

C

onstituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo?

Odete Medauar

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Professora Visitante da Universidade Paris I-Panthéon-Sorbonne.

Sumário

1. Introdução
2. Os vocábulos catalisadora e evolução
3. O preâmbulo e os princípios fundamentais
4. Alguns preceitos do rol dos direitos fundamentais individuais e coletivos
5. Notas sobre o capítulo dedicado à Administração Pública
6. Alguns aspectos relativos a servidores públicos
7. Tópicos diversos
8. Uma prerrogativa crítica: precatórios
9. Conclusão

1 Introdução

O francês Prosper Weil¹ afirmava o seguinte: "Desde a época clássica, esboça-se o problema central do Direito Administrativo: de um lado, a suspeição quanto ao governo, do qual se teme a lesão aos direitos do cidadão; de outro, a necessidade de dispor o governo dos meios necessários ao atendimento do interesse público. A primeira exigência requer limitação, portanto, controle da Administração; a segunda suscita a outorga à Administração de privilégios e prerrogativas".

1. In *Le Droit Administratif*, Paris, P.U.F., 1971.

Por seu turno, o clássico *Droit Administratif*² continha o trecho a seguir: "Só se pode conciliar os direitos do Estado, isto é, as prerrogativas que a predominância do interesse público implica, e os direitos dos particulares, pela elaboração de um Direito distinto, consagrando, mas limitando, as prerrogativas administrativas".

A despeito da menção à limitação ou controle do poder, a balança do Direito Administrativo pendia para as prerrogativas.

Os trechos dos autores da França, país considerado o berço do Direito Administrativo, mostram-se significativos por expressarem um momento da elaboração deste ramo jurídico, ao invocarem, de um lado, as prerrogativas e privilégios da Administração e, de outro, as limitações à Administração sob o prisma do controle.

Também da França, Marcel Waline³ notava que: "Ter imposto normas à atuação da Administração é uma vitória sobre a tendência, natural de quem governa, a recusar qualquer limitação ao seu poder".

Ponto comum aos três autores situa-se na invocação às limitações ao poder, como uma das "missões" do Direito Administrativo, formado a partir de meados do século XIX. Na verdade, não somente o Direito Administrativo, mas também outros ramos do Direito Público visam, em síntese, fixar normas ao exercício do poder estatal (e, por óbvio, ao poder dos governantes e autoridades administrativas), em contraposição ao modo de atuar existente no chamado Estado absolutista,

caracterizado, em geral, pela ausência dessas normas.

Observe-se, ainda, que Prosper Weil citou, num pequeno trecho, as palavras *privilégios e prerrogativas* (da Administração), e Rivero, no texto de poucas linhas, utilizou duas vezes o termo *prerrogativas*.

O uso de tais vocábulos revela que, a despeito da menção à limitação ou controle do poder, a balança do Direito Administrativo pendia para as prerrogativas. E isto ocorria talvez em virtude da proximidade (temporal) com as práticas do Estado absolutista, cuja abolição não se daria de imediato. Ou talvez porque até poucas décadas atrás as declarações de direitos das Constituições dos Estados ou existentes fora destas eram vistas como recomendações ou indicações ao legislador, dotadas da chamada natureza programática, destituídas de aplicação direta e imediata. Ou, quem sabe, ante um contexto de reduzida consciência de direitos por parte dos cidadãos.

Alguns exemplos do foco sobre as prerrogativas ou sobre os poderes no eixo das construções do Direito Administrativo até fins da década de 1970 podem ser apontados. Assim, a maioria dos princípios dizia respeito a prerrogativas: supremacia do interesse público sobre o particular; presunção de legalidade e veracidade; autotutela; auto-executoriedade. Na Doutrina, a atenção se voltava, sobretudo, para o ato administrativo como decisão unilateral; os poderes da Administração; o poder discricionário como poder quase livre, com poucos direcionamentos. Além do mais, algumas locuções vagas, reveladoras da ênfase em prerrogativas e privilégios aleatórios, apareciam em obras doutrinárias, mesmo de autores que contrapunham um Estado absolutista, sem Direito Administrativo, a um Estado de Direito, com Direito Administrativo, dentre as quais o poder de supremacia especial; domínio eminente do Estado; relações de sujeição especial, interesse do serviço; sem explicações calcadas em fatos e em

2. Jean Rivero, 10ª ed., Paris, Dalloz, 1983.

3. In *Précis de Droit Administratif*, Paris, Montchrestien, 1969.

fundamentos legais, encargos, ônus e restrições a direitos recebiam justificativas nestas palavras, levando, em geral, ao impedimento de controle jurisdicional.

A palavra catalisadora, associada à Constituição de 1988, ressalta seu potencial no incentivo e realização de mudanças em concepções tradicionais do Direito Administrativo.

Em 2008, pode-se indagar: nos 20 anos de vigência, a Constituição de 1988 provocou, incentivou, acarretou mudanças no Direito Administrativo? Permitiu deslocar o foco de suas construções para os direitos das pessoas físicas e jurídicas?

2 Os vocábulos catalisadora e evolução

Mostra-se relevante, no tratamento das perguntas anteriores, tecer considerações prévias sobre os termos *catalisadora* e *evolução*, usados no título deste artigo. A consulta ao *Novo Dicionário Aurélio*, edição de 1999, permite verificar o seu significado habitual.

As palavras *catalisação*, *catalisador* ou *catalisadora* há muito são empregadas na Química. Como substantivo, denomina certas reações provocadas por determinadas substâncias; como adjetivo, essas substâncias seriam então *catalisadoras* disto ou daquilo, por provocarem ou estimularem determinados efeitos.

Nesta sede, ao usar a palavra *catalisadora*, associada à Constituição de 1988, busca-se visualizar, nestes 20 anos de vigência, seu potencial no incentivo e realização de mudanças em concepções

tradicionais do Direito Administrativo e em práticas, também tradicionais, da Administração Pública brasileira.

Quanto ao termo *evolução*, o referido dicionário menciona, dentre vários significados, os seguintes: "passagem sucessiva de acontecimentos, de coisas, de pessoas; movimento ou deslocamento gradual e progressivo em determinada direção; conjunto de modificações sucessivas que de início era apenas potencial; processo lento e contínuo de transformações". Aplicada ao Direito Administrativo, denota as mudanças, alterações e transformações aí incidentes.

No estudo centrado na indagação *supra*, dada a amplitude da Constituição de 1988, serão salientados alguns elementos do seu conteúdo, não se exaurindo todos os dispositivos inovadores. Observe-se, além do mais, não se tratar este artigo de comentários com discussões a respeito de conceitos, interpretações ou jurisprudência.

3 O preâmbulo e os princípios fundamentais

A Constituição de 1988 é dotada de um preâmbulo e, no seu Título I, arrola os chamados *princípios fundamentais*. Formam, então, os enunciados primeiros e prévios do seu texto, caracterizando a feição básica do Estado brasileiro, com seus desdobramentos, sobretudo no respeito aos direitos das pessoas físicas e jurídicas. Por isso, no *Preâmbulo*, menciona o *Estado Democrático* e indica, em primeiro lugar, na lista dos fins do Estado, o de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

No Título I, o artigo 1º caracteriza a República Federativa do Brasil como *Estado Democrático de Direito* e, dentre os fundamentos, encontra-se, no inciso II, após a soberania (inciso I), a *cidadania*, ou seja, o reconhecimento e a prática de direitos das pessoas. Na seqüência vem a *dignidade da pessoa humana*.

A caracterização do Estado brasileiro e a indicação dos seus fundamentos (nem todos ali previstos são ora listados) não apresentam a natureza de meros “enfeites”, desprovidos de conseqüências operacionais, no sentido de sua desnecessidade ou no de poderem ser esquecidos, por sua irrelevância. Ao contrário. A correta aplicação e a verdadeira efetividade da Constituição exigem sua irradiação prática no atendimento dos direitos dos cidadãos, na atuação de todos os poderes públicos, na elaboração legislativa e nas decisões do Judiciário. E, ainda, e não por último, na construção doutrinário-científica de todos os ramos do Direito, interessando, neste artigo, a do Direito Administrativo.

Sem dúvida, só os elementos supra-apontados já permitem ressaltar o predominante foco, determinado pela Constituição de 1988, nos direitos das pessoas. Daí ter recebido o nome de Constituição cidadã.

4 Alguns preceitos do rol dos direitos fundamentais individuais e coletivos

Na ordem de inserção espacial serão salientados certos preceitos que desencadearam significativas mudanças no Direito Administrativo, se confrontado à ordem jurídica antes vigente. Priorizam-se os dispositivos atinentes a relações diretas e imediatas de pessoas físicas ou jurídicas com a Administração Pública.

O artigo 5º, inciso XXXIII, assegura a todos o direito de receber informações dos órgãos públicos de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. Este direito fundamental se vincula ao Princípio da Publicidade constante do artigo 37, *caput*. Mediante ambos, a Constituição de 1988 quebrou a tradição do sigilo, que durante

4. Para estudo aprofundado sobre o processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa no ordenamento brasileiro e em alguns ordenamentos estrangeiros, vide Odete Medauar, *A processualidade no Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008.

várias décadas predominou na atuação administrativa; o sigilo agora é exceção, quando imprescindível à segurança do Estado e da sociedade (parte final do inciso XXXIII) e para preservação dos direitos à vida privada, à honra e à imagem (inc. X do art. 5º). Antes, a Administração se recusava a fornecer informação, por qualquer meio (vista, cópia, etc.), se não tivesse menção explícita ao nome do peticionário e, ainda assim, com enorme dificuldade. Eis uma sujeição à Administração e uma alteração positiva nas diretrizes teóricas do Direito Administrativo, propiciada pela Constituição de 1988, em benefício das pessoas físicas ou jurídicas, na esteira da linha doutrinária que se firmava, a favor da publicidade e transparência, desde os fins da década de 1970.

Só os elementos supra-apontados já permitem ressaltar o predominante foco, determinado pela Constituição de 1988, nos direitos das pessoas.

Outro dispositivo do rol dos direitos fundamentais, de marcante significado e irradiação, encontra-se no inciso LV do artigo 5º, garantindo o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo (e no processo judicial). É impossível exaurir neste artigo todas as conseqüências já ocorridas na ordem jurídica brasileira e todo o potencial do referido preceito, notoriamente em prol de direitos de pessoas físicas ou jurídicas nos vínculos diretos com a Administração Pública.⁴ A Constituição de 1988, no dispositivo, alinhou o Direito Público e o Direito Administrativo brasileiros aos mais avançados do mundo ocidental, assegurando direitos a pessoas físicas e jurídicas antes mesmo da tomada de decisões, aí incluída

a atuação com fornecimento de dados, documentos, solicitação de provas, etc., de obrigatório exame pela autoridade.

A Constituição de 1988 reservou importante tratamento para os assuntos referentes à Administração Pública e ao Direito Administrativo.

Dentre os desdobramentos do contraditório encontra-se a exigência de motivação, para justificar o teor do ato emitido. A exigência de motivação para grande número de decisões modifica a regra anterior, dominante por várias décadas, de não-exigência de motivação, e possibilita reforço e extensão do controle jurisdicional sobre a Administração Pública.

Os direitos ou garantias ao contraditório, ampla defesa e motivação também se revestem do caráter de sujeição à Administração para amplo rol de medidas, insuscetíveis de adoção sem o oferecimento da possibilidade de atuação prévia dos interessados. Como irradiação do dispositivo, pode ser citada a elaboração de leis gerais de processo administrativo, editadas seja para o âmbito da Administração Federal – Lei nº 9.784, de 29/1/1999, seja para níveis estaduais e municipais. E, ainda, a existência de uma jurisprudência rica, com origem em Juízos e Tribunais de graus diversos, formada ao longo de 20 anos, impositiva do contraditório e ampla defesa, quando estes foram descumpridos, concretizando assim os citados direitos fundamentais.

Em matéria de controle jurisdicional da Administração, o artigo 5º contempla inovações favoráveis ao mesmo tempo à defesa de direitos das pessoas e à extensão deste controle. Assim, por exemplo, ao clássico mandado de segurança individual acrescentou o mandado de segurança coletivo, no inciso LXX, concedendo legitimidade

ativa a partido político com representação no Congresso Nacional, a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Por sua vez, a ação popular de antes teve seu objeto aumentado, para possibilitar a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa e ao meio ambiente – inciso LXXIII. E criou o *habeas data*, no inciso LXXII, para assegurar o conhecimento de informações pessoais constantes de registros ou bancos de dados e para a retificação dos mesmos.

5 Notas sobre o capítulo dedicado à Administração Pública

No Título III – Organização do Estado situa-se o capítulo VII, sob o nome Da Administração Pública, dotado de quatro seções: I – disposições gerais, II – servidores públicos, III – militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, IV – regiões.

A previsão de um capítulo destinado à Administração Pública representa novidade em confronto aos textos constitucionais precedentes, nos quais havia poucos dispositivos na matéria, enfeixados em seções ou capítulos, sob o nome Funcionários Públicos, cuidando, em essência, deste tema, com preceito sobre responsabilidade civil do Estado inserido em outros tópicos. Portanto, a Constituição de 1988 reservou importante tratamento para os assuntos referentes à Administração Pública e, por conseguinte, ao Direito Administrativo, com cerca de 42 preceitos na redação primitiva, hoje aproximadamente 70, apenas nas seções I e II. Não se exauzem, neste capítulo, os dispositivos atinentes à Administração Pública e ao Direito Administrativo, pois outros se encontram dispersos em vários pontos da Constituição.

Alguns elementos do citado capítulo serão ressaltados, deixando-se de lado as seções destinadas aos militares dos Estados e às regiões.

i) Sem dúvida, um ponto de grande relevo se apresenta no *caput* do artigo 37, com a indicação dos princípios que deverão ser obedecidos pela Administração direta e indireta em todos os níveis da Federação brasileira e em todos os poderes que tenham atividades administrativas. Na redação original consagraram-se os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, acrescentado, depois, o da Eficiência, pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Esses Princípios expressam um modelo de Administração: a atividade administrativa deve realizar-se atendendo às normas de todo ordenamento; não há de se pautar pela subjetividade; seus administradores devem ser corretos, honestos, prevalecendo a transparência dos atos e medidas. Vários dispositivos integrantes deste capítulo ou existentes em outros locais da Constituição representam emanações destas bases. Os Princípios explícitos significam, sem dúvida, inovação benéfica da Constituição de 1988, revestindo-se do caráter de sujeições impostas à Administração e seus agentes.

ii) O inciso II do artigo 37 determina a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para investidura em cargo ou emprego público, salvo as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Trata-se de desdobramento dos Princípios da Igualdade, da Impessoalidade e Moralidade, sobretudo. Representa inovação quanto às fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista e a todos os vínculos mediante contrato, com exceção da contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (inc. IX). O descumprimento da regra implica nulidade do ato e punição da autoridade responsável (§ 2º do art. 37). Mais uma sujeição.

iii) Conforme o inciso XXI, os contratos de obras, serviços, compras e alienações devem ser precedidos de processo de licitação que assegure

igualdade de condições a todos os participantes, dispensável ou inexigível este nos casos especificados na Legislação. Quer dizer, a Administração não detém liberdade para contratar de forma direta. A exigência atende aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade e Moralidade, em especial. Outra sujeição ao Poder Público.

iv) De seu lado, o § 1º do artigo 37 criou limite à publicidade dos órgãos públicos, tão do agrado dos governantes (para a qual sempre há recursos elevados, enquanto não há para as atividades verdadeiramente importantes, como saúde e educação); essa propaganda deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo vedado constar nomes, símbolos ou imagens que signifiquem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Mais uma sujeição, como desdobramento dos Princípios da Impessoalidade e Moralidade.

v) Em virtude da Emenda Constitucional nº 19/1998, é prevista, no § 3º do artigo 37, a disciplina, por lei, das formas de participação do usuário na Administração direta e indireta, tendo em vista, em especial: as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de atividades de atendimento ao usuário e avaliação periódica; o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo; a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública. Eis mais um ponto benéfico ao cidadão, podendo ser interpretado como sujeição. Na esfera federal ainda não foi editada lei a respeito. No Estado de São Paulo, por exemplo, promulgou-se lei para seu âmbito.

vi) Em irradiação do Princípio da Moralidade, o artigo 37, § 4º, determina que 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. Para cumprir esse preceito, elaborou-se a Lei

nº 8.429/1992 – denominada Lei de Improbidade Administrativa, que vem sendo concretizada, sobretudo, pela atuação do Ministério Público. Surge aí mais um elemento em favor da sociedade e dos cidadãos e uma sujeição às autoridades públicas.

Eis uma prerrogativa degradante e vergonhosa, de frontal desrespeito aos direitos das pessoas físicas e jurídicas e ao Poder Judiciário, consagrando o calote oficial.

vii) Em matéria de responsabilidade civil do Estado, o § 6º do artigo 37 inovou ao estender o critério objetivo às pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos, o qual já vigorava e foi reiterado para as pessoas jurídicas de direito público. Verifica-se outro dispositivo em prol do cidadão, alcançando a Administração no tocante às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais, dotadas de personalidade jurídica privada, prestadoras de serviços públicos.

6 Alguns aspectos relativos a servidores públicos

A Constituição de 1988 contempla uma seção denominada *Dos servidores públicos*, no capítulo dedicado à Administração Pública. Não inovou quanto à matéria e ao item específico, já presente em textos anteriores, mas trocou a palavra *funcionários* por *servidores*. No entanto, preceitos sobre servidores também figuram em outras partes da Constituição.

Duas relevantes previsões estavam ausentes em textos anteriores: o direito à livre associação sindical (art. 37, inc. VI) e o direito de greve, este nos termos e limites definidos em lei especí-

fica (art. 37, inc. VII). Aqui se vislumbram sujeições da Administração em relação aos seus servidores, alterando o secular quadro de impedimento da sindicalização e da greve.

Em matéria de limite de remuneração (teto), a redação original já estabelecera, no inciso XI do artigo 37, critérios para tal. As Emendas Constitucionais nº 19/1998 e nº 41/2003 alteraram o texto, o que redundou em grande rigidez.

Quanto à previdência, nos aspectos de aposentadoria e pensões, a Constituição manteve o regime próprio, mas este recebeu mudanças instaladas pelas Emendas nº 20/1998 e nº 41/2003, as quais, no conjunto, acarretaram o seguinte, resumidamente: i) regime próprio somente para titulares de cargos efetivos; ii) regime contributivo e solidário; iii) contribuição previdenciária obrigatória, em percentual único, para todos os níveis federativos, paga por servidores em atividade, inativos e pensionistas, tendo o STF decidido não haver direito adquirido ao regime de não-pagamento de contribuição; iv) não-integralidade de proventos e pensões, salvo para servidores já aposentados ou com requisitos já completados na data das Emendas e também para quem recebia pensão nas mesmas datas; v) ausência de paridade com as alterações de remuneração dos servidores na ativa, ressalvadas as mesmas exceções acima.

7 Tópicos diversos

i) Em tema de controle externo da Administração, a Constituição de 1988 ampliou as competências dos Tribunais de Contas (arts. 70 e 71, em especial); fixou critérios para escolha de seus integrantes (art. 73, §§ 1º e 2º); dividiu as indicações entre o Poder Executivo – 1/3 – e o Poder Legislativo – 2/3 – (art. 73, § 2º) e atribuiu a todo cidadão, partido político, associação ou sindicato legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante a instituição (art. 74, § 2º).

ii) Ainda no setor do controle externo, a ação civil pública intentada pelo Ministério Público recebeu consagração constitucional (art. 129, inc. III).

No curso de 20 anos, a Constituição revelou-se catalisadora da evolução do Direito Administrativo e de práticas administrativas em prol dos direitos das pessoas físicas e jurídicas.

iii) De grande importância reveste-se o artigo 175, *caput*. Af se fixa a titularidade do Poder Público no tocante aos serviços públicos. Embora se avenge um caráter óbvio do preceito, assim não se apresenta nas últimas décadas, em virtude principalmente dos debates suscitados a respeito de assunto. Ao conferir a incumbência dessa atividade ao Poder Público, a Constituição tornou-o responsável, perante a sociedade, por sua prestação, seja de modo direto, seja mediante execução por particulares. O dispositivo menciona a possibilidade de realização sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação. Mais sujeições à Administração.

8 Uma prerrogativa crítica: precatórios

Num ponto a Constituição inclinou-se a favor de prerrogativa da Administração: trata-se dos pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária (art. 100). Embora a Constituição determine a inclusão, no orçamento, de verba necessária ao pagamento dos precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, para que

se efetue até o final do exercício seguinte, com atualização monetária, em muitos setores estatais o pagamento deixa de se efetuar por décadas. Não se vê responsabilização de autoridade alguma, pois a Constituição não aponta efeito específico para sanar a desobediência. As figuras do crime de responsabilidade e da intervenção, por terem conotação política e por seu peso, mostram-se ineficazes.

Ao longo de 20 anos ocorreram alterações não para beneficiar os credores, mas para favorecer os devedores públicos, postergando ainda mais pagamentos já atrasadíssimos. A desculpa da falta de verba mostra-se risível ante os elevados gastos com propaganda ou obras. Sem dúvida, eis uma prerrogativa degradante e vergonhosa, de frontal desrespeito aos direitos das pessoas físicas e jurídicas e ao Poder Judiciário, consagrando o calote oficial.

9 Conclusão

Vê-se, pelos lineamentos *supra*, que a Constituição de 1988 prioriza os direitos das pessoas físicas e jurídicas, havendo muito mais sujeições à Administração do que prerrogativas.

Torna-se mister permitir que seu teor se assente, evitando a enxurrada de emendas constitucionais, por vezes casuísticas, como vem acontecendo. Se há uma emenda a ser promulgada, diz respeito à responsabilização eficaz de quem não paga precatórios.

No curso de 20 anos, a Constituição revelou-se catalisadora da evolução do Direito Administrativo e de práticas administrativas em prol dos direitos das pessoas físicas e jurídicas. Mas ainda não é suficiente, em especial no tocante à prática administrativa, com cidadãos ainda tratados como súditos, em contraste à Constituição. Esta deve se tornar cada vez mais viva e mais plenamente respeitada, reduzindo-se a distância entre sua letra e sua aplicação, o que é tarefa de todos e, de modo mais acentuado, dos profissionais do Direito. u