A lei poderá outorgar aos administradores de tais órgãos uma competência especial que lhes permita celebrar o contrato, que talvez não passe de uma espécie de *acordo-programa*. Veremos como o legislador ordinário vai imaginar isso.

Capítulo III

DOS SERVIDORES PÚBLICOS

I. AGENTES ADMINISTRATIVOS: 1. Agentes políticos e administrativos. 2. Acessibilidade à função administrativa. 3. Investidura em cargo ou emprego. 4. Contratação de pessoal temporário. 5. Sistema remuneratório dos agentes públicos. 6. Acréscimos pecuniários e regras de sua singeleza. 7. Isonomia, paridade, vinculação e equiparação de vencimentos. 8. Vedação de acumulações remuneradas. 9. Servidor investido em mandato eletivo. II. SERVIDORES PÚBLICOS: 10. Execução de serviços na Federação e organização do funcionalismo. 11. Aposentadoria, pensão e seus proventos. 12. Efetividade e estabilidade. 13. Vitaliciedade. 14. Sindicalização e greve de servidores públicos. 15. Direitos trabalhistas extensivos aos servidores. III. DOS MILITARES: 16. Conceito. 17. Direitos e garantias constitucionais dos servidores militares. 18. Direitos trabalhistas extensivos aos servidores militares.

I. AGENTES ADMINISTRATIVOS

1. Agentes políticos e administrativos

Relembremos que o Estado se exprime por seus *órgãos*, que são *instrumentos* ou *meios de ação* pelos quais se coloca em condições de querer, de atuar e de relacionar-se com outros sujeitos de direito. O órgão caracteriza-se como *um centro de competências delimitado por normas legais*. Nele distinguem-se dois elementos: (a) um: *subjetivo, pessoal e variável*, que é a pessoa ou conjunto de pessoas que, em última análise, expressa a vontade da entidade pública (União, Estados, Distrito Federal ou Município); (b) outro: *objetivo, abstrato, institucional e contínuo*, que é um centro de competência ou complexo de atribuições. O órgão é, assim, uma *unidade jurídica*, que compreende seu *titular* (elemento subjetivo) e suas *competências*, atribuições e seus meios técnicos, informativos, coativos etc., que caracterizam o *cargo, emprego ou função*.¹ A *função* entra na Constituição agora como um lugar que, para ser ocupado, exige o preenchimento pelo titular de requisitos estabelecidos em lei (art. 37, I), mas,

1. Cf. nosso *Os servidores públicos municipais*, p. 7, fundado na lição do Servicio Español del Profesorado de Enseñanza Superior, Universidad de Barcelona, *La estructura del Estado*, pp. 9 e 10.

Capítulo II

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

I. Princípios expressos e implícitos. II. Restrições excepcionais ao princípio da legalidade: a) Medidas provisórias; b) Estado de defesa; c) Estado de sítio.

I. Princípios expressos e implícitos

1. Ao cabo do que foi dito nos tópicos anteriores é conveniente, agora, examinar a fisionomia destes princípios (componentes do regime jurídico-administrativo) no *Direito brasileiro*, indicando suas *razões constitucionais* expressas ou implícitas.¹ Para tanto, pode-se, aqui, dispensar o esforço de arrumá-los em organização sistemática. Basta proceder-lhes o arrolamento.

2. O art. 37, *caput*, reportou de modo expresso à Administração Pública (direta e indireta) apenas cinco princípios: da *legalidade*, da *impressoalidade*, da *moralidade*, da *publicidade* e da *eficiência* (este último acrescentado pela EC 19/98). Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como conseqüências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.

Vejamo-los.

1. Muitos dos princípios constitucionais adiante expostos encontram-se hoje afirmados explicitamente em nível legal, desde o advento da Lei 9.784, de 29.1.99, que "regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal" (estudada mais adiante, no Capítulo X), cujo art. 2º arrola os seguintes: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

1º) Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Conceito de interesse público

3. Para examinar tal supremacia convém liminarmente tornar claro o que deve ser entendido como *interesse público*.

Ninguém duvida da importância da noção *jurídica* de interesse público. Se fosse necessário referir algo para encarecer-lhe o relevo, bastaria mencionar que, como acentuam os estudiosos, qualquer ato administrativo que dele se desencontre será necessariamente inválido. Sem embargo, não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizá-lhe os contornos abstratos. Convém, pois, expor aquilo que nos parece seja o interesse público propriamente dito.

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria *contraposta* à *de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no *interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.

4. Deveras, na medida em que se fica com a noção altanto obscura de que transcende os interesses próprios de cada um, sem se aprofundar a compostura deste interesse tão amplo, *acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo*, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse *a se stante*, autônomo, *desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo*.

5. Em rigor, o necessário é aclarar-se o que está contido na afirmação de que interesse público é o interesse do todo, do próprio corpo social, para precitar-se contra o erro de atribuir-lhe o *status* de algo que existe por si mesmo, *dotado de consistência autônoma*, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes. O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, *ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é "função" qualifi-*

cada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação.

Uma pista importante para perceber-se que o chamado *interesse público* — em despeito de seu notável relevo e de sua necessária prevalência sobre os interesses pessoais peculiares de cada um — não é senão uma dimensão dos interesses individuais encontra-se formulando a seguinte pergunta:

Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de *cada um dos membros da sociedade*? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um.

6. Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a *um dado* interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção *basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais*.

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se abrigando também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

7. Veja-se: um indivíduo pode ter, e provavelmente terá, pessoal — e máximo — interesse em não ser desapropriado, *mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação*, conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor.

É óbvio que cada indivíduo *terá pessoal interesse em que exista dito instituto*, já que, enquanto membro do corpo social, necessitará que sejam liberadas áreas para abertura de ruas, estradas, ou espaços onde se instalarão aeródromos, escolas, hospitais, hidroelétricas, canalizações necessárias aos serviços públicos etc., cuja disponibilidade não poderia ficar à mercê da vontade dos proprietários

em comercializá-los. Equivalentes observações, como é claro a *total* as luzes, obviamente, podem também ser feitas em relação à existência de multas e outras sanções por violação de regras que, *também* elas, visam a oferecer condições de vida organizadas e *satisfatórias* ao *bem estar de cada um*, conquanto ninguém se considerasse individualmente interessado em sofrer tais limitações quando o tolhessem, ou sanções, quando nelas incurso.

8. O que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às *conveniências* de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular — interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente consideradas* —, e que, de par com isto, existe também o interesse *igualmente pessoal* *destas mesmas pessoas ou grupos*, mas que *comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.

Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de *interesse do todo* ou *interesse público*. *Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais*, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma *faceta* dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes — inevitavelmente membros de um corpo social — *comparecem em tal qualidade*. Então, dito interesse, o público — e esta já é uma primeira conclusão —, *só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro*. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos.

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.

9. *Qual a importância destas observações*, por via das quais buscou-se firmar que o interesse público é uma faceta dos interesses individuais, *sua faceta coletiva*, e, pois, *que é, também, indiscutivelmente, um interesse dos vários membros do corpo social* — e não apenas o interesse de um todo abstrato, concebido desligadamente dos interesses de cada qual?

Sua extrema importância reside em um duplo aspecto; a saber:

(a) De um lado, enseja mais facilmente desmascarar o mito de que interesses qualificados como públicos são insuscetíveis de serem defendidos por particulares (salvo em ação popular ou civil pública) mesmo quando seu desatendimento produz agravo pessoalmente sofrido pelo administrado, *pois aniquila o pretensão calço teórico que o arrimaria: a indevida suposição de que os particulares são estranhos a tais interesses*; isto é: o errôneo entendimento de que as normas que os contemplam foram editadas em atenção a interesses coletivos, que não lhes diriam respeito, por irrelatos a interesses individuais.

(b) De outro lado, mitigando a falsa desvinculação absoluta entre uns e outros, adverte contra o equívoco ainda pior — e, ademais, freqüente entre nós — de supor que, sendo os interesses públicos interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado (e demais pessoas de Direito Público) seria *ipso facto* um interesse público. Trazendo à balha a circunstância de que tais sujeitos são apenas depositários de um interesse que, na verdade, conforme dantes se averbou, é o “resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade”, permite admitir que na pessoa estatal podem se encarnar, também, interesses que não possuam a feição indicada como própria dos interesses públicos.

Aclaremos estes dois tópicos.

10. Ao lume do conceito de interesse público apontado como o correto, será evidentemente descabido contestar que os indivíduos têm *direito subjetivo* à defesa de interesses consagrados em normas expedidas para a instauração de interesses propriamente públicos, naqueles casos em que *seu descumprimento pelo Estado acarreta ônus ou gravames suportados individualmente por cada qual*. O mesmo dir-se-á em relação às correspondentes hipóteses em que o descumprimento pelo Estado (freqüentemente por omissão) de norma de Direito Público desta mesma tipologia não acarreta ônus, mas priva da obtenção de vantagens, de proveitos, que o irrisignando pessoalmente, em sua individualidade, desfrutaria se a norma de Direito Público fosse cumprida.

A assertiva se sustenta, igualmente, nos casos em que tal desfrute (ou, inversamente gravame), ao atingi-los individualmente, atingiria, também, *conatural e conjuntamente, uma generalidade de indivíduos ou uma categoria deles, por se tratar de efeitos jurí-*

dicos que pela própria natureza ou índole do ato em causa se esparziriam inexoravelmente sobre uma coletividade de pessoas, de tal sorte que não haveria como incidir apenas singularmente. E isto até mesmo porque tais interesses só são públicos, e mereceram ser entendidos como tal, precisamente por responderem às conveniências da multiplicidade de indivíduos destarte neles abrangidos.

11. Valha como exemplo de situações desta ordem a norma constitucional que determina a instituição de um salário mínimo que atenda a dados requisitos (art. 7^o, IV, da Constituição).² Se for estabelecido em nível suficiente para atendê-los, todo e qualquer indivíduo que receba salário mínimo será *individualmente* beneficiado pelo ato que o instituir, sendo certo que a regra em apreço contempla proveito abrangente de toda a coletividade inserta em tal situação, não havendo como produzir vantagem para um, sem que todos os demais deixem de colhê-la conjunta e concomitantemente. Identicamente, se o ato que o fixar desatender a estes requisitos, o prejuízo, o dano, será *individualmente* sofrido por todos e cada um dos que estariam livres de tal prejuízo se fora obedecida a regra. Em suma: em um e outro caso, quer o benefício, quer o prejuízo, conquanto afetem individualmente a cada sujeito, não têm como afetá-los senão atingindo toda uma classe ou categoria de pessoas.

12. Uma vez absorvida a noção de interesse público nos termos propostos, percebe-se que é muito maior do que o habitualmente suposto o campo de defesa que deve ser reconhecido a *cada particular* contra desvios na conduta estatal, isto é, contra atos em que esta, *por violar substancialmente a legalidade*, se desencontra daquilo que é verdadeiramente o interesse público. Na medida em que o faça e em que onere *pessoalmente* (embora em conjunto com inúmeros outros) alguém que estaria livre de tal oneração ou sonegue proveitos que muitos captariam se a legalidade fosse obedecida, tal conduta terá sido agressiva a um *direito subjetivo de cada prejudicado*, mesmo quando a norma transgredida haja sido posta em atenção a interesses que necessariamente se irradiam sobre muitos ou sobre todos.

2. De acordo com o dispositivo citado, são direitos dos trabalhadores: “IV — salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. Ao respeito v. nosso “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”, RDP 57-58/233-256, 1981.

13. Recordem-se ao propósito as lições proferidas por Eduardo García de Enterría, um dos maiores publicistas de nosso tempo, o qual, com pena de ouro, grafou: "La legalidad de la Administración no es así una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada: es también, antes que eso, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerze un ciudadano a soportar lo que la ley no permite *no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano*. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho ato".³

Com efeito, o princípio da legalidade não visou simplesmente à mera estruturação formal de um aparelho burocrático tendo em vista balizar, de fora, mediante lei, sua composição orgânica e seus esquemas de atuação. O que se pretendeu e se pretende, a toda evidência, foi e é, sobretudo, *estabelecer em prol de todos os membros do corpo social uma proteção e uma garantia*.⁴

14. Aliás, se a restauração ou a correção das violações à legalidade não pudessem ser judicialmente exigíveis pelos próprios agravados em todas e quaisquer hipóteses nas quais fossem ofendidos *contra jus*, o princípio da legalidade em muitos casos pouco valeria, neles se convertendo em simples "ficção". Deveras, conforme resulta do pensamento do renomado autor colacionado, se fossem considerados existentes direitos subjetivos apenas em hipóteses estritas — que, a final, são aquelas em que se apresentam com a mesma feição estrutural que têm no Direito Privado —, "... en la práctica, ello significaría que tal legalidad, al no poder su aplicación ser exigida por ningún otro sujeto, se reduciría a una simple regla moral para la Administración, que ella sola sería libre (a lo sumo

3. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., v. II, Madri, Civitas, 1981, p. 48.

4. Ihering, valorizando o "direito concreto", ao mostrar a íntima relação entre direito objetivo e direito subjetivo, colaciona a seguinte passagem de Shakespeare, no *Mercador de Veneza*, na qual Shilock diz: "A libra de carne que pretendo, comprei-a bem caro, é minha e quero tê-la; Se m'a recusais ai das vossas leis! O direito de Veneza então está sem força". E comenta-a, nestes termos: "Já não é o judeu quem reclama a sua libra de carne, é a própria lei de Veneza quem bate à porta do Tribunal — porque o seu direito e o direito de Veneza são um só; no seu direito é o direito de Veneza que desmorona" (Rudolf von Ihering, *A Luta pelo Direito*, 17ª ed., trad. de João Vasconcelos, Rio, Revista Forense, 1999, p. 54).

bajo control parlamentario, no bajo del juez, a quien nadie podrá poner en movimiento) de acatar o violar".⁵

Como remate a este tópico, melhor não se fará que transcrever uma vez mais o abalizado pensamento de Eduardo García de Enterría: "Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales *adquiere*, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de la ilegalidad, un *derecho subjetivo* a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses".⁶

15. Outrossim, a noção de interesse público, tal como a expusemos, impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da *entidade que representa o todo* (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno).

Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, que consistem no plexo dos interesses *dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade* (*entificada juridicamente no Estado*), nisto incluído o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, põe-se a nu a circunstância de que *não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado* e demais pessoas de Direito Público.

16. É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extra-jurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas

5. Ob. e v. cits., p. 38.

6. Ob. cit., p. 52. Sobre os direitos subjetivos do administrado é fundamental a leitura do Capítulo XV, n. III, itens 1 a 3, do mencionado *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, pp. 36-54.

não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como *instrumentais* ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.

17. Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos — isto é, interesses primários do Estado — e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral. Este discrímen, contudo, é exposto com exemplar clareza por Renato Alessi,⁷ colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao elucidar que os interesses secundários do Estado *só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários*, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.

18. O autor exemplifica anotando que, enquanto mera subjetivação de interesses, à moda de qualquer sujeito, o Estado poderia ter interesse em tributar desmesuradamente os administrados, que assim enriqueceria o Erário, conquanto empobrecesse a Sociedade; que, sob igual ótica, poderia ter interesse em pagar valores ínfimos aos seus servidores, reduzindo-os ao nível de mera subsistência, com o quê refrearia ao extremo seus dispêndios na matéria; sem embargo, tais interesses não são interesses públicos, pois estes, que lhe assiste prover, são os de favorecer o bem-estar da Sociedade e de retribuir condignamente os que lhe prestam serviços.

19. Já, de outra feita, aos exemplos aportados pelo insigne Mestre precitado colacionamos outros, de busca indevida de inte-

7. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1960, p. 197 e notas de rodapé 3 e 4.

ressecos secundários, todos extraídos, infelizmente, da desmandada prática administrativa brasileira. Assim: “Poderíamos acrescentar que seria concebível um interesse da pessoa Estado em recusar administrativamente — e até a questionar em juízo, se convocado aos pretórios — responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse causado. Teria interesse em pagar valor ínfimo nas desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional. Com todos estes expedientes, muitos dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses à moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa. Ocorre que em todas estas hipóteses estará agindo contra o Direito, divorciado do interesse público, do interesse primário que lhe assiste cumprir. Este proceder, nada obstante seja comum, é fruto de uma falsa compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica. Os interesses a que se aludiu são todos interesses secundários e que a pessoa governamental tem apenas segundo os termos em que a teria qualquer pessoa. Não são interesses públicos. Não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral”.⁸

20. Estas assertivas até agora feitas não pretendem se constituir senão em uma referência à *estrutura* desta categoria que nominamos de *interesse público*. Tratando-se de um conceito jurídico, entretanto, é óbvio que a concreta individualização dos *diversos interesses qualificáveis como públicos* só pode ser encontrada no próprio Direito Positivo.

Com efeito, a *estrutura* do conceito de interesse público responde a uma categoria lógico-jurídica, que reclama tal identificação. Inversamente, a individuação dos múltiplos interesses públicos responde a conceitos jurídico-positivos.⁹

8. *Atos Administrativos e Direitos dos Administrados*, São Paulo, Ed. RT, 1981, pp. 16 e 17 — o grifo é atual.

9. Juan Manoel Teran bem esclarece a distinção entre estas duas ordens de conceitos, da seguinte forma: “... la validez de un concepto jurídico-positivo está sujeta a la vigencia del derecho mismo en que se apoya. En cambio, cuando se formula un concepto lógico que sirve de base para la conceptualización jurídico-positiva, esa noción se formula con pretensión de validez universal. ... En conclusión: uno es el plano de los conceptos jurídico-positivos y otro el plano de las nociones o fundamentos lógico-jurídicos. Los conceptos jurídico-positivos tienen un ángulo equivalente al de la positividad del derecho concreto que los ha comprendido e implantado, en tanto que

Esclareçamos o alcance desta afirmativa. Uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra é a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, *perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade*. Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo — por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico —, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.

Com efeito, dita qualificação quem a faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.

21. Tomem-se alguns exemplos para aclarar o que foi dito. Algumas ou múltiplas pessoas, talvez mesmo a maioria esmagadora, considerarão de interesse público que haja, em dado tempo e lugar, monopólio estatal do petróleo, que se outorgue tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional ou que se reserve a exploração mineral exclusivamente a brasileiros. Outras pessoas, sobretudo se estrangeiras ou mais obsequiosas a interesses alienígenas do que aos nacionais, pensarão exatamente o contrário. Encarada a questão de um ângulo político, sociológico, social ou patriótico, poderá assistir razão aos primeiros e sem-razão completa aos segundos; mas, *do ponto de vista jurídico*, será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior.¹⁰

los fundamentos lógicos pretenden tener una validez común y universal para todo sistema jurídico y, por lo tanto, para toda concepción jurídica. ... Por otra parte, los conceptos jurídico-positivos son calificados como nociones *a posteriori*; es decir, se obtienen una vez que se sienta la experiencia del derecho positivo, de cuya comprensión se trata; en tanto que los otros conceptos, los lógico-jurídicos son calificados como conceptos *a priori*; es decir con validez constante y permanente, independiente de las variaciones del derecho positivo" (*Filosofía del Derecho*, 14ª ed., México, Editorial Porrúa, 1998, pp. 82 e 83). Daí haver dito: "Por ejemplo: la noción genérica de persona en derecho, como sujeto de imputación, no se alterará porque varíen los sistemas jurídico-positivos: seguirá valiendo" (ob. cit., p. 86).

10. Basta lembrar que a Constituição brasileira consagrava estas soluções até o Presidente Fernando Henrique Cardoso assumir a Chefia do Executivo e conseguir que o Congresso editasse emendas constitucionais para eliminar estas garantias instituídas em prol dos brasileiros.

Conseqüências da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

22. Visto o que é interesse público, assinale-se que de sua supremacia sobre o interesse privado resulta, em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura. Daí a possibilidade que tem, *nos termos da lei*, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na *previsão legal* de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada *auto-executoriedade* dos atos administrativos. Esta, contudo, não ocorre sempre, mas apenas nas seguintes duas hipóteses: a) quando a lei expressamente preveja tal comportamento; b) quando a providência for urgente ao ponto de demandá-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada.

Também por força desta posição de supremacia do interesse público e — em conseqüência — de quem o representa na esfera administrativa, reconhece-se à Administração a possibilidade de *revogar* os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim como o *dever de anular* os atos inválidos que haja praticado. É o *princípio da autotutela* dos atos administrativos.

Em todos os casos, a ameaça ou a incorreta utilização de quaisquer destas prerrogativas podem ser judicialmente corrigidas, preventiva ou repressivamente, conforme o caso, sobretudo pelo *habeas corpus*, quando ofensivas à liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII, da Constituição), e nos demais casos pelo mandado de segurança individual, ou coletivo se for a hipótese (art. 5º, LXIX e LXX), ou mesmo por medidas possessórias, tratando-se de defender ou retomar a posse.

23. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele,

como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa, tais como os mencionados. Sem embargo, para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

24. O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a *extensão e compostura* que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele *contra a Constituição ou as leis*. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado.

É lógico, de outra parte, que sob perspectiva da Sociologia, da Ciência Política ou da Moral sua configuração far-se-ia por outros critérios, os quais, é bem de ver, teriam que ser sacados da *própria Sociologia, da Política ou da Moral, respectivamente, pois a Ciência do Direito não teria como fornecê-los*, eis que seu critério é o aduzido pelas próprias normas postas.

A supremacia do interesse público
e os "poderes" da Administração

25. Convém finalmente reiterar, e agora com maior detença, considerações dantes feitas, para prevenir intelecção equivocada ou desabrada sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de "poderes", *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são "deveres-poderes", como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de "função".

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao *dever de buscar, no interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos *poderes* são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como *meios* impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.

26. Segue-se que tais poderes são *instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados*. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*. Não "poderes", simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como "poderes-deveres", nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano.

Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de *dever, não na de "poder"*. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o *poder* se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade.

Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público — o do corpo social — que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce "função", instituto — como visto — que se traduz na idéia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado. De regra, neste último alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apeteçam, fazendo-o, pois, com plena liberdade, contanto que não viole alguma lei.

27. Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida,¹¹ e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo

11. Para um confronto entre atividade privada e atividade administrativa, autonomia da vontade e função, cf. Afonso Rodrigues Queiró, in *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder*, Coimbra, Coimbra Editora, 1940, pp. 15-18.

pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.

Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção, como dantes se disse (ns. 16 a 19), entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e interesse secundário.

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.

Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qua tale* considerado, e muito menos o dos agentes estatais.

Visto que na idéia de função o dever é que é predominante; visto que o poder a ele ligado cumpre papel *instrumental, ancilar*, percebe-se também que os “poderes” administrativos, em cada caso, não têm por que comparecer além da medida necessária para o suprimento da finalidade que os justifica.

Assim, nas situações concretas não de ser compreendidos, exegeticamente reconhecidos e dimensionados, tomando-se por gabarito máximo o *quantum* indispensável para a satisfação do escopo em vista do qual foram instituídos.

Em suma: os “poderes” administrativos — na realidade, deveres-poderes — só existirão — e, portanto, só poderão ser validamente exercidos — na extensão e intensidade *proporcionais* ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. É, a final, extralimitação da competência (nome que se dá, na esfera pública, aos “poderes” de quem titulariza função). É abuso, ou seja, uso além do permitido, e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado.

2º) Princípio da legalidade

28. Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado — como o será — com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma conseqüência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, *infralegal*, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.¹²

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto — o administrativo — a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo — que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social —, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso).

Instaura-se o princípio de que todo poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como os detentores do

12. Cf. Renato Alessi, ob. cit., p. 4.

poder. Os governantes nada mais são, pois, que representantes da sociedade. O art. 1º, parágrafo único, da Constituição dispõe que: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". Além disto, é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de perseguir-los, cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária. Por isto se diz, na conformidade da máxima oriunda do Direito inglês, que no Estado de Direito quer-se o governo das leis, e não o dos homens; impera a *rule of law, not of men*.

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*.¹³ Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza.¹⁴ Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração "é a *longa manus* do legislador"¹⁵ e que "a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais".¹⁶

29. Estas expressões, que desenhavam com tanta amplitude o alcance do princípio da legalidade, ajustam-se com perfeição ao Direito brasileiro — como se dirá a breve trecho. Curiosamente, entretanto, nem sempre retraçam com exato rigor a compostura deste princípio na maioria dos sistemas europeus continentais, sob cuja égide os autores citados as enunciaram. Deveras, o princípio da legalidade, como é óbvio, tem, em cada país, o perfil que lhe haja

13. *Traité des Actes Administratifs*, Athenas, Librairie Sirey, 1954, p. 69.

14. Renato Alessi, ob. cit., p. 9.

15. *Estudos de Direito Administrativo*, Coimbra, Atlântida, 1968, p. 9.

16. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder*, cit., p. 19.

atribuído o respectivo Direito Constitucional. Assim, em alguns será estrito, ao passo que em outros possuirá certa flexibilidade, da qual resulta, para a Administração, um campo de liberdade autônoma, que seria juridicamente inimaginável ante nossas Constituições.

Tanto na França, por exemplo (e sobretudo nela), como na Alemanha, na própria Itália ou mesmo em Portugal e Espanha, a esfera em que a Administração pode se manifestar com alguma desenvoltura em relação à lei é incomparavelmente maior do que no Brasil. Com efeito, nestes países, por forte tradição constitucional e por razões históricas que aqui não vêm ao caso, o Executivo pode expedir, além dos regulamentos "executivos", de *mera execução de uma dada lei*, outras variedades de regulamentos, os quais ensejam que a Administração discipline certas matérias ora com prescindência de lei, em alguns deles, ora esforçada apenas em disposições legais que implicam verdadeiras delegações legislativas.

30. No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes pueris — cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante —, viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes.¹⁷

17. Demonstração flagrante da renitência do autocratismo tradicional do Brasil e até mesmo — desgraçadamente — da inanidade dos esforços em buscar dar foros de civilização aos nossos costumes políticos bem se demonstra no seguinte. Recém-nascida a Constituição de 1988, nem bem egressos do último longo período de ditadura, o ex-Chefe do Poder Executivo, o malsinado Fernando Collor, embora eleito diretamente e mal tendo acabado de jurar a Constituição, tripudiava em abertas e publicadas sobre seus dispositivos. Contravinha às claras a tripartição do exercício do Poder e pisoteava os direitos e garantias individuais enquanto os distintos segmentos sociais e institucionais assistiam catatônicos ao naufrágio dos mais mezinhos princípios do Estado de Direito. E então nem mesmo se podia alegar a força dos canhões para justificar a irresistibilidade dos desmandos, que se apresentavam com a fisionomia de uma ditadura consentida, conquistada no grito, segundo o melhor estilo do rançoso estereótipo de machismo latino-americano. É certo que acabou por ser defenestrado; não, porém, em razão dos agravos à democracia, e sim por falta de decoro e envolvimento em uma vaga de corrupção matizada por tons novelescos e, bem por isto, prestantes para galvanizar a opinião pública, com os efeitos daí decorrentes.

Nos termos do art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução, portaria ou que-
jandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não
poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se
estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte
proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é
possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja
lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se
em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato admi-
nistrativo venha a minudenciar.

Além dos arts. 5º, II, e 84, IV, donde resulta a compostura do
princípio da legalidade no Brasil, o art. 37 faz sua expressa procla-
mação como cânone regente da Administração Pública, estatuinto:
“A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Pode-
res da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios
obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralida-
de, publicidade e eficiência (...)”.

Portanto, a função do ato administrativo só poderá ser a de
agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar origi-
nariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros.

Para reforçar ainda mais o entendimento deste caráter subalterno
da atividade administrativa, basta examinar atentamente o art. 84, IV,
da Lei Magna. De acordo com ele, compete ao Presidente da Repú-
blica “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expe-
dir *decretos e regulamentos para sua fiel execução*”. Evidencia-se,
destarte, que mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Exe-
cutivo, isto é, os decretos, inclusive quando expedem regulamentos,
só podem ser produzidos para ensejar *execução fiel da lei*. Ou seja:
pressupõem sempre uma dada lei da qual sejam os *fiéis executores*.

31. Nos dois versículos mencionados estampa-se, pois, e com
inobjetável clareza, que administração é atividade subalterna à lei;
que se subjeta inteiramente a ela; que está completamente atrelada
à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente, e,
pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados
são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro.¹⁸

18. Não se imagine que o art. 84, VI, confere ao Presidente da República uma
esfera de liberdade que excepciona o que se disse. Ali se estatui que o Chefe do Exe-
cutivo pode “dispor sobre a organização e o funcionamento dos órgãos da Administra-

É preciso cuidado, pois, para não incidir no equívoco — fre-
quente entre nós — de falar do Direito alienígena, abeberado em
doutrinadores europeus, imaginando que as lições neles ensinadas
à vista dos respectivos sistemas constitucionais têm aplicação pos-
sível em nosso Direito, e — mencionando-os ou não — transplan-
tar conceitos exógenos que não se afinam com a Lei Magna do
País.¹⁹ É o que, lamentavelmente, se passa, *exempli gratia*, quando
aqui se faz menção a regulamentos independentes, autônomos ou
expedidos para execução de *leis em geral*, e não de uma dada e
específica lei.

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Adminis-
tração nada pode fazer senão o que a lei determina.

ção Federal, nos termos da lei”. Além da restrição expressa — “nos termos da lei” —,
há de se entender que a disciplina resultante do exercício desta competência não pode-
rá implicar imposição a terceiros de obrigações de fazer ou deixar de fazer, pois a tanto
se oporia o art. 5º, II, já mencionado. Logo, o que o art. 84, VI, faculta é que o Execu-
tivo proceda, *no interior dos esquemas já legalmente traçados de maneira genérica*,
quer no que atina a *competências*, quer no que atina à *organização básica* na lei for-
mulada, a *ulteriores subdivisões*, isto é, partições *na intimidade dos mesmos órgãos*,
de tal sorte que as atribuições, já estatuídas em lei para aquele órgão, sejam interna-
mente distribuídas, vedada a extinção dos órgãos preexistentes. Competências outras
não podem ser instituídas *ex novo*, pois, se o fossem, os poderes nelas previstos, quan-
do exercidos, gerariam para os assujeitados obrigações de fazer ou deixar de fazer em
virtude de regulamento e não de lei. Quanto às disposições sobre o funcionamento da
Administração Federal, não passam de simples manifestação de poder hierárquico, o
qual, é bem de ver, só pode ser exercido em consonância com a legalidade.

19. Tais equívocos seriam particularmente nocivos e perigosos, pois quaisquer
enganos dos quais resultem mais poderes para o Executivo são muito bem aceitos no
País. É que o Brasil mal conhece instituições políticas democráticas. Desde 1500 —
quando foi descoberto — até o presente não experimentou mais do que 35 anos de
cambaleante democracia política (democracia social não teve um único dia), o que
ocorreu entre 1946 e 1964, e desde 1986. Com efeito, durante o período colonial e
imperial é óbvio que não se cogitava de democracia. Durante a República Velha, sabi-
damente, também não houve espaço para sua implantação e as eleições “a bico-de-
pena” cuidavam zelosamente de impedir-lhe o nascimento. Sobrevindo a Revolução de
1930 e subsequente implantação da ditadura getulista, o País continuou insciente do
que seria este regime, só conhecido nos países civilizados. Finalmente, com a Consti-
tuição de 1946 desvendou-se para nós o mundo até então desconhecido da democracia.
Contudo, em 1º de abril de 1964 o Golpe Militar se encarregou de desvanecer estes
sonhos, implantando nova ditadura (a dos generais), que se manteve até 1986, em seu
final disfarçada por configuração mais branda. Só aí, então, iria reencetar-se a expe-
riência democrática, e ainda assim tisonada por uma infundável sucessão de decretos-
leis, primeiramente, e depois de medidas provisórias, uns e outras de inconstituciona-
lidade óbvia, mas sempre recebidos com exemplar naturalidade por todo o País.

[Registre-se que o atual Chefe do Poder Executivo, o segundo Fernando, do inf-
cio de seu primeiro mandato até o mês de agosto de 1999, expediu 3.239 medidas

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

32. A integral vigência do princípio da legalidade pode sofrer transitória constrição perante circunstâncias excepcionais mencionadas expressamente na Lei Maior. Isto sucede em hipóteses nas quais a Constituição faculta ao Presidente da República que adote providências incomuns e proceda na conformidade delas para enfrentar contingências anômalas, excepcionais, exigentes de atuação sumamente expedita, ou eventos gravíssimos que requerem atuação particularmente enérgica. É o caso tão-só das “medidas provisórias” (previstas no art. 62 e parágrafo único), da decretação do “estado de

provisórias (inconstitucionalmente, é claro), o que corresponde a uma média de quase 2,8 medidas provisórias por dia útil de governo (isto é, excluídos feriados, sábados e domingos). Inversamente, no período foram editadas pelo Congresso apenas 854 leis (entre ordinárias e complementares). Vê-se, pois, que o Parlamento foi responsável tão-só por pouco mais de uma quarta parte das “leis”, pois os quase 3/4 restantes são obra exclusiva do Executivo. De resto, dentre as 3.239 medidas provisórias referidas, apenas 89 delas — ou seja, 2,75% — foram aprovadas pelo Congresso e convertidas em lei. Em suma: vigoram entre nós 97,25% de medidas provisórias não aprovadas pelo Congresso, em despeito de o Texto Constitucional literalmente determinar, como foi dito e reiterado, que tais medidas, se não aprovadas pelo Congresso em 30 dias, perdem a eficácia desde o início de sua expedição. Diante deste panorama devastador, mesmo o mais tolerante dos juristas será forçado a concluir que, no Brasil atual, só por eufemismo se pode falar em Estado Constitucional de Direito, e, pois, em democracia.]

Assim, não é de surpreender que exista uma espontânea e ingênua tendência de reconhecer ao Executivo poderes muito maiores do que os que lhe derivavam da Constituição. Também por isso a Administração Pública sempre foi autoritária e sempre esbanjou exibição de poderes que nunca teve, nem mesmo em face dos documentos autocráticos que lhe municiavam o despotismo nos períodos mais obscurantistas. Por tudo isto, o princípio da legalidade administrativa esteve quase sempre submergido ou periclitante. Logo, sobre ser juridicamente inexato, é também de manifesta inconveniência deformar a fisionomia que tem em nossas Constituições pela importação de institutos (como certos regulamentos do Direito europeu) que, em face de tradição diversa, em seus países de origem não oferecem perigo ou malefício algum para democracias experientes, nas quais existe consciência de cidadania e da utilidade da tripartição do exercício do Poder.

defesa” (regulado no art. 136) e do “estado de sítio” (disciplinado nos arts. 137 a 139). Delas se falará ao final do capítulo.

3) Princípio da finalidade

33. Por força dele a Administração subjugase ao dever de alvejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela. O nunca citado Afonso Queiró averbou que “o fim da lei é o mesmo que o seu espírito e o espírito da lei faz parte da lei mesma”. Daí haver colacionado as seguintes excelentes observações, colhidas em Magalhães Colaço: “o espírito da lei, o fim da lei, forma com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, e a tal ponto, que nunca poderemos estar seguros do alcance da norma, se não interpretarmos o texto da lei de acordo com o espírito da lei”.²⁰

Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício — denominado “desvio de poder” ou “desvio de finalidade” — são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei.

O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração. Bem por isso Caio Tácito apostilou, com louvável exatidão: “A destinação da competência do agente precede a sua investidura. A lei não concede autorização de agir sem um objetivo próprio. A obrigação jurídica não é uma obrigação inconstituinte; ela visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo”.²¹ Cirne Lima, avisadamente, já advertira que é traço característico da atividade administrativa “estar vinculada a um fim alheio à pessoa e aos interesses

20. Reflexões sobre a Teoria ..., cit., p. 72.

21. *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 80 e 81.

particulares do agente ou do órgão que a exercita".²² De resto, aduziu ainda: "A relação de administração somente se nos depara no plano das relações jurídicas, quando a finalidade, que a atividade de administração se propõe, nos aparece defendida e protegida pela ordem jurídica contra o próprio agente e contra terceiros".²³

Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade *específica* abrangida na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da *finalidade legal*, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que "o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato".²⁴ É que a lei, ao habilitar uma dada conduta, o faz em vista de um certo escopo. Não lhe é indiferente que se use, para perseguir dado objetivo, uma ou outra competência, que se estribe em uma ou outra atribuição conferida pela lei, pois, na imagem feliz do precitado Caio Tácito: "A regra de competência não é um cheque em branco".²⁵

Em suma: a finalidade legal é um elemento da própria lei, é justamente o fator que proporciona compreendê-la. Por isso não se pode conceber o princípio da legalidade sem encarecer a finalidade quer de tal princípio em si mesmo, quer das distintas leis em que se expressa.

34. Pelo quanto se disse, já se nota que a raiz constitucional do princípio da finalidade encontra-se na própria consagração do princípio da legalidade, estampado no art. 37 da Lei Magna. Na verdade, só se erige o princípio da finalidade em princípio autônomo pela necessidade de alertar contra o risco de exegeses toscas, demasiadamente superficiais ou mesmo ritualísticas, que geralmente ocorrem por conveniência e não por descuido do intérprete. Pode-se dizer, contudo, que há outro dispositivo constitucional que lhe serviria de referência específica, embora implícita. É o art. 5º, LXIX,

22. Ob. cit., p. 21.

23. Ob. cit., p. 52.

24. Cf. Jean Rivero, *Droit Administratif*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1962, p. 225, n. 260.

25. Ob. cit., p. 5.

no qual se prevê o mandado de segurança. Ali se diz cabível sua execução contra ilegalidade ou "abuso de poder". Abuso de poder é o uso do poder além de seus limites. Ora, um dos limites do poder é justamente a finalidade em vista da qual caberia ser utilizado. Onde, o exercício do poder com desvirtuamento da finalidade legal que o ensancharia está previsto como censurável pela via do mandado de segurança.

4) Princípio da razoabilidade

35. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas — e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis —, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricão manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricão) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como *critério exegético de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.

Deveras: se com outorga de discricão administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única — e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicanda —, é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da

medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

36. Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o "mérito" do ato administrativo, isto é, o campo de "liberdade" conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobriedade "liberdade" é liberdade *dentro da lei*, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

Certamente cabe advertir que, embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência ótima para o caso, inúmeras vezes, se não na maioria delas, nem ele nem terceiro poderiam desvendar com certeza inobjektável qual seria esta providência ideal. É exato, pois, que, existindo discricionariedade, é ao administrador — e não ao juiz — que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada.

Sem embargo, o fato de não se poder saber qual seria a decisão ideal, cuja apreciação compete à esfera administrativa, não significa, entretanto, que não se possa reconhecer quando uma dada providência, seguramente, *sobre não ser a melhor, não é sequer comportada na lei em face de uma dada hipótese*. Ainda aqui cabe tirar dos magistrados escritos do mestre português Afonso Rodrigues Queiró a seguinte lição: "O fato de não se poder saber o que uma coisa é não significa que não se possa saber o que ela não é". Examinando o tema da discricionariedade administrativa, o insigne administrativista observou que há casos em que "só se pode dizer o que no conceito não está abrangido, mas não o que ele compreenda".

Referindo-se aos dois tipos de conceitos demarcadores da competência para a prática de atos administrativos, disse: "no primeiro pode dizer-se o que ela é, no segundo apenas o que ela não é".²⁶

37) Princípio da proporcionalidade

37. Este princípio enuncia a idéia — singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada — de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão e intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Logo, o *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua *inadequação* ao escopo legal. Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.

38. Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia

26. *Reflexões sobre a Teoria ...*, cit., p. 79.

mia específica de um vício que pode surdir e entremostar-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. O conteúdo substancial desta, como visto, não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei, mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que a anima. Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV. O fato de se ter que buscá-lo pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele. Disse Black que tanto faz parte da lei o que nela se encontra explícito quanto o que nela implicitamente se contém.²⁷

6ª) Princípio da motivação

39. Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. É o que sucede, por exemplo, na tomada de decisões em procedimentos nos quais exista uma situação contenciosa, como no cha-

27. Henry Campbell Black, *Handbook on Construction and Interpretation of Law*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1896, p. 62: "It is a rule of construction that which is implied in a statute is as much a part of it as, what is expressed".

mado processo administrativo disciplinar. Idem em certos procedimentos em que vários interessados concorrem a um mesmo objeto, como nas licitações.

40. O fundamento constitucional da obrigação de motivar está como se esclarece de seguida — implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do "porquê" das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.

Por isso Ramón Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática²⁸ — e outra não se concebe em um Estado que se declara "Estado Democrático de Direito" (art. 1º, *caput*) —, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.

De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrador, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. É que, se fosse dado ao Poder Público aduzi-los apenas serodiantemente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões *ad hoc*, "construir" motivos que jamais ou dificilmente se saberia se eram realmente existentes e/ou se foram de veras sopesados à época em que se expediu o ato questionado.

28. Alberto Ramón Real, "La fundamentación del acto administrativo", *RDP* 6/17.

Assim, atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.

7ª) Princípio da impessoalidade

41. Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração.

No texto constitucional há, ainda, algumas referências a aplicações concretas deste princípio, como ocorre no art. 37, II, ao exigir que o ingresso em cargo, função ou emprego público depende de concurso público, exatamente para que todos possam disputar-lhes o acesso em plena igualdade. Idem, no art. 37, XXI, ao estabelecer que os contratos com a Administração direta e indireta dependerão de licitação pública que assegure igualdade de todos os concorrentes. O mesmo bem jurídico também está especificamente resguardado na exigência de licitação para permissões e concessões de serviço público (art. 175).

8ª) Princípio da publicidade

42. Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Lei Magna, ademais de contemplado em manifestações específicas

do direito à *informação* sobre os assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado. É o que se lê no art. 5º, XXXIII (direito à informação) e XXXIV, “b”, este último para o caso específico de certidão (a ser expedida no prazo máximo de 15 dias, conforme a Lei 9.051, de 18.5.95) para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Além disso, o mesmo art. 5º, no inciso LXXII, confere a garantia do *habeas data* para assegurar judicialmente o conhecimento de informações relativas ao impetrante que constem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de âmbito público, bem como para retificação de dados que neles estejam armazenados.

Na esfera administrativa o sigilo só se admite, a teor do art. 5º, XXXIII, precitado, quando “imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado”.

9ª) Princípios do devido processo legal e da ampla defesa

43. Os referidos princípios, de mais extrema importância — e que viemos a incluir nesta relação por oportuna advertência de Weida Zancaner —, consistem, de um lado, como estabelece o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, em que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e, de outro, na conformidade do mesmo artigo, inciso LV, em que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Estão aí consagrados, pois, a exigência de um *processo formal regular* para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer seja e a necessidade de que a Administração Pública, *antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito*, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais.

Note-se que “privar” da liberdade ou da propriedade não é apenas simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma ou a outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal.

Assim, para desencadear consequência desta ordem, a Administração terá que obedecer a um processo regular (o devido processo legal), o qual, evidentemente, como resulta do inciso LV do art. 5º, demanda contraditório e ampla defesa.

Os princípios aludidos não devem ser tomados de maneira tão desatada que impeçam a adoção imediata de providências da mais extrema urgência requeridas insubstituivelmente para salvaguardar interesses públicos relevantes que, de outra sorte, ficariam comprometidos.

Entendê-los de maneira tão radical implicaria olvidar a sempre lembrada lição de Carlos Maximiliano: “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.²⁹

Deles decorre, entretanto, que, nos casos em que a urgência demande postergação provisória do contraditório e ampla defesa, a Administração, *de regra*, não poderá por si mesma tomar as providências constritivas — e seria inconstitucional lei que a autorizasse —, pois deverá recorrer ao Poder Judiciário, demandando que as determine liminarmente.

Deveras, é neste foro, imparcial e isento, que haverão de ser consideradas as medidas pretendidas a serem cautelarmente impostas à margem de contraditório e ampla defesa. Admitir-se-á, contudo, ação imediata da própria Administração sem as referidas cautelares apenas e tão-somente quando o tempo a ser consumido na busca da via judicial inviabilizar a proteção do bem jurídico a ser defendido. Finalmente, toda providência administrativa destarte adotada, além de cifrar-se ao indispensável, só perdurará, tratando-se de medida de efeito continuado, pelo tempo inafastavelmente necessário e, em qualquer caso, será de imediato sucedida pela instauração do devido processo, do contraditório e da ampla defesa. É lógico, ademais, que qualquer demasia ou excesso acarretarão responsabilidade do Estado e do agente que haja procedido com dolo ou culpa.

44. A origem longínqua do “devido processo legal” (o *due process of law*), como se sabe, remonta à Magna Carta que João-Sem-Terra, em 1215, foi compelido a conceder aos barões. Em seu art. 39 este documento feudal assegurava que nenhum homem livre

29. *Interpretação e Aplicação do Direito*, 2ª ed., Livraria do Globo, 1933, p. 183.

teria sua liberdade ou propriedade sacrificadas salvo na conformidade da *law of the land*. Tratava-se, na verdade, de uma defesa contra o arbítrio real e a consagração de um direito a julgamento, efetuado pelos próprios pares, na conformidade do Direito costumeiro (a “lei da terra”), ou seja: o Direito assente e sedimentado nos precedentes judiciais, os quais exprimiam a *common law*. Esta expressão *law of the land*, cerca de um século depois, sob Eduardo III, em 1354, no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, foi substituída por *due process of law*.

Ao transmigrar-se para as colônias americanas nelas prevaleceu, antes e depois da Independência, a expressão *law of the land*, até a Constituição de Nova York de 1821, que foi a primeira a incorporar em seu texto a dicção *due process of law*. Esta última terminologia, entretanto, que seria, a final, definitivamente consagrada, já havia entrado na Constituição norte-americana, através da Emenda V, aprovada em 1789 e ratificada pelos Estados em 15.12.1791. Inicialmente concebida como garantia puramente processual (*procedural due process*), evoluiria ao depois, mediante construção pretoriana da Suprema Corte norte-americana, para converter-se em garantia também substancial (*substantive due process*), conforme abertura possibilitada pela Emenda XIV (*equal protection of the laws*), abrigando e expandindo a idéia de resguardo da vida, da liberdade e propriedade, inclusive contra legislação opressiva, arbitrária, carente de razoabilidade.³⁰

Demais disto, como anota Carlos Roberto Siqueira Castro: “Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública,

30. Cf., ao respeito, na doutrina nacional, entre outros, dos quais recolhemos estas anotações: Ada Pellegrini Grinover, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, São Paulo, Ed. RT, 1973, Capítulos I, II e III; Carlos Roberto Siqueira Castro, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, Capítulos II e III; Adhemar Ferreira Maciel, “*Due process of law*”, in *Perspectivas do Direito Público*, obra coletiva de *Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, pp. 409-418; Lucia Valle Figueiredo, “Princípios constitucionais do processo”, *RTDP* 1/118, 1993; “O devido processo legal e a responsabilidade do Estado ...”, *RTDP* 11/5, 1995, e “Estado de Direito e devido processo legal”, *RTDP* 15/35, 1996; Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “Devido processo legal e o procedimento administrativo”, *RTDP* 18/34, 1997; Cármen Lúcia Antunes Rocha, “Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro”, *RTDP* 17/6, 1997; e Geraldo Brindeiro, “O devido processo legal e o Estado Democrático de Direito”, *RTDP* 19/50, 1997.

impondo a esses rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a Sociedade e os indivíduos de outro”.³¹

De seu turno, Ada Pellegrini, citando Comoglio, expõe que, na conformidade da lição do autor, entre as conseqüências do elemento “igualdade”, ínsito na noção de devido processo legal, contam-se as de que: “os princípios constitucionais de probidade processual aplicam-se sempre que o indivíduo possa sofrer uma perda quanto à vida, à liberdade ou à propriedade, independentemente da natureza do órgão perante o qual a *deprivation* deva concretamente efetivar-se”; e, demais disto, que, “conseqüentemente, a cláusula é requisito de constitucionalidade no tocante a qualquer procedimento (mesmo administrativo, tributário ou arbitral) pelo qual possa ocorrer a perda de direitos individuais constitucionalmente garantidos”.³²

Compreende-se que tenha ocorrido a completude desta trajetória no Estado de Direito, pois é de sua essência o enquadramento da conduta estatal dentro de limites jurídicos, tanto materiais como formais. O próprio do Estado de Direito é subordinar o exercício do poder público à obediência de normas adrede concebidas para conformar-lhe a atuação, prevenindo, destarte, seu uso desatado ou descomedido. Deveras, o propósito nele consubstanciado é o de oferecer a todos os integrantes da Sociedade a segurança de que não serão amesquinados pelos detentores do Poder nem surpreendidos com medidas e providências interferentes com a liberdade e a propriedade sem cautelas preestabelecidas para defendê-las eficazmente.

Tal enquadramento da conduta estatal em pautas balizadoras, como se disse e é universalmente sabido, concerne tanto a aspectos *materiais* — pelo atrelamento do Estado a determinados fins antecipadamente propostos como os validamente perseguíveis — quanto a aspectos *formais*, ou seja, relativos ao preestabelecimento dos meios eleitos como as vias idôneas a serem percorridas para que, através delas — e somente através delas —, possa o Poder Público exprimir suas decisões. Estes últimos dizem com a prévia definição

31. Ob. cit., pp. 40 e 41.

32. Ob. cit., pp. 40 e 41.

dos processos que canalizarão as manifestações estatais. A indicação das formas adequadas para aportar nos fins buscados define o *modus procedendi* obrigatório para o Poder Público, com o quê sua atuação fica inserida na intimidade de uma trilha cujo percurso correto é a maior garantia para o cumprimento dos bens jurídicos que o Estado de Direito visa a resguardar.

Não por acaso disse Ihering: “Inimiga jurada do arbítrio a forma é a irmã gêmea da liberdade”.³³

Na mesma linha de idéias, vale colacionar algumas judiciosas averbações da eminente publicista Cármen Lúcia Antunes Rocha: “A história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização da relação do poder e com o poder. (...) O processo reflete uma forma de convivência estatal civilizada segundo parâmetros previamente determinados pelo Direito posto à observância de todos. A civilização é formal. As formas desempenham um papel essencial na convivência civilizada dos homens; elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro e, inclusive, consigo mesmo”. E, pouco além: “Fora daí, não há solução para a barbárie e para a descrença no Estado. Sem confiança nas instituições jurídicas, não há base para a garantia nas instituições políticas. O processo é, pois, uma garantia da democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma *efetiva justiciabilidade*”.³⁴

10ª) Princípio da moralidade administrativa

45. De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade* e *boa-fé*, tão oportunamente encarecidos pelo mes-

33. *L'Esprit du Droit Romain*, 3ª ed., revista e corrigida, t. 3º, Paris, Librairie Marescq Ainê, 1887, p. 164.

34. “Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro”, RTDP 17/5-7, 1997.

tre espanhol Jesús Gonzáles Peres em monografia preciosa.³⁵ Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração deverá proceder em relação aos administrados com sinceridade e lha-neza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Por força mesmo destes princípios da lealdade e boa-fé, firmouse o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.

Acresça-se que, nos termos do art. 85, V, da Constituição, atentar contra a "probidade na administração" é hipótese prevista como crime de responsabilidade do Presidente da República, fato que enseja sua destituição do cargo. De resto, os atos de improbidade administrativa dos servidores públicos "imporão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (art. 37, § 4º).

Além disto, o princípio da moralidade administrativa acha-se, ainda, eficientemente protegido no art. 5º, LXXIII, que prevê o cabimento de ação popular para anulação de "ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à *moralidade administrativa*, ao meio ambiente ..." etc.

11ª) Princípio do controle judicial dos atos administrativos

46. No Direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. Isto é, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição. Assim, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados.

É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade

35. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madri, 1983.

dade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis.

12ª) Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos

47. De acordo com nosso Direito, a responsabilidade do Estado é ampla e generosamente contemplada no próprio Texto Constitucional. O art. 37, § 6º, estabelece que: "As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

A dicção deste preceito autoriza as seguintes conclusões:

a) a responsabilidade do Estado aplica-se indistintamente a quaisquer das funções públicas, não estando restrita a danos provenientes de atos administrativos;

b) posto que existe direito de regresso contra o agente responsável nos casos de *dolo ou culpa* — e não em outros —, é porque cabe responsabilização estatal também em hipóteses nas quais inexistam dolo ou culpa. Isto é, está acolhida, conforme pacífico entendimento jurisprudencial (assentado em textos constitucionais anteriores desde 1946 e nisto não discrepantes do atual), a responsabilidade *objetiva do Estado*;

c) dita responsabilidade objetiva, entretanto, *só está consagrada constitucionalmente para atos comissivos do Estado*, ou seja, para os comportamentos *positivos* dele. Isto porque o texto menciona "danos que seus agentes *causarem*". A omissão, rigorosamente falando, não é causa de dano, conquanto seja certo que *condiciona e irresistivelmente* sua ocorrência nos casos em que, se houvesse a ação, o dano seria evitado. Assim, parece-nos — e também nisto ncatamos reverentemente os ensinamentos doutrinários sempre luminosos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁶ — que a regra

36. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, pp. 478 e ss., notadamente pp. 486 e 487.

em nosso Direito Constitucional é a da responsabilidade objetiva para os comportamentos comissivos do Estado e, salvo casos excepcionais, responsabilidade *subjetiva* (por culpa do serviço) para os comportamentos omissivos: a saber, quando o Estado, *devendo* legalmente agir para evitar um dano e, *podendo fazê-lo*, não o fez ou não o fez tempestiva ou eficientemente;

d) estes mesmos critérios de responsabilidade concernem também — como está explícito no referido art. 37, § 6º — às pessoas de Direito Privado prestadoras de serviço público.

13ª) Princípio da eficiência

48. Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”.³⁷

14ª) Princípio da segurança jurídica

49. Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.

Enquadra-se, então, entre os princípios gerais de Direito, dos quais o nunca assaz citado Eduardo García de Enterría disse, com irretocável perfeição: “Conviene recordar a este propósito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *abstractum* del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No

37. Consulte-se ao respeito a excelente monografia de Guido Falzone, *Il Dovere di Buona Amministrazione*, Milão, Giuffrè, 1953.

consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la consciencia moral o de la discreción del juez, sino, ~~mas~~ bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetiva en la lógica misma de las instituciones”.³⁸

Deveras, princípios gerais de Direito são vetores normativos *subjacentes* ao sistema jurídico-positivo, não porém como um dado externo, mas como *uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento*. É que os diversos institutos nele compreendidos — quando menos considerados em sua complexidade íntegra — revelam, nas respectivas composturas, a absorção dos valores substanciados nos sobreditos princípios.

Com efeito, nas palavras de O. A. Bandeira de Mello, tais princípios “se infiltram no ordenamento jurídico de dado momento histórico” ou traduzem “o mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita ou costumeira”, são “as teses jurídicas genéricas que informam o ordenamento jurídico-positivo do Estado”, conquanto não se achem expressadas em texto legal específico. No exemplário de tais princípios gerais o autor menciona, entre outros, o de que ninguém deve ser punido sem ser ouvido, o do *enriquecimento sem causa*, o de que ninguém pode se beneficiar da própria malícia etc.³⁹

Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos

38. *Curso de Derecho Administrativo* cit., obra conjunta com Tomás-Ramón Fernández, v. I, reimpr. da 3ª ed., Madrid, Civitas, 1981, p. 400.

39. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2ª ed., v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 406 e 407.

de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.

Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente — e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso —, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.

Bem por isto, o Direito, conquanto seja, como tudo o mais, uma constante mutação, para ajustar-se a novas realidades e para melhor satisfazer interesses públicos, manifesta e sempre manifestou, em épocas de normalidade, um compreensível empenho em efetuar suas inovações causando o menor trauma possível, a menor comoção, às relações jurídicas passadas que se perlongaram no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos.

Por força mesmo deste princípio (conjugadamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, *sem prévia e pública notícia*, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.

50. Ao cabo desta exposição, nada mais resta senão arrolar simplesmente os princípios enumerados e suas bases constitucionais:

- 1) *Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* (fundamenta-se na própria idéia de Estado);
- 2) *Princípio da legalidade* (arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV);
- 3) *Princípio da finalidade* (radica-se nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade);
- 4) *Princípio da razoabilidade* (estriba-se também nos dispositivos que esteiam os princípios da legalidade e finalidade);

5) *Princípio da proporcionalidade* (por ser aspecto específico da razoabilidade, também se apóia nos citados fundamentos);

6) *Princípio da motivação* (arts. 1º, II e parágrafo único, e 5º, XXXV);

7) *Princípio da impessoalidade* (arts. 37, *caput*, e 5º, *caput*);

8) *Princípio da publicidade* (arts. 37, *caput*, e 5º, XXXIII e XXXIV, “b”);

9) *Princípios do devido processo legal e da ampla defesa* (art. 5º, LIV e LV);

10) *Princípio da moralidade administrativa* (arts. 37, *caput* e § 4º, 85, V, e 5º, LXXIII);

11) *Princípio do controle judicial dos atos administrativos* (art. 5º, XXXV);

12) *Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos* (art. 37, § 6º);

13) *Princípio da eficiência* (art. 37, *caput*) e

14) *Princípio da segurança jurídica*.

II. Restrições excepcionais ao princípio da legalidade

a) Medidas provisórias

51. “Medidas provisórias”, como resulta das alterações introduzidas no art. 62 e parágrafos, da Constituição, pela Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001, são providências (como o próprio nome diz, *provisórias*) que o Presidente da República poderá expedir, com ressalva de certas matérias nas quais não são admitidas, “em casos de relevância e urgência”, e que terão “força de lei”, cuja eficácia, entretanto, será eliminada *desde o início* se o Congresso Nacional, a quem serão *imediatamente submetidas*, não as converter em lei dentro do prazo — que não correrá durante o recesso parlamentar — de 120 dias contados a partir de sua publicação.

O que as regula, então, é art. 62, agora compreensivo de doze parágrafos.⁴⁰

40. Este é o teor do artigo 62 e seus parágrafos:

“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato

Vejam as características que lhes são de reconhecer ante o teor dos versículos mencionados e em face do próprio sistema constitucional como um todo.

52. Conquanto o § 3º do art. 62 reporte-se a uma perda de eficácia das medidas provisórias desde a edição, se não forem convertidas em lei no decurso de uma dilação de 60 dias, esta consequência na verdade só ocorre, como acima averbamos, se, vencido o

ao Congresso Nacional. § 1º. É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I — relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado no art. 167, § 3º; II — que vise à detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III — reservada a lei complementar; IV — já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. § 2º. Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. § 3º. As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. § 4º. O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. § 5º. A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. § 6º. Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. § 7º. Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. § 8º. As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. § 9º. Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionada ou vetado o projeto”.

decorrido de 120 dias, ainda não tiver havido a conversão. Isto porque o próprio parágrafo em apreço estatui que os mencionados 60 dias são prorrogáveis, nos termos do § 7º, por igual período, uma única vez. Ora, este último, conforme se depreende de sua linguagem, torna referida prorrogação automática caso o Congresso Nacional não haja encerrado em 60 dias a votação que rejeitará ou converterá em lei a medida provisória, com o que eleva o prazo fatal de perda de eficácia por decurso de prazo para 120 dias.⁴¹ É óbvio, de outra parte, que, independentemente de quaisquer destes prazos, tão logo as tenha conhecido, o Parlamento poderá rejeitá-las mediante correspondente tramitação.

A deliberação do plenário de cada uma das Casas do Congresso sobre o mérito de medida provisória dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais (§ 5º) e iniciar-se-á na Câmara dos Deputados (§ 8º), sendo antes precedida de parecer emitido por Comissão Mista de deputados e senadores (§ 9º).

“Se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando” (§ 6º).

Caso a medida provisória seja rejeitada, ou se perder a eficácia pelo decurso de prazo, o Congresso deverá regular, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes (§ 3º); e se não o fizer em 60 dias após a rejeição ou a perda da eficácia, ditas relações constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas (§ 11).

Medida provisória rejeitada ou cuja eficácia se tenha perdido por decurso de prazo não pode ser reeditada na mesma sessão legislativa (§ 10), obviedade esta que precisou ser explicitada, porquanto, antes da Emenda Constitucional 32, o Executivo, com exemplar desfaçatez, incorria regularmente nesta conduta teratológica, con-

41. Poder-se-ia perguntar porque, então, o texto falou em 60 dias ao invés de 120. A única resposta que nos acode ao espírito é que a menção à metade do prazo real teria sido feita com o intento de iludir a opinião pública e inúmeros congressistas pouco avisados, para dar a impressão de que apenas se estava a dobrar, ao invés de quadruplicar, como de fato ocorreu, o prazo previsto anteriormente à Emenda Constitucional que modificou o tratamento da matéria.

fortado pela aberrante complacência que o Legislativo e o Supremo Tribunal Federal lhe dispensavam.⁴²

53. Conforme arrolamento dos incisos I a IV do art. 62, não podem ser editadas medidas provisórias relativas a: "I — a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;⁴³ II — que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III — reservada à lei complementar; IV — já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República".

Anote-se que, a teor do § 2º, a medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos só produzirá efeitos no exercício seguinte, se houver sido convertida em lei até o último dia do

42. Embora não houvesse vedação expressa (como hoje há), a reedição de medida provisória já era manifestamente incompatível com a índole deste instituto, o que poderia ser percebido por qualquer pessoa que dispusesse de inteligência normal e rudimentos de Direito, em face das disposições do art. 62 e seu parágrafo único, dispositivos estes que eram os reguladores da matéria. De acordo com eles: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que estando em recesso será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes". Deveras, era evidente — e da mais solar evidência — que *medidas provisórias não poderiam ser reiteradas ante os mesmos fatos e situações*. Com efeito, posto que a Constituição as denominou "provisórias" e as colocou, tão logo publicadas, ao inteiro âmbito do Congresso; posto que estabeleceu, ainda, um *prazo máximo de trinta dias* para que suas disposições adquirissem caráter permanente, "se convertidas em lei", ou para que perdessem a eficácia desde o início se lhes faltasse este aval parlamentar, resultava cristalinamente claro que a falta dele implicava repúdio à medida expedida. Aduza-se que graças às atrevidas e disparatadas reedições o Presidente poderia manter vigorante para sempre (e foi o que fez) medidas provisórias que o Congresso recusava converter em lei, bastando para tanto republicá-las a cada trinta dias! Com isto houve completo desnaturamento não só do instituto, mas das funções próprias do Executivo e do Legislativo, e a tripartição do poder — suposta base de nosso sistema — perdeu qualquer significação efetiva.

43. O dispositivo em apreço contempla "a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública".

exercício em que foi editada, a menos que se trate de imposto de importação de produtos estrangeiros; exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; impostos extraordinários, na iminência ou no caso de guerra externa.

Registre-se também que, de acordo com o § 12, a medida provisória objeto de projeto de lei de conversão aprovado e que lhe altere o texto original, manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Finalmente, anote-se que de acordo com o art. 2º da referida Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001, as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação dessa emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.⁴⁴

54. Convém desde logo acentuar que as medidas provisórias são profundamente diferentes das leis — e não apenas pelo órgão que as emana. Nem mesmo se pode dizer que a Constituição foi tecnicamente precisa ao dizer que têm "força de lei". A compostura que a própria Lei Magna lhes conferiu desmente a assertiva ou exige que seja recebida *cum grano salis*.

A primeira diferença entre umas e outras reside em que as medidas provisórias correspondem a uma forma *excepcional* de regular certos assuntos, ao passo que as leis são via normal de discipliná-los.

A segunda diferença está em que as medidas provisórias são, por definição, *efêmeras*, enquanto as leis, além de perdurarem normalmente por tempo indeterminado, quando temporárias têm seu prazo por elas mesmas fixado, ao contrário das medidas provisórias, cuja duração máxima já está preestabelecida na Constituição: 120 dias.

A terceira diferença consiste em que as medidas provisórias são *precárias*, isto é, podem ser infirmadas pelo Congresso a qual-

44. Note-se que a Emenda Constitucional não disse que validava ou convalidava as anteriores medidas provisórias, mas simplesmente que estas continuariam em vigor até que fossem ulteriormente revogadas. Ou seja: houve um pronunciamento quanto ao tópico da persistência de sua existência jurídica, não sobre sua validade, assunto este que poderia e poderá sempre ser suscitado ante o Poder Judiciário. É que praticamente todas as medidas provisórias até hoje editadas foram inconstitucionais por ignorarem os requisitos de "interesse público relevante e urgência".

quer momento dentro do prazo em que deve apreciá-las, em contraste com a lei, cuja persistência só depende do próprio órgão que a emanou (Congresso).

A *quarta diferença* resulta de que a medida provisória não confirmada, isto é, não transformada em lei, perde sua eficácia desde o início; esta, diversamente, ao ser revogada, apenas cessa seus efeitos *ex nunc*.

Por tudo isto se vê que a força jurídica de ambas *não é a mesma*.

Finalmente, a *quinta e importantíssima diferença* procede de que a medida provisória, para ser expedida, depende da ocorrência de certos pressupostos, especificamente os de "relevância e urgência", enquanto, no caso da lei, a relevância da matéria *não é condição para que seja produzida*; antes, passa a ser de direito relevante tudo o que a lei houver estabelecido. Demais disso, inexistente o requisito de urgência.

Em virtude do exposto, seria erro gravíssimo analisá-las como se fossem leis "expedidas pelo Executivo" e, em consequência, atribuir-lhes regime jurídico ou possibilidades normatizadoras equivalentes às das leis.

Com efeito, as características assinaladas revelam que as medidas provisórias não são uma alternativa aberta ao Executivo para obter a regulação de matérias que desdenhe submeter ao Legislativo pelo procedimento normal, ou seja, valendo-se do poder de iniciativa das leis que lhe confere o art. 61.

Por serem, como visto, *excepcionais, efêmeras, precárias, suscetíveis de perder eficácia desde o início e cabíveis apenas ante questões relevantes* que demandem urgente suprimento, é óbvio que só podem ser expedidas quando (a) situação muito grave demande providências imediatas, que tenham de ser tomadas incontinenti, pena de perecimento do interesse público que devem suprir, e (b) a natureza da medida seja compatível com a fragilidade inerente ao seu caráter efêmero e precário.

Profundemos as razões que embasam as conclusões indicadas. Já que são *excepcionais*, ou seja, fórmulas atípicas, anômalas, de introduzir normas primárias, só admissíveis para atender a interesses *relevantes*, resulta imediatamente claro que não é qualquer espécie de interesse que lhes pode servir de justificativa, pois todo e qualquer interesse público é, *ipso facto, relevante*. Donde — e como nem a lei nem a Constituição têm palavras inúteis — há de se entender que a menção do art. 62 à "relevância" implicou atribuir

uma especial qualificação à natureza do interesse cuja ocorrência enseja a utilização de medida provisória. É certo, pois, que só ante *casos graves*, ante interesses invulgarmente importantes, justificase a adoção de medidas provisórias. Isto, entretanto, não é o suficiente para o cabimento delas. Cumpre, ademais, que a cura de tal interesse deva ser feita sem retardamento algum, à falta do quê a sociedade expor-se-ia a sérios riscos ou danos. Em suma: é preciso que exista a "urgência" a que alude o art. 62.

55. Que é urgência? Que coisa deve ser havida como urgente? Mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora.

Acresce que, ante o Texto Constitucional, existe ainda um parâmetro suplementar: para os fins do art. 62 não será em hipótese alguma configurável como urgente aquilo que possa aguardar, sem comprometimento do interesse público, o prazo necessário para que o Congresso Nacional aprecie projeto de lei de iniciativa do Executivo para o qual este haja solicitado o regime de tramitação urgente previsto nos §§ 1º a 4º do art. 64. De acordo com o § 2º, se "a Câmara dos Deputados e o Senado não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até 45 dias sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação". Mesmo a apreciação, pela Câmara, das emendas feitas pelo Senado submete-se a um prazo para serem votadas: 10 dias, conforme prevê o § 3º.

Importa, ademais, que as medidas provisórias não contenham em si providências incompatíveis com sua natureza efêmera, precária e de eficácia suscetível de ser suprimida retroativamente, *ab initio*. Disto decorre que através delas não se pode pretender mais que o indispensável para atendimento do resultado que as justifica. Logo, não podem extinguir situações ou relações jurídicas cuja suspensão bastaria para assegurar o benefício ou impedir o malefício que, em caráter emergencial, é necessário obviar de imediato. Assim também, e por igual razão, não podem ser extintos órgãos ou pessoas administrativas, já que supressão é ato de caráter definitivo, excedente, pois, da índole precária inerente a medidas que o próprio texto denomina de provisórias.

Em suma — *e nisto reside sua característica essencial* —, as medidas em apreço nada mais podem representar senão providências indispensáveis para enfrentar situações *emergentes, anômalas, excepcionais*, que demandariam solução *imediate*, até que o Congresso delibere sobre o assunto e lhes dê a disciplina adequada, caso *julgue que efetivamente reclamam tratamento próprio e específico*. Note-se que o Legislativo é que é credenciado para aferir conclusivamente sobre a conveniência da adoção das medidas e o teor delas. Tanto assim que pode imediatamente rejeitá-las e suprimir-lhes a eficácia desde o início se não as converter em lei no prazo de 120 dias.

56. Derradeiramente, e ainda para repisar questões óbvias, mas que entre nós demandam tratamento sério — já que interpretações “kafkianas” sempre aparecem quando se trata de fornecer amparo para abusos do Executivo —, cumpre anotar que ao Supremo Tribunal Federal compete, a instâncias dos legitimados, fulminar medidas provisórias inconstitucionais, em ação direta de declaração de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, c/c art. 103). Assim também, aos juízes e tribunais em geral cabe, *incidenter tantum*, recusar aplicação nos casos concretos a ato ou providência embasados em medida provisória ou em disposição dela complementar padecentes do vício de inconstitucionalidade. No âmbito de apreciação da constitucionalidade da medida, tanto se afere a consonância de seu teor com os princípios e normas substantivas da Lei Magna quanto a própria preexistência das condições que ensejariam sua válida edição — ou seja: “relevância e urgência”.

Com efeito, de acordo com o art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Logo, seja sob que figura for, quaisquer ilegalidades ou inconstitucionalidades são suscetíveis de correção judicial.

57. O Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade discricção administrativa quando verifica se *pressupostos* normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência existem ou não existem. Uma vez que a Constituição só admite medidas provisórias em face de situação relevante e urgente, segue-se que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para irrupção da aludida competência. É dizer: sem eles inexistirá poder para

editá-las. Se a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência fora destas hipóteses, não haveria condicionado sua expedição à pré-ocorrência destes supostos normativos. Segue-se que têm de ser judicialmente controlados, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência para editar medidas provisórias. Com efeito, se “relevância e urgência” fossem noções só *inferíveis* concretamente pelo Presidente da República, em juízo *discricionário* incontrastável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreriam da Constituição, mas da vontade do Presidente, pois teriam o âmbito que o Chefe do Executivo lhes quisesse dar. Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem decidiria sua própria esfera competencial na matéria, idéia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito.

58. A circunstância de relevância e urgência serem — como efetivamente o são — conceitos “vagos”, “fluidos”, “imprecisos”, não implica que lhes faleça densidade significativa. Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ociosos, vazios de qualquer conteúdo, faltando-lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado.

Do fato de “relevância” e “urgência” exprimirem noções vagas, de contornos indeterminados, resulta apenas que, efetivamente, muitas vezes põem-se situações duvidosas nas quais não se poderá dizer, com certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62. De par com elas, entretanto, ocorrerão outras tantas em que será indubitável inexistir relevância e urgência ou, pelo contrário, indubitável que existem. Logo, o Judiciário sempre poderá se pronunciar conclusivamente ante os casos de “certeza negativa” ou “positiva”, tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os limites possíveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremissível dúvida, em que mais de uma intenção seria razoável, plausível.

Assim, fulminará as medidas provisórias, por extravasamento dos pressupostos que as autorizariam, nos casos de “certeza negativa” e reconhecer-lhes-á condições de válida irrupção nos demais. Tudo isto, é bem de ver, de fora parte a cabível apreciação quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do próprio conteúdo nelas vazado.

b) Estado de defesa

59. De par com as medidas provisórias existem, ainda, como referido, dois outros casos em que o princípio da legalidade sofre transitória constrição, por força de circunstâncias excepcionais — estas de anomalia extremada. A respeito deles, aqui, é suficiente uma simples e breve referência.

Um destes casos — aliás, verdadeira excrescência teratológica que a Constituição abrigou — é o do “estado de defesa”. Vejamo-lo.

O Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional (previstos, respectivamente, nos arts. 89 e 91), pode decretar “estado de defesa”, a fim de “preservar ou prontamente restabelecer, em locais determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções” (art. 136). Decretada tal providência — que não excederá de 30 dias, prorrogável uma única vez por igual período (§ 2º do art. 136) —, será, dentro de 24 horas, submetida, com a respectiva justificação, ao Congresso Nacional, que sobre ela ou sobre sua prorrogação decidirá por maioria absoluta (§ 4º). Se o Parlamento estiver em recesso será convocado extraordinariamente dentro em 5 dias (§ 5º) e o apreciará no prazo de 10, contados do seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa (§ 6º). Se rejeitá-lo, este cessará imediatamente (§ 7º).

O decreto instituidor do estado de defesa especificará seu tempo de duração e as áreas abrangidas, indicando, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas.

Dentre elas, a própria Constituição já contempla restrições aos direitos de reunião, ainda que na intimidade de associações, ao sigilo de correspondência, de comunicação telegráfica e telefônica, além da ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos; esta na hipótese de calamidade pública (§§ 1º e 2º). Refere, ainda, a prisão ou detenção de qualquer pessoa por prazo não superior a 10 dias e vedada a incomunicabilidade (§ 3º).

E óbvio que sempre caberá contraste jurisdicional tanto nas condições de válida decretação do “estado de defesa” quanto das disposições do decreto que o houver instituído, tal como mencionado ao propósito das medidas provisórias. Claro também é que as providências tomadas com base no estado de defesa são igualmente suscetíveis de correção judicial.

c) Estado de sítio

60. Além do estado de defesa, a Constituição prevê ainda o “estado de sítio”, o qual já seria bastante para alcançar os mesmos objetivos e, ao contrário dele, não padece do inconveniente de ser decretável sem prévia autorização do Congresso.

Com efeito, para decretar estado de sítio, o Presidente, ouvidos o Conselho da República e o de Defesa Nacional, deve expor ao Congresso as razões pelas quais pretende fazê-lo e solicitar-lhe seja dada autorização para tanto. É cabível nos casos de “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” e de “declaração de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” (art. 137 e parágrafo único).

O decreto indicará sua duração, bem como as medidas necessárias para executá-lo e as garantias constitucionais que serão suspensas (art. 138). Seu prazo não excederá de 30 dias, prorrogáveis no máximo por igual período de cada vez (sob autorização do Congresso). No caso de guerra ou agressão armada estrangeira, poderá ser decretado para todo o tempo em que durarem (§ 1º). Excetuada esta última hipótese, as medidas que poderão ser tomadas contra as pessoas serão unicamente as arroladas no art. 139, nos incisos I a VII. Entre elas se incluem as mesmas arroladas para o “estado de defesa” e mais as de cerceamento de informações e liberdade dos meios de comunicação, na forma da lei; a obrigação de permanecer em localidade determinada; a busca e apreensão em domicílio; a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crime comum e a requisição de bens. É vedada, entretanto, a restrição à difusão de pronunciamentos parlamentares efetuados em suas Casas legislativas, se liberada pelas respectivas Mesas (parágrafo único do art. 139).

Ainda aqui, obviamente, valem os mesmos comentários feitos em relação às medidas provisórias e ao estado de defesa no que concerne ao controle judicial.

Capítulo 4

Administração pública e burocracia

ANTÔNIO AUGUSTO PEREIRA PRATES

Este capítulo discute as relações entre administração pública, Estado e democracia representativa no contexto das sociedades modernas e, à luz dessa discussão, apresenta os dilemas da administração pública no Brasil de hoje, um país altamente diversificado social e economicamente e com uma tradição fortemente centralizadora do sistema de formulação e implementação de políticas públicas.

A temática em foco tem sido objeto de discussão intensa na literatura recente da sociologia política internacional. Há os que defendem que somente um projeto associativista forte conseguiria realimentar a democracia nas sociedades contemporâneas; já outros criticam a idéia com a suposição de que tal projeto poderia significar a expansão da esfera privada sobre a pública, comprometendo, assim, o caráter democrático do Estado de Direito (COHEN e ROGERS, 1995).

Essa discussão constitui, muito mais, um reflexo das tensões concretas entre governabilidade, participação, representação e legitimidade, nas sociedades democráticas contemporâneas, do que, puramente, uma reflexão teórica, de natureza acadêmica. Sua

solução, portanto, não depende apenas de “fórmulas” de engenharia institucional, mas, principalmente, da motivação dos atores políticos para mobilizar energias que alimentem novos ou velhos sistemas de participação e representação na sociedade.

1. Administração pública e burocracia

O conceito de atividades de natureza administrativa é muito mais amplo do que o de administração pública. Essas atividades podem ser vistas como um tipo de ação coletiva muito mais geral e abrangente do que o compreendido pela concepção moderna do termo *administração pública*. Na primeira acepção do termo, a atividade administrativa refere-se à ação, dentro de uma comunidade ou sociedade,¹ voltada para a implementação de um sistema de ordem em uma associação humana qualquer. Para Weber, a existência de qualquer “associação” (*verband*) pode ser acompanhada da presença de um quadro administrativo:

Por associação (verband) deve-se entender uma relação social com

1. Por *comunidade* Weber entende um agrupamento humano cujo sistema de solidariedade é predominantemente baseado em sentimentos que geram identidade comum. Por *sociedade* Weber entende um agrupamento humano cujo sistema de solidariedade está baseado, predominantemente, em interesses “racional” articulados através de grupos burocraticamente organizados.

regulação limitadora para fora quando a manutenção de sua ordem está garantida pela conduta de determinados homens destinada em especial a este propósito: um dirigente e, eventualmente, um quadro administrativo. (WEBER [1944], 1964:39)

Embora a presença de um quadro administrativo não constitua requisito para a existência da “associação”, é, segundo Weber, imprescindível a ação administrativa do seu dirigente, ou “governo”, voltada para a manutenção da ordem interna: “Basta a presença de um dirigente – chefe de família, direção do sindicato, gerente mercantil, príncipe, presidente do Estado, chefe da Igreja – cuja conduta se dirija para a realização da ordem da associação” (op. cit., p.39).

Portanto, a atividade administrativa dificilmente pode ser identificada como administração pública, na acepção moderna do termo. Os sistemas de ordem patrimonial,² por exemplo, embora disponham de um quadro administrativo relativamente complexo, não podem ser tratados como sistemas cuja administração seja de natureza pública, pois neles não existe o conceito de esfera pública, diferenciado do da esfera privada. De acordo com Bobbio (1987),

o direito público europeu que acompanha a formação do Estado constitucional moderno considerou privatistas as concepções patriarcalistas, paternalistas ou despóticas do poder soberano, que assimilam o

Estado a uma família ampliada ou atribuem ao soberano os mesmos poderes que pertencem ao patriarca, ao pai ou ao patrão, senhores por vários títulos e com diversa força da sociedade familiar. (p.16)

A rigor, a administração pública constitui um fenômeno do Estado moderno no qual a burocracia, com maior ou menor grau de racionalidade legal,³ passou a ser a estrutura predominante de administração. Assim, pode-se afirmar que o marco definitivo do surgimento da administração de natureza pública seja o advento do Estado burocrático moderno. Do ponto de vista sociológico, foi Max Weber o grande teórico dessa formulação. De acordo com ele, o “Estado racional” é um fenômeno típico do Ocidente: o Estado moderno é aquela associação de autoridade (domínio) que tem o monopólio legítimo da violência dentro de um território, e sua administração é exercida por funcionários especialistas comprometidos com regras impessoais e legais que regulam suas atividades. Nas palavras de Weber:

No Estado moderno, o verdadeiro domínio, que não consiste nem nos discursos parlamentares nem nas proclamas do monarca mas no manejo diário da administração, encontra-se necessariamente em mãos da burocracia, tanto militar como civil ... Da mesma forma que o chamado progresso para o capitalismo, a partir da Idade Média, constitui a es-

-
2. Refere-se ao sistema de ordem baseado na lealdade pessoal ao Senhor e na referência normativa a valores “sagrados” à Tradição.
 3. O termo *racional-legal* é utilizado por Weber para designar o tipo de ação orientada pela crença na validade dos princípios legais em que se baseia a legitimidade da organização burocrática, em contraposição às crenças baseadas na Tradição que legitimam os sistemas burocráticos patrimoniais.

cala unívoca de modernização da economia, assim também constitui o progresso para o funcionário burocrático, baseado no emprego, no soldo, pensão e ascensão, na preparação profissional e na divisão do trabalho, em competências fixas, no formalismo documental e na subordinação e na superioridade hierárquica, a escala igualmente unívoca da modernização do Estado, tanto do monárquico como do democrático. (WEBER, 1964:1060)

Administração pública e burocracia racional-legal caminham juntas no contexto do Estado racional moderno. É esta *estrutura de dominação*, na linguagem weberiana, que permitirá a clara e explícita separação entre as esferas pública e privada nas sociedades capitalistas ocidentais.

2. O Estado e a sociedade civil: o público e o privado

O conceito contemporâneo de sociedade civil tem muito pouco a ver com o conceito clássico dos jusnaturalistas, de Hobbes a Kant. Hoje, a referência ao termo “sociedade civil” reflete muito mais o conceito hegeliano-marxista do lócus da esfera dos interesses privados em contraposição ao interesse geral formalmente expresso pelo Estado; este visto, na perspectiva dos jusnaturalistas, como uma criação racional e artificial dos homens para se libertarem das mazelas da vida em estado natural. Sociedade civil, nesta última acepção, corresponde ao significado oposto àquele da tradição marxista; ou seja, ela constitui a vida política governada pelas leis e regras

do Estado criado para superar a ameaça da anarquia e/ou do despotismo inerente à condição da vida natural (BOBBIO, 1991).

Não se justifica, neste capítulo, uma discussão alongada ou exaustiva desse conceito.⁴ É suficiente, para nós, esclarecer que o termo “sociedade civil” será utilizado com o significado marxista de “reino dos interesses privados”, em contraposição ao conceito liberal do Estado racional, visto como a expressão do interesse público. Nesta concepção, o denominado Estado de Direito adquire significado de uma “empresa” de natureza pública, em contraposição à esfera privada dos interesses na sociedade civil. O Estado burocrático-racional, para Weber, assenta-se no ordenamento jurídico-formal da separação entre a esfera pública e privada.

Como assinala Habermas (1984), as categorias de público e de privado, embora partes da vida política da Antiguidade Clássica,

passam a ter novamente uma efetiva aplicação processual jurídica com o surgimento do Estado moderno e com aquela esfera da sociedade civil separada dele: servem para a evidência política, bem como para a institucionalização jurídica, em sentido específico, de uma esfera pública burguesa. (p.17)

É este tipo de distinção entre as categorias que nos interessa aqui.

O Estado moderno, definido a partir da predominância da administração burocrática racional-legal como sistema de gestão interna, e não apenas como senhor soberano de uma nação ou comunidade, que caracterizou o Estado absolutista, possibilitou a

4. Ver, para uma discussão do conceito, Prates (2000).

separação nítida, no plano formal, entre as categorias do público e do privado. Mais do que isso, essa distinção constituiu, para Max Weber, a base jurídica do Estado nas democracias de massa. Somente nesse contexto pode-se, rigorosamente, falar de administração pública; até então a administração das “coisas” do Estado, incluindo as finanças e o exercício do poder, se dava sem essa diferenciação entre as esferas pública e privada. Como sugere Weber, é o processo de burocratização do Estado e do Direito que possibilita a separação entre o público e o privado. A “coisa pública” refere-se ao âmbito do Estado, cuja pretensão de validade legítima descansa nas leis impessoais que o regulam. Os conceitos de Estado burocrático e Direito formal não seriam compatíveis com as estruturas pré-burocráticas do Estado patrimonial:

Somente com a burocratização do Estado e do Direito em geral, vemos a possibilidade definida de separar, clara e conceitualmente, uma ordem jurídica “objetiva” dos “direitos subjetivos” do indivíduo, que ela garante; de separar Direito “Público” do Direito “Privado”. (WEBER [1943], 1971:276-7).

3. Características da burocracia racional-legal e sua emergência histórica na administração pública

De acordo com Weber (1964) as principais características da administração burocrática racional-legal, seja de natureza pública seja de natureza privada, são:

- . A especialização que define o sistema de divisão do trabalho constitui um sistema estável baseado na especificação clara e explícita de esferas de competência.

Essa característica enfatiza o elemento racional da divisão do trabalho baseada no saber técnico.

- . O sistema de autoridade tende a ser hierárquico, baseado no conhecimento técnico de nível superior.

Como a primeira, essa segunda característica enfatiza, também, a natureza técnico-científica da legitimidade da autoridade na burocracia racional.⁵

- . O recrutamento e a ascensão de funcionários tende a basear-se em critérios universalistas⁶ de competência técnica.

Esta tendência rompe radicalmente com

5. Um dos mais importantes teóricos da sociologia contemporânea, Talcot Parsons (1947, ed. 1964), ao traduzir o texto *Economia e Sociedade* de Weber para o inglês – e foi a primeira versão da obra de Weber para o inglês – colocou num rodapé (p.58-9) uma observação que instigou uma discussão viva até os dias de hoje. Na observação, Parsons criticou Weber por não ter distinguido duas bases distintas de autoridade legítima dentro das organizações: a autoridade baseada na hierarquia do cargo burocrático, portanto típica de qualquer burocracia, e a baseada no saber técnico, típica dos profissionais das burocracias. Segundo Parsons, as duas bases de autoridade seriam relativamente contraditórias e suscitariam tensão constante no interior das burocracias: a autoridade baseada no conhecimento do perito, contra a autoridade do cargo hierárquico. Em outras palavras, Parsons se referia ao conflito, hoje muito documentado, entre o profissional ou técnico e os seus superiores que não precisam possuir o mesmo nível de competência técnica dos subordinados.

6. O termo *universalista* diz respeito a valores que enfatizam as qualidades de desempenho e realização das pessoas, ou seja, seus próprios méritos, em contraposição ao conceito de particularismo, que acentua as características herdadas pelos indivíduos, tais como classe de nascimento, etnia, família etc.

os critérios particularistas e “clientelistas” da organização burocrática de tipo patrimonial. Neste tipo de burocracia, os chefes selecionam seus funcionários com base em critérios adscritos⁷ de nascimento, religião, raça e lealdade. Já as carreiras funcionais são claramente estabelecidas com seus critérios técnicos de ascensão aos níveis superiores: “Segundo a experiência, o ótimo relativo para o êxito e manutenção de uma mecanização rigorosa do aparato burocrático é proporcionado por um salário monetário certo, conjugado à oportunidade de uma carreira que não dependa do simples acaso e arbítrio” (WEBER, [1943] 1971:242). É no sentido dessa “regra” universalista de recrutamento que Weber sugere que a burocratização racional-legal da sociedade ocidental foi uma condição *sine qua non* do sistema democrático-liberal de governo. A base de legitimidade do sistema democrático-liberal está na existência de um sistema jurídico-formal, que regula o comportamento do Estado, cujo princípio básico é o tratamento de todos os cidadãos como iguais perante a lei. A expressão concreta deste princípio somente foi possível através da criação da burocracia racional-legal que, por definição, é cega para os critérios de recrutamento e ascensão funcional de caráter não-meritocrático como, por exemplo, os de *status* de nascimento, religião, cor, raça ou sexo.

- Tendência da separação entre funcionários da burocracia e a propriedade dos meios de administração.

De acordo com Weber, a burocracia racional implicava a mesma condição postulada por

Marx para o surgimento do capitalismo: a separação entre os produtores e a propriedade dos meios de produção. Weber, conhecedor da teoria de Marx, demonstrou aplicar-se essa condição também à burocracia pública em que os funcionários (produtores) não tinham a propriedade dos meios administrativos (meios de produção). Em contraposição aos exércitos medievais, por exemplo, os membros dos exércitos modernos não são proprietários de suas próprias armas. O mesmo se dá nas universidades e em outras burocracias públicas.

- A remuneração dos funcionários tende a ser na forma de salários e não em espécie ou prebendas.

Essa característica é, segundo Weber, uma das condições históricas mais favoráveis à criação do sistema burocrático racional. Enquanto na burocracia tradicional-patrimonial o pagamento dos funcionários era predominantemente em espécie (por exemplo, ficando o funcionário com parcela dos impostos arrecadados) ou em prebendas (mediante doações de bens ao funcionário, em troca de lealdade e de favores), na burocracia racional-legal a remuneração se faz predominantemente em dinheiro, mediante salário. Este se deve ao exercício de um cargo e função explicitamente definidos e não à predisposição subjetiva e difusa de lealdade e obediência ao senhor da burocracia.

- As normas que regulam o relacionamento entre os funcionários e lhes definem as atividades tendem a ser totalmente pessoais e formalmente explícitas.

7. O termo *adscrito*, em português, tem significado distinto do seu uso sociológico em inglês. Aqui o termo é utilizado no seu significado sociológico – *status* de origem de um indivíduo relativamente às características biológicas de nascimento, tais como sexo, raça, cor e as sociais herdadas do grupo ou classe a que pertence, tais como religião e *status* social.

Finalmente, essa última característica da burocracia racional-legal constitui uma condição da objetividade do sistema de controle racional das atividades da organização. É ela que permite o salto qualitativo no sistema de controle organizacional da burocracia tradicional: em vez do controle por meio de supervisão direta, praticado na velha burocracia, a estabilidade da burocracia moderna, a previsibilidade do que faz, assenta no controle remoto, à distância, de natureza normativa, proveniente do sistema de regras formais, sobre as *atividades* dos seus membros, e não sobre suas *pessoas*.

De acordo com Weber, a burocracia racional-legal é o instrumento mais poderoso e eficaz de controle do comportamento humano.

Qual a origem histórica desse modelo de administração fundado na racionalidade instrumental? Uma constelação de fatores históricos favoreceu o aparecimento e sedimentação da administração burocrática. Entre eles: o caráter formalista do Direito Romano, base do direito racional do Estado ocidental moderno, sobre o qual se fundou a formação técnica dos funcionários públicos.

No Absolutismo ou nos impérios patrimoniais do Oriente, a Justiça característica era a material, guiada “pelos princípios utilitários e de equidade, de acordo com os quais procede, por exemplo, a jurisdição do Cadí islâmico”, ou seja, o Direito voltava-se para a distribuição da Justiça de acordo com regras e normas da “tradição” de um grupo social e não de acordo com as regras de um sistema formal “racionalmente” orientado, como no caso do Direito Romano e nos estados burocráticos modernos, em que a Justiça se orientou pela ótica jurídico-formal: “O Direito Romano foi aqui [Weber referia-se à Alemanha] o meio que serviu à erradicação do direito material em benefício do formal”

(WEBER, 1964:1049-50). O Ocidente, ao contrário da China e da Índia, onde a administração de Estado contava com funcionários humanistas (os mandarins na China e os escritores na Índia), “dispunha de um Direito formalmente estruturado, produto do gênio romano, e os funcionários formados na base do dito Direito se revelaram, enquanto técnicos da administração, como superiores a todos os demais” (WEBER, 1964:1050).

Um outro fator histórico favorável à racionalização do Estado e da economia foi a política mercantilista adotada na Europa ocidental a partir do século XIV. Para Weber, o Mercantilismo é o primeiro passo de articulação entre o Estado e as empresas capitalistas;

o Estado é tratado como se constasse única e exclusivamente de empresas capitalistas; a política econômica exterior descansa no princípio dirigido a ganhar a maior vantagem possível do adversário ... O Objeto consiste em reforçar o poder da direção do Estado para fora. Mercantilismo significa, pois, formação moderna do poder estatal, diretamente mediante aumento da renda do príncipe, e indiretamente mediante aumento da força impositiva da população. (WEBER, 1964:1053)

Mas, mais decisivo do que as políticas mercantilistas para o processo de racionalização formal no Ocidente foi o Puritanismo protestante que veio constituir o pilar ético do capitalismo moderno baseado na disciplina e no cálculo racional. Weber ilustra a tese com o conflito entre os empresários puritanos e os capitalistas “aventureiros”, típicos do período capitalista monopolista do Mercantilismo, no Banco da Inglaterra, após

o fracasso da política monopolístico-fiscal dos Stewarts, no século XVIII:

Pela última vez se enfrentaram aqui [Weber refere-se à Inglaterra] em luta aberta os capitalismo irracional e racional: o capitalismo orientado para as oportunidades fiscais e coloniais, dos monopólios estatais, e o que foi orientado para as oportunidades de mercado, que se buscavam automaticamente, de dentro para fora, em virtude das realizações mercantis próprias ... A última vez que o Banco da Inglaterra se desviou no sentido do capitalismo de aventura foi na ocasião da questão da South-Sea-Company. Mas prescindindo do dito caso, podemos seguir passo a passo em seu comportamento como a influência de Paterson e os do seu grupo [Weber refere-se, aqui, ao grupo tradicional de empresários mercantilistas] vai perdendo terreno frente à influência da categoria racionalista dos membros do Banco, que eram todos direta ou indiretamente de origem puritana ou estavam sob a influência da maneira de ser puritana. (WEBER, 1964:1055)

A administração burocrática, de caráter racional, baseada na disciplina e no cálculo, veio coroar o processo de racionalização no Ocidente, tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

4. A supremacia da meritocracia sobre o clientelismo: o novo dilema do Estado racional

A burocracia racional-legal constituiu uma condição essencial do regime democrático das sociedades liberais contemporâneas. Sua ênfase sobre critérios universalistas e meritocráticos (critérios baseados no mérito pessoal) para o recrutamento e ascensão na carreira minou, passo a passo, a lógica do “velho” sistema clientelista⁸ da administração pública tradicional. Critérios relacionados à origem de classe ou “estamento” perdem legitimidade e efetividade no novo cenário da administração pública. O Estado de Direito ganha terreno sobre a administração do Estado Patrimonial; cada vez mais a ideologia liberal da igualdade formal perante a lei se expande como crença legítima do Estado moderno. A democracia formal se institucionaliza a partir da crescente legitimação das regras administrativas do Estado burocrático-racional: “a ‘igualdade perante a lei’ e a exigência de garantias legais contra a arbitrariedade requerem ‘objetividade’ de administração formal e racional, em oposição à discricção pessoalmente livre, que vem da ‘graça’ do velho domínio patrimonial” (WEBER [1943], 1971:256).

Embora seja importante não esquecer que o processo de racionalização burocrática é, empiricamente, uma questão de grau, ou seja, em alguma medida o clientelismo e o particularismo estão sempre presentes no sistema administrativo, mesmo naquele mais racional-burocrático, o que importa é a crença predominante que legitima o sistema. No caso do Estado de Direito, são os valores da

8. O termo *clientelista* significa o tipo de relações políticas baseadas na troca de lealdade ao chefe político por favores pessoais aos seus seguidores ou súditos.

igualdade perante a lei e a competência técnica, vista como critério de qualificação para o serviço público, que legitimam o sistema.

Contudo, devem-se salientar três dilemas básicos para as democracias contemporâneas, apontados pelo próprio Weber, relacionados à expansão da burocracia técnica. Os dois primeiros dizem respeito à enorme ênfase que o sistema burocrático coloca sobre o formalismo e a meritocracia. No primeiro caso, o dilema dá-se pela exigência crescente e ilimitada da formalização do direito, que faz com que a face material da justiça seja cada vez mais negligenciada (WEBER, 1964; HABERMAS, 1984).

No segundo caso, o dilema surge pela força dos critérios meritocráticos que, no contexto de uma democracia social precária, tende a criar um novo tipo de estamento⁹ baseado no conhecimento técnico especializado, que reproduz o sistema de desigualdade ao acesso às oportunidades educacionais (WEBER, 1971).

O terceiro dilema diz respeito à associação entre o conhecimento técnico e o controle dos “segredos” de Estado no contexto das burocracias racionais, que cria uma base de poder específico da própria burocracia no sistema de governo democrático. O uso desse poder pelas agências burocráticas ou pelos funcionários públicos pode comprometer a eficácia do Poder Legislativo como sistema de controle representativo do governo democrático:

*O conceito de “segredo oficial”
é invenção específica da burocracia,
e nada é tão fanaticamente definido*

*pela burocracia quanto essa atitude
que não pode ser substancialmente
defendida além dessas áreas espe-
cificamente qualificadas. Ao enfren-
tar o parlamento, a burocracia, leva-
da por seguro instinto de poder, luta
contra qualquer tentativa daquele
para conseguir o conhecimento atra-
vés de seus próprios peritos ou por
meio dos grupos de interesse. (WEBER
[1943], 1971:270)*

Os três dilemas colocam as sociedades democráticas contemporâneas em constantes tensões estruturais nas esferas da justiça, dos direitos sociais e da representatividade.

5. Serviço público, ética e democracia

Uma das variáveis intervenientes mais importantes na relação entre serviço público e democracia é a ética. De fato, uma das questões centrais das burocracias públicas, nas democracias contemporâneas, é a posição do funcionário como servidor público. De acordo com Weber, a ética do Estado de Direito exige do servidor público adesão moral aos princípios de “neutralidade” e de “responsabilidade” no cumprimento das funções a ele delegadas pelos representantes legitimamente escolhidos pelo povo (MARCH e OLSEN, 1995).

As democracias liberais têm dois requisitos fundamentais quanto ao funcionamento do aparato burocrático do Estado: o primeiro refere-se ao mecanismo de “autorização” aos servidores públicos para agirem em nome

9. O termo *estamento* designa um grupamento social que monopoliza símbolos de *status* e controla os mecanismos de entrada ou participação no grupamento.

da sociedade; o segundo refere-se ao provimento, pela burocracia, de informação à sociedade para que esta possa cobrar resultados da ação governamental (a chamada *accountability* em língua inglesa). Os dois requisitos, entretanto, não são estruturalmente congruentes. Como sugerem J. G. March e J. P. Olsen, “a delegação de autoridade dá o direito para exercer discricção, mas a autoridade é controlada pela *accountability* ... O sistema de autoridade discricionária, combinado com a auditoria do controle da sociedade, é erodido pelo duplo medo das conseqüências da ação e das ambigüidades do controle da sociedade (*accountability*)” (MARCH e OLSEN, 1995:59).¹⁰

Esta dupla demanda, relativamente incoerente, dos requisitos democráticos relativos à administração pública tem sido central nas democracias contemporâneas. De um lado, propõem alguns, com base na baixa efetividade dos mecanismos tradicionais de representação política nessas sociedades, tais como os partidos políticos, um sistema de democracia mais participativa, centrada nas relações diretas entre associações civis e burocracias locais (WRIGHT, 1995). De outro lado, autores como J. G. March, J. P. Olsen e P. Hirst criticam o modelo da “democracia associativista”, em virtude dos riscos que esse modelo acarreta para a posição ética do servidor público e para a autonomia da sociedade em seu papel de auditora do comportamento das burocracias públicas.¹¹ Portanto, a questão da ética do servidor público não se refere somente à esfera moral da sua cons-

ciência, mas, principalmente, à esfera da eficácia dos valores que sustentam o sistema democrático. Entre estes, por exemplo, o da responsabilidade do servidor, autorizada pelo povo, e o da disponibilidade, para a sociedade, de informações sobre as políticas públicas.

6. A diversidade social brasileira e a democracia

Só podemos falar em burocracia racional-legal no Brasil a partir da Revolução de 30. Até aí, a administração pública brasileira era moldada pelo velho estilo patrimonial do favoritismo político e social, sem qualquer distinção de natureza formal ou substantiva entre o público e o privado. As oligarquias do Império e da República Velha, embora eficazes na garantia da unidade territorial, não chegaram a tentar a modernização do aparato burocrático do Estado brasileiro. Foi somente com a Revolução de 30 que surgiu tal iniciativa. A partir desse momento, o Estado brasileiro começou a se fazer presente e visível na estrutura política do país. O texto de Gercina Oliveira exemplifica:

com a crescente intervenção estatal em quase todos os setores das atividades produtivas, se ampliam os serviços públicos, sobretudo, da administração federal, que se refletem na criação de autarquias, sociedades de economia mista e no próprio cres-

10. Tradução livre.

11. Embora se deva salientar que estudos sociológicos sobre as “condições reais” de existência de um sistema de “cobrança” pública têm mostrado que ele não depende somente do desenho formal das instituições governamentais. A cultura cívica, por exemplo, parece constituir uma condição importante para a existência de práticas coletivas de acompanhamento das ações governamentais (R. PUTNAM, 1993).

cimento do número de órgãos da administração centralizada. Criam-se alguns ministérios (Trabalho, Indústria e Comércio, Educação e Saúde e Aeronáutica), autarquias previdenciárias (IAPC, Iapetec, IAPI), reguladoras da economia (IAA, IBC etc.), e industriais (marítimas e ferroviária principalmente). (OLIVEIRA, RAP, v.4, n.2, 2º sem. 1970)

Estava se criando, então, na sociedade brasileira, o Estado moderno, intervencionista e social.

O instrumento mais visível dessa transformação foi, sem dúvida, a tentativa de implantação de uma administração pública de molde weberiano. Em 1936 foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, que, em 1938, transformou-se no Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP).¹² Desde então, o Serviço Público Federal passou a ser regido pelas normas da burocracia racional-legal, antes descritas, embora no dia-a-dia esse sistema sempre tenha convivido com práticas clientelistas do velho modelo patrimonial.

Se, por um lado, o DASP veio a ser o instrumento de modernização mais eficaz da administração pública brasileira, por outro, foi transformando-se em gigantesco obstáculo à mudança adaptativa do sistema público. Centralizando e homogeneizando, através de padrões, normas e regulamentos,

a vida funcional de todas as instituições públicas federais, em qualquer estado ou região brasileira, o DASP, com o tempo, passou a ser conhecido não pelo seu papel modernizador da burocracia pública, mas como a metáfora do “gigante adormecido” do nosso Hino Nacional: uma instituição enorme, lenta, pesada, ineficiente e altamente ritualista. O próprio governo federal, assim como o Dr. Frankenstein, viu-se frente a frente com sua criação recalcitrante e poderosa. Incapazes de reestruturar a própria máquina administrativa, os governos buscavam saídas jurídicas menos penosas e mais rápidas para a questão da adaptação da administração pública às demandas do crescimento e desenvolvimento econômico-social diversificado dos anos pós-1930. São conhecidas as freqüentes tentativas governamentais de driblar o peso burocrático da máquina pública de administração direta pela criação de “autarquias” que gozavam de maior autonomia frente ao DASP. Essa estratégia de governo atingiu seu ápice em 1967, com o Decreto-Lei 200, que instituiu um sistema diferenciado para a administração indireta, pelo qual se dava grande autonomia para contratação de pessoal pelo regime da CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas e se enfatizava um sistema de controle baseado no planejamento, orçamento e avaliação de resultados. Fundações de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas foram as grandes beneficiárias des-

12. A trajetória do sistema de controle da Administração Pública Federal se deu através dos seguintes órgãos: DASP, extinto em 1986; seguiu-se a SEDAP (Secretaria da Administração Pública da Presidência da República), incorporada em 1989 à Secretaria do Planejamento da Presidência da República. Em 1990 foi criada a SAF (Secretaria da Administração Federal da Presidência da República, incorporada ao Ministério do Trabalho em 1992). Em 1995, a SAF transforma-se em MARE (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado). Para uma boa discussão das tensões entre burocracia e eficiência na história recente brasileira, ver Bresser Pereira, “Da Administração Pública Burocrática à Gerencial”, in RSP – *Revista do Serviço Público* – ano 47, v.120, n.1, jan.-abr. 1996, p.7-37.

sa política que, sem sombra de dúvida, respondeu à necessidade de maior eficiência na gestão das políticas públicas que a economia brasileira pedia naquele momento.

Entretanto, como sugeriu Bresser Pereira (1996, op. cit.), embora essa estratégia de governo tenha sido uma tentativa de administrar a “coisa pública” de forma gerencial, em contraposição à forma burocrática, também produziu, pelo menos, duas consequências indesejáveis e não-previstas: a volta de práticas clientelistas no recrutamento de pessoal e a marginalização política da administração direta que, vista como sistema inoperante e muito caro, foi relegada, sem receber qualquer atenção governamental em termos de investimento e renovação. Durante quase vinte anos do regime militar, a burocracia da administração direta do governo federal foi posta em segundo plano. Nesse contexto, em que a administração direta se encontrava envelhecida e marginalizada, o governo da Nova República, através da Constituição de 1988, instituiu o Regime Jurídico Único para todos os servidores públicos civis da administração direta e indireta (autarquias e fundações), no mais puro espírito daspiano dos anos 30. Novamente, os governos que se sucederam enfrentaram uma gigantesca máquina uniformizadora e centralizadora no âmbito nacional. Antigas fundações, com as mais diversas missões, universidades federais e centenas de autarquias foram todas colocadas na mesma “vala administrativa”. O Regime Jurídico Único – RJU constituiu não apenas uma reação ao poder discricionário da administração indireta, mas, também, uma reação

simbólica aos tempos do regime militar. Nesse sentido, sua concepção estava contaminada tanto pela “paixão” política quanto pela busca estratégica de “redemocratização” da sociedade brasileira, sua justificativa racional. Está além do escopo deste trabalho analisar as disfunções do novo “gigante” burocrático criado pela Constituição de 1988.¹³ Contudo, a ineficiência do sistema para gerir tantas e tão diferentes instituições públicas, espalhadas pelas mais distintas regiões brasileiras, é, hoje, consenso das mais diversas correntes de opiniões políticas e ideológicas.

Com base em um diagnóstico que enfatizava essas disfunções, o governo federal propôs, em 1995,¹⁴ um plano de reforma do Estado que mudaria estruturalmente o sistema de administração pública brasileira. Desde a criação do DASP, foi a primeira iniciativa de reforma estrutural da administração pública do país. Sem pretender discutir tecnicamente a proposta, vou apenas apresentá-la em suas características fundamentais.¹⁵ É bastante criativa e inovadora em termos da concepção geral das atividades estatais. Diferencia os setores estatais de acordo com suas funções, das mais exclusivas ou típicas de Estado até as próprias, não necessariamente exclusivas do Estado. Esses setores são: o do “núcleo estratégico”, composto pelo Legislativo, Judiciário, Presidência e cúpula dos ministérios; o das “atividades exclusivas”, tais como polícia, regulamentação, fiscalização, fomento, seguridade social básica; o dos “serviços não-exclusivos”, como universidades, hospitais, centros

13. Ver, para uma boa apresentação desse diagnóstico, Bresser Pereira, op. cit.

14. Ver Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, *Plano Diretor da Reforma do Estado*, 1995.

15. Para uma apresentação didática e bem fundamentada, ver Bresser Pereira, op. cit.

de pesquisa e museus e, finalmente, o da “produção para o mercado”, as empresas estatais. O Plano diferencia, também, formas de propriedade – estatal, pública não-estatal¹⁶ e privada – e formas de administração: burocrática e gerencial. A administração de tipo burocrático enfatiza o caráter formalista e universalista de recrutamento e de ascensão dos funcionários com base em critérios meritocráticos. Já o modelo gerencial enfatiza as dimensões de flexibilidade e autonomia do gestor para administrar seus recursos humanos e materiais (BRESSER PEREIRA, op. cit., p.31).

Como pode perceber-se, o Plano de Reforma idealizado no início do governo Fernando Henrique Cardoso é bastante ousado e inovador. Talvez e, ironicamente, por causa dessas duas “qualidades”, que dão ao plano um potencial de mudança estrutural da administração pública brasileira, não tenha ele conseguido viabilizar-se politicamente, nem sequer no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso. Os focos de resistência foram muitos, mas, entre eles, destacam-se as próprias corporações sindicais dos funcionários públicos e os amplos setores da elite burocrática que chefiavam as instituições públicas brasileiras.

16. Refere-se, de acordo com Bresser Pereira (op. cit.), às instituições de Direito Privado com fins não lucrativos e às organizações sem fins lucrativos.

Sugestões de leitura

- BOBBIO, N. *Estado, governo, sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- _____. et al. *Dicionário de Política* (verbete Administração Pública). 4.ed. Brasília: Ed. UnB, 1992.
- BRESSER PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, RSP, ano 47, v.120, n.1, p.7-39, jan./abr. 1996.
- COHEN, J., ROGERS, J. *Associations and democracy*. WRIGHT, E. O. (Ed.). Londres: Verso, 1995.
- HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984.
- _____. *The Theory of Communicative Action*, v.1. Boston: Beacon Press, 1984.
- MARCH, J. G., OLSEN, J. *Democratic governance*. Nova York: The Free Press, 1995.
- PERROW, C. *Complex organizations: a critical essay*. 2.ed. Glenview: Scott, Foreman and Company, 1979.
- PRATES, A. A. P. Sociedade Civil (verbete). In: SILVA, F. C. T. da. et al. (Org.). *Dicionário crítico do pensamento da Direita*. Rio de Janeiro: Mauad, 2000.
- PUTNAN, D. Robert. *Comunidade e democracia – a experiência da Itália moderna*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.
- WEBER, M. *Economia y sociedad*, v.II, cap. IX. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.
- _____. *Ensaíos de sociologia*. In: GERTH, H. H., MILLS, C. W. (Orgs.). Rio de Janeiro: Zahar, 1971.
- WRIGHT, E. (Ed.). *Associations and democracy*. Nova York: Verso, 1995.