

REFORMA ADMINISTRATIVA: UMA AVALIAÇÃO

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Procurador (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro

1. INTRODUÇÃO

Normalmente, sempre surgem dificuldades quando se trata de compreender e de interpretar um texto novo, de relevância nacional, como esse da Emenda Constitucional n.º 19, de 5 de junho de 1998, o principal documento da **reforma administrativa** em curso no País e que, por isso, recebeu esta designação.

Porém, dificuldades, que podem ser consideradas normais, se agravam, tornam-se anormais e passam a preocupar quando ainda concorrem complicadores claramente identificáveis, como, no caso, esses dois: primeiro, o **texto da Emenda** é de deplorável técnica jurídica e, segundo, o **texto Emendado**, a Constituição de 1988, tampouco prima por uma boa confeição.

Com efeito, quanto à crítica ao **texto da Emenda**, já tive ocasião de apresentá-la mais detalhadamente em recente obra em que o apreciei na sua integralidade e apresentei comentários a seus artigos,¹ de modo que nesta exposição serão ressaltados apenas alguns aspectos a título de ilustração, uma vez que cabe aqui ater-me à **visão global** que me foi solicitada.

Por outro lado, quanto à crítica ao próprio **Texto emendado**, é tarefa de maior profundidade que foge ao escopo deste ensaio, embora deva-se ressaltar que nada mais corrobora as críticas que lhe são apresentadas, algumas das quais compartilhei em inúmeros escritos publicados, que a sua própria **conflituosa e periclitante trajetória** no curso de apenas dez anos de vigência.

Entendo que não seria de se esperar mais do que essa penosa convivência da Nação com essas freqüentes crises e vicissitudes que, quando não são geradas, são alimentadas pelos meandros institucionais de uma Constituição com tão graves defeitos de sistemática e de coerência interna, altamente casuística, repleta de consensos inacabados e de indefinições elevados ao mais alto nível normativo.

¹ DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Apostamentos sobre a Reforma Administrativa*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

Mas, sobretudo, de uma Constituição fomentadora de atritos entre Poderes², num regime em que o Executivo cada vez legisla mais, em que o Legislativo cada vez legisla menos e, porque se distancia de sua missão precípua, acaba por entregar-se a atividades de maior visibilidade publicitária das Comissões Parlamentares de Inquérito, e o Judiciário, cada vez menos atende aos inevitáveis e crescentes reclamos da sociedade, fazendo saltar de 350.000 a 8.500.000 o número de novos ajuizamentos por ano.

A inadequação da Carta de 1988, tenho escrito inúmeras vezes e lamentavelmente me vejo confirmado nos fatos, é tão nítida, como estorvo institucional à governabilidade do País, que claramente isso se demonstra no mero histórico de sua vigência. Com pouco mais de três anos e já recebia sua primeira Emenda³, com menos de cinco meses depois, uma segunda⁴ e, a partir daí, nos subseqüentes sete anos e meses, até hoje, mais vinte e seis, quase quatro por ano nesse período e três na década, dando um total de **28 Emendas**.

Tudo isso, recorde-se, sem se contar a grande frustração política da Revisão prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que se encerrou sem decisões de Plenário sobre centenas de propostas, abortada por uma trica regulamentar que inconcebivelmente se sobrepôs ao comando do constituinte originário, e, atualmente, o empilhamento avassalador de mais de seiscentos projetos de Emenda aguardando apreciação.

Esta impressionante mas documentada e **indiscutível** instabilidade da Lei Maior vigente não pode ser mais eloqüente evidência de sua provisoriidade e inservibilidade como instrumento fundamental, que deveria ser, da **segurança jurídica** do País.

Em homenagem ao que tem sustentado, com seu costumeiro brilho, o constitucionalista Luís Roberto Barroso, devo ressaltar que esta constatação, **absolutamente objetiva**, não lhe retira, à Constituição de 1988, o reconhecido mérito de ter propiciado o "surgimento de um *sentimento constitucional* no País"⁵. Mas isso não ocorreu, por óbvio e infelizmente, em razão de seus intrínsecos méritos, mas por sua mera adveniência no tempo azado, servindo de instrumento histórico, ao ser promulgada, para a recondução do País à vida constitucional.

² Tema específico, *Interferências entre os Poderes Legislativo e Executivo*, do X Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, S. Paulo, SP, julho de 1989.

³ EC n.º 1, de 31 de março de 1992.

⁴ EC n.º 2, de 25 de agosto de 1992.

⁵ LUÍS ROBERTO BARROSO, "Dez Anos da Constituição de 1988", in *Cidadania e Justiça*, Revista da AMB, ano 2, n.º 5, 2º semestre de 1998, p. 113.

Ainda bem que veio, “foi bom para nós também”, mas muito melhor seria, por certo, se não nos tivessem legado, à maneira grega, e com as artimanhas de Odisseus, um presente tão perigoso e intrinsecamente conflituoso.

Em suma, essas duas interferentes circunstâncias relativas aos textos envolvidos, da Constituição de 1988 e da Emenda n.º 19/98, potenciam os problemas de interpretação e, *pour cause*, os de efetividade, exigindo um maior esforço de compreensão e de integração das avaliações isoladas de seus três mais relevantes aspectos: o **político**, o **técnico** e o **jurídico**.

Sem uma visão **integrada**, perde-se a unidade sistemática tão necessária para uma produtiva interpretação de seus trinta e quatro artigos, já excessivamente extensos para uma Emenda Constitucional, mas que, na realidade, se desdobram em **noventa e cinco comandos normativos**, sendo que oitenta e cinco deles com caráter de permanência e dez transitórios.

A metodologia expositiva que se seguirá obedecerá, portanto, àquela tríplice análise, encerrando-se com algumas breves conclusões.

2. AVALIAÇÃO POLÍTICA

2.1 A ADMINISTRAÇÃO CONSERVADORA

Se considerarmos a **ênfase** de cada uma das três grandes revoluções liberais, a **inglesa**, preocupada em reduzir o poder real, voltou-se à afirmação da representação política e do Parlamento, assentando as bases do que é hoje o **Legislativo**; a **americana**, preocupada em consolidar a soberania política do novo Estado, dedicou-se à racionalização e ao equilíbrio de seus Poderes, elevando, no processo, o **Judiciário**, a Poder do Estado; e, por último, a **francesa**, preocupada em varrer o absolutismo das instituições, assentou as bases da **Administração Pública** contemporânea.

A partir delas, a evolução do **Poder Legislativo** seguiu uma linha coerente de crescente harmonização entre seus padrões de ação estatais, que paulatinamente se definiam, e as liberdades e direitos societais, que então se afirmavam, principalmente nos países parlamentaristas, assentando-se, como o viu Cooley,

como o primeiro e mais importante dos Poderes, por ser o responsável por estabelecer as limitações e condicionamentos da sociedade e dar as pautas de ação para os demais.

Do mesmo modo, o **Poder Judiciário**, impulsionado pelo exemplo exitoso da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, especialmente no controle da constitucionalidade das leis, ganhou espaços e se impôs como o Poder político que seria capaz de tornar efetivas as liberdades conquistadas, aperfeiçoando-se, no processo, como a mais preciosa das instituições liberais, referência de todas as demais e pedra fundamental de um Estado de Direito.

Curiosamente, porém, o **Poder Executivo**, enquanto sede da Administração Pública, não apresentou qualquer destaque significativo nessa mesma linha de efetiva absorção dos princípios liberais; ao contrário, seu desenvolvimento seguiu uma principiologia oposta, dando ênfase a institutos que reforçavam o **poder de império** do Estado, a sua **atuação discricionária**⁶, a **exclusão do administrado** na formação do processo decisório, a **executoriedade** e a **autotutela**.

Assim, o Direito Administrativo afastava, desde seu nascedouro, em resguardo da autoridade, quaisquer interferências, quer dos demais Poderes, quer dos próprios administrados. Neste sentido e com essa preocupação de preservar o espaço de imperatividade, ele foi desenvolvido cientificamente e cuidadosamente, desde seus primeiros momentos, desde logo na França, mas também na Itália, na Alemanha, como, de resto, depois, em todos os demais países civilizados, chegando, até mesmo, a influenciar, já mais recentemente, depois de desprezado por mais de um século, a órbita do *statute law* do direito anglo-saxônico, que havia se estruturado e se mantido a alguma distância devido às peculiaridades da *common law*.

Conceitos como os da imperatividade, da insindicabilidade do mérito e os dos chamados “poderes administrativos”, entre os quais o hoje polêmico poder de polícia, tomaram tal importância que a literatura jurídica do Direito Administrativo tornou-se praticamente unânime a respeito da estruturação dogmática da disciplina fundada na idéia de **que o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, “externo e contraposto aos dos cidadãos”**.⁷

Esse quadro explica porque a Administração Pública tornou-se o ramo mais conservador do Estado, o mais impervio a modificações, justamente aquele em que as conquistas liberalizantes foram mais demorada e penosamente absorvidas

⁶ Quando não, até uma relativa *liberdade*, dentro de sua competência, para o atingimento da finalidade pública, como defendia Otto Mayer.

⁷ UMBERTO ALLEGRETTI, *Amministrazione Pubblica e Costituzione*, Padova, CEDAM, 1996, p. 4.

e, somente agora, a partir dos anos setenta, é que ela vem apresentando as aberturas e mudanças de rumo que, em última análise, reabilitam o **administrado** como seu protagonista e destinatário, em sintonia e pé de igualdade com o *status* já conquistado do **cidadão** e do **jurisdicionado** contemporâneos.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

O ponto crucial dessa mudança, de uma administração imperial para uma administração cidadã, que pretende resgatar as duas antigas aspirações do Estado Liberal, por tanto tempo contidas, a **impessoalidade** e a **eficiência**⁸, está na **constitucionalização da Administração Pública**.

Essa busca de uma **Constituição administrativa** liberal e democrática, em que esteja assegurado o primado do indivíduo e da sociedade, deverá afirmar, segundo o mais preciso dos expositores do fenômeno da constitucionalização da administração, Umberto Allegretti, em recente mas já clássica monografia dedicada ao tema, “**que a administração deve atuar a serviço dos cidadãos, com o fim de promover as condições de exercício de seus direitos**”⁹, revoluciona profundamente os conceitos tradicionais da Disciplina e, em consequência, o próprio enfoque em que deva ser estudada, em especial essa correção de rumos que se vem denominando de **reforma administrativa**.

2.3 A EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

A **administração pública**, aqui entendida em seu sentido funcional e lato, como a **gestão de interesses gerais cometida às organizações políticas**, passou por sucessivas fases evolutivas, sintetizáveis da seguinte forma:

Fase do absolutismo, em que prevalecia o **interesse do rei**, caracterizando a **administração regaliana**.

Fase do estatismo, em que passou a prevalecer o **interesse do Estado**, caracterizando a **administração burocrática**.

⁸ Afirmando na Constituição Italiana, em seu artigo 97, como *Imparzialità e buon andamento*.

⁹ UMBERTO ALLEGRETTI, op. cit. p. 245, no original: “l'amministrazione deve operare al servizio del cittadino, al fine di promuovere le condizioni di esercizio dei loro diritti.”

Fase da democracia, ascendendo como prevalecente o **interesse da sociedade**, caracterizando a etapa que aqui será mais detidamente examinada da **administração gerencial**.

No Brasil, a transição juspolítica em curso, da administração burocrática para a gerencial, está sendo realizada através de um processo de **reforma administrativa** desenvolvido em duas etapas: uma **etapa constitucional**, até certo ponto necessária para a reformulação dos princípios aplicáveis, e uma **etapa legislativa** ordinária, que deverá complementá-la e dar-lhe exequibilidade.

A etapa constitucional ficou concluída com a promulgação da **Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998**, devendo seguir-se a edição das leis complementares e ordinárias nela previstas, o que já se iniciou.

2.4 PRINCÍPIOS POLÍTICOS

Impessoalidade e eficiência, como macro princípios originais de todo o processo, desdobram-se em princípios políticos, técnicos e jurídicos. Toca examinar aqui as derivações políticas mais relevantes: o **princípio da subsidiariedade** e o **princípio da participação política**.¹⁰

O **princípio da subsidiariedade** diz respeito à relação entre níveis de concentração de poder e respectivos níveis de interesses a serem satisfeitos. É um moderno princípio do poder cuja origem histórica remonta à prática política da Confederação Helvética e teve sua divulgação favorecida pelo magistério da Igreja Católica, a partir da orientação da Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, que nela o enunciou claramente, e, mais recentemente, por sua adoção no constitucionalismo alemão e no direito comunitário europeu.¹¹

A subsidiariedade escalona atribuições em função da complexidade do atendimento dos interesses da sociedade. Assim, cabe primariamente aos **indivíduos** decidirem e atuarem em tudo o que se refira aos inerentes interesses individuais; aos **grupos sociais menores**, decidirem e atuarem para a satisfação dos respectivos interesses coletivos; aos **grupos sociais maiores**, decidirem e atuarem em prosseguimento de interesses coletivos de maior abrangência; e à **sociedade civil**, como um todo, decidir e atuar para realização de seus interesses gerais.

¹⁰ Repetidamente versados em vários artigos esparsos publicados pelo Autor desde a Constituição de 1988, esses dois princípios ficaram nitidamente desenvolvidos no artigo “Desafios Institucionais Brasileiros”, publicado em *Desafios do Século XXI*, obra coletiva coordenada por Ives Gandra Martins e editada pela Academia Internacional de Direito e Economia e pela Editora Pioneira, São Paulo, 1997, pp. 189 e 191.

¹¹ Art. 3, b, do Tratado de Maastricht.

Somente aquelas demandas que por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e imperativa, inclusive a centralização de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade deverão ser cometidas às **organizações políticas**, que atuarão, portanto, subsidiariamente à sociedade.

Ainda assim, a sucessiva concentração de poder nas organizações políticas obedecerá ao mesmo princípio: as demandas que puderem ser atendidas pela **organização política local**, como o Município, o Condado, a Comuna etc., determinarão suas competências político-administrativas; as que não possam ser satisfeitas por meio de decisões e de ações locais deverão passar a **organização política regional**, ou intermédia, como o Estado, a Província, o Cantão, a Região Autônoma etc.; as que ultrapassem as possibilidades regionais, por sua generalidade ou peculiaridade, serão cometidas às **organizações políticas nacionais** soberanas, como a União, nos Estados Federados, o Estado Nacional etc., dotadas de todas as competências necessárias para atendê-las diretamente, bem como as de negociar com outras concentrações de poder, soberanas ou não, a satisfação indireta ou coordenada de interesses do País.

O princípio da subsidiariedade ultrapassa, assim, as fronteiras nacionais dos Estados para informar, do mesmo modo, a ação das organizações sociais ou políticas de âmbito internacional, multinacional ou supranacional.

Em todas as hipóteses, estará sempre proscria a ingerência de uma esfera superior sobre a inferior, pois a definição de subsidiariedade daquela sobre esta jamais deve levar à minimização, destruição ou absorção dos entes menores, por serem os mais próximos dos indivíduos e terem, assim, melhores condições de atenderem a suas necessidades fundamentais; ao contrário, a mais importante ação do ente maior em relação aos menores é a de criar condições de cooperação para que todos eles, estatais e não-estatais, se desenvolvam em sua plenitude.

A aplicação desse princípio no âmbito da administração pública está, portanto, embora ainda timidamente manifestado, na base de um novo conceito de **descentralização**, que tanto envolve a tradicional atividade **imperativa** como a inovadora atividade **consensual** do Estado, como adiante se desenvolverá.

O princípio da participação política, também denominado *tout court* de participação, incluindo as modalidades legislativas, administrativas e judiciais, está diretamente referido à expansão da consciência social e ao natural anseio de in-

fluir de algum modo nas decisões de poder que repercutirão sobre as pessoas interessadas. Nessa linha é que se estão produzindo as transformações dos modelos simples de **democracias representativas** em modelos politicamente mais complexos de **democracias participativas**, possibilitando aos indivíduos, no gozo da cidadania, não apenas escolher **quem** os governará mas **como** querem ser governados.¹²

Esta ampliação juspolítica da cidadania, que reintroduz com maior vigor o conceito de **legitimidade** no Direito contemporâneo, veio consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em vários dispositivos, notadamente no artigo 1º, que define o Brasil como Estado **Democrático** de Direito, no parágrafo único do mesmo artigo, que declara a origem do poder político **no povo**, a representação e a participação, e no artigo 14, do Capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, ao estabelecer as formas de participação direta e semidireta, extensíveis ao âmbito da Administração Pública.¹³

3. AVALIAÇÃO TÉCNICA

3.1 ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

Recentemente, tem ascendido o conceito da chamada **administração pública gerencial** (ou NPM *New Public Management*), que é aquela definida pelo Estado com maior participação dos administrados e por ele conduzida, com exclusividade em certos casos ou em parceria com entes da sociedade, mas sempre no interesse desta e sob seu mais intenso e direto controle.

Esse conceito de **administração gerencial** pode ser formulado, em síntese, como aquela que desloca o fulcro de suas atenções da burocracia estatal para os cidadãos administrados.

¹² Expressão recolhida de JEAN RIVERO, no artigo "A Propos des Métamorphoses de l'Administration d'Aujourd'hui: Démocratie et Participation", in *Mélanges Offerts à René Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 827.

¹³ Em estudo monográfico sobre o tema da participação política, tive ocasião de desenvolver detidas considerações sobre os meios, os fins e a natureza das instituições que a realizam e de demonstrar seu inesgotável potencial democratizante e legitimatório, perceptível claramente no curso da revolução das comunicações (*Direito da Participação Política - Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Democracia*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1992, especialmente o Capítulo II).

Observe-se que este conceito altera profundamente relações que eram consideradas mais ou menos estáveis, tanto nos países de maior tradição liberal quanto naqueles que experimentaram e ainda mantêm regimes predominantemente coletivistas, como os socialistas, nacional-socialistas e do bem-estar social.

Assim, com ênfase no binômio **impessoalidade** e **eficiência**, o Estado administrador deixa de ser tutor para ser instrumento da sociedade; os administrados deixam de ser súditos para serem cidadãos e os privilégios desaparecem para remanescerem apenas as prerrogativas necessárias ao desempenho das funções públicas.

Quanto à **impessoalidade**, é necessário entendê-la em seu duplo sentido, tanto no de **neutralidade** da Administração em relação aos interesses individuais ou coletivos em jogo, quanto no de sua **imparcialidade** relativamente a seus próprios interesses como pessoa jurídica.

Quanto à **eficiência**, deve-se entendê-la como a **melhor realização** possível da gestão dos interesses públicos em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, é, simultaneamente, uma exigência **ética**, no sentido da ética weberiana de resultados, e **jurídica**, de **boa administração** dos interesses públicos.¹⁴

3.2 PRINCÍPIOS TÉCNICOS

Para a exitosa implantação da administração gerencial é necessário obedecer a princípios técnico-administrativos próprios, devendo ser lembrados como os de maior relevo: o da **autonomia** e o da **profissionalização**.

O **princípio da autonomia** avança mais um passo na descentralização racional, com a finalidade de adequar órgãos e funções às diferentes necessidades de gestão da coisa pública segundo suas características próprias e não em conformidade com um padrão burocrático predeterminado, geral e rígido.

Assim, as **organizações** e as **funções** são pós-determinadas a partir de núcleos específicos e flexíveis, que deverão ser continuamente adaptados para

¹⁴ Para RAFFAELE RESTA, "buona amministrazione esprime un concetto finale: à l'attività amministrativa perfettamente adeguata nel tempo e nei mezzi al fine specifico da raggiungere" ("L'onere di buona amministrazione"), in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940, VIII, p.128). Consultar também, na mesma linha, de GUIDO FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milão, 1953.

melhor responder aos diferentes problemas a serem enfrentados, ainda porque, sem tal flexibilidade, não será possível ao Estado, enrijecido em órgãos e funções burocraticamente estruturadas, atuar com baixo custo para a sociedade, com eficácia e, muito menos com eficiência, "num mundo em mudança constante e no qual os processos decisivos (mercados financeiros, crime organizado, meio ambiente) assumem a forma de fluxos globais, que estão fora do alcance das medidas do Estado", como agudamente observa Manuel Castells a respeito.¹⁵

Observe-se que este princípio da autonomia também se conjuga com o já examinado, da participação, pois se presta a estender a ação administrativa além da estrutura do Estado através de **transferências de execução de atividades estatais a entes da sociedade**¹⁶, criados ou não especificamente para esse fim, ampliando o campo das delegações e, assim, das possibilidades de flexibilização e de capilarização das ações voltadas ao atendimento dos interesses públicos.

Com efeito, não só a ampliação da **autonomia de gestão** dos entes de administração pública como a sua extensão a **entes para e extraestatais**, concorrem para aperfeiçoar e baratear o atendimento dos **interesses públicos**, principalmente nos campos em que as escolhas técnicas superem em importância as escolhas políticas, uma vez que, como se tem precisamente observado, "o interesse público não pertence à própria Administração como seu próprio, mas ao corpo social"¹⁷, pois, pouco a pouco, o Estado vem perdendo o **monopólio** do público.¹⁸

O **princípio da profissionalização** está umbilicalmente vinculado ao da eficiência, hoje de assento constitucional expresso. E duas razões impõem o abandono da gestão burocrática tradicional em favor de uma gestão profissional: *primo*, a necessidade da Administração de atuar em campos cada vez mais exigentes de conhecimentos técnicos específicos e demandantes de tirocínio, em que não há praticamente escolhas políticas, e, *secundo*, a necessidade da Administração de não resignar-se a empregar recursos humanos com qualificações inferiores aos das entidades da sociedade.

¹⁵ MANUEL CASTELLS, *Information Age*, p. 27.

¹⁶ DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Transferências de Execução de Atividades Estatais a Entes da Sociedade*, Carta Mensal, CNC, Rio de Janeiro, 44 (521) 39-56, agosto de 1998.

¹⁷ UMBERTO ALLEGRETTI, "Legge generale sul procedimento e moralizzazione amministrativa", in *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, Milão, Giuffrè, 1989, p.192.

¹⁸ A respeito, o artigo "O Futuro do Estado: do Pluralismo à Desmonopolização do Poder", de minha lavra em parceria com PAULO RABELLO DE CASTRO, in *O Estado do Futuro*, Ed. Academia Internacional de Direito e Economia e Editora Pioneira, São Paulo, 1998, pp. 45 e ss.

A profissionalização da administração do interesse público, sobretudo se introduzir uma pequena vantagem competitiva no mercado de trabalho, corrigirá a inferiorização e as deformações hoje tão encontradiças e profundamente injustas para os próprios administrados, uma vez que eles são, não poucas vezes, atendidos em suas mais importantes demandas por pessoal incompetente, desmotivado quando não vulnerável à corrupção.

4. AVALIAÇÃO JURÍDICA

4.1 DA COMPETÊNCIA À FINALIDADE

No Direito Administrativo clássico, os **órgãos** se definiam e se justificavam por sua **competência**, entendida como a quantidade e qualidade de poder que lhe era cometido por lei para a satisfação **em tese** de determinado interesse público; a **finalidade** aparecia como um elemento complementar da competência, predominantemente voltado à validade da **ação** do órgão.

Essa conceituação estava coerente com o papel tutelar da Administração, como única intérprete do interesse público e, por isso, do próprio conteúdo da finalidade pública.

Um longo desenvolvimento técnico marcou a ruptura deste monopólio, primeiro, através dos avanços da teoria do desvio de poder e depois, da teoria da razoabilidade, ampliando-se a atuação tanto da jurisdição quanto da participação dos administrados no controle do conceito de interesse público.

Ao cabo desse processo, de desmonopolização do interesse público, os **órgãos** passaram a se definir e a se justificar pela **finalidade** a que estão legalmente adscritos, ou seja ao **efetivo** atendimento de determinado interesse público passando, por sua vez, a **competência**, a elemento complementar da finalidade, admitindo até uma relativa flexibilização e disposição na medida em que deve concorrer para a satisfação real das necessidades da sociedade¹⁹.

4.2 DA DESAGREGAÇÃO À COORDENAÇÃO

Como se observa, estavam rasgados os caminhos para intensificar a co-

¹⁹ Esta é a técnica adotada no Tratado de Maastricht para superar também os problemas de conflitos de competências e alcançar um alto grau de integração cooperativa entre os próprios órgãos comunitários e os órgãos de vários Estados associados.

ordenação operativa, não só entre os diversos órgãos estatais como entre estes e órgãos não estatais, já existentes ou criados especificamente para atuar em parcerias.

Por outro lado, a redescoberta das possibilidades da **coordenação** para a gestão da administração pública, tem rasgado um vasto e riquíssimo campo de experiências gerenciais, em que institutos antigos vão se remodelando e novos vêm sendo criados com vistas ao aperfeiçoamento da **eficiência** e da **ética** na gestão dos interesses públicos.

Nessa linha, no **âmbito interno** da administração pública, se tem desenvolvido o antigo conceito de **cooperação**, tanto valendo-se das formas clássicas dos **consórcios** e dos **convênios**, quanto através dos novíssimos **contratos de gestão**, na verdade, **acordos para a realização de programas específicos de administração pública**, por isso mesmo, mais adequadamente denominados de **acordos de programa**, voltados a ampliar a **autonomia gerencial** dos órgãos públicos e a estimular a **gestão associada** de serviços públicos, para superar os avelhantados mas renitentes emperramentos da hierarquia burocratizada.

Por outro lado, no **âmbito externo** da Administração Pública, desenvolveu-se e aperfeiçoou-se o conceito de **colaboração**, tanto através de **contratos de gestão**, inclusive sob a forma desses mesmos **acordos de programa**, em variedades extensíveis a entidades privadas, quanto de simples **convênios**, voltados a estimular a **gestão em parceria** de serviços públicos.

Assim, diante das alternativas abertas tanto pela Emenda Constitucional n.º 19/98 quanto pela Lei n.º 9.657/98, pode-se esquematizar a **coordenação pública** no atual quadro do Direito Administrativo brasileiro:

sanatória para superar meras irregularidades, que geralmente importariam declarações de nulidade em arrastados processos administrativos e judiciais para alcançar-se um resultado definitivo, com prejuízo, em última análise não só para a Administração como para todos os administrados.²²

O princípio da **consensualidade** atua pela substituição, sempre que possível, da **imperatividade** pelo **consenso** nas relações Estado-Sociedade e pela criação de atrativos aos entes da sociedade civil para atuarem em diversas formas de parceria com o Estado.

Com efeito, a administração pública pode ser exercida tanto pela via da **subordinação** quanto da **coordenação**.

A administração pública **subordinativa** é unilateral, hierarquizada e linear, estando praticamente esgotadas as suas formas de atuação no campo da gestão dos interesses públicos.

Por outro lado, a **administração pública coordenativa** é multilateral, equiordinada e radial, apresentando manifestações novas e em plena expansão.

Destarte, como consectária da participação, a **consensualidade** aparece tanto como uma técnica de coordenação de interesses e de ações, como uma nova forma de valorização do indivíduo, prestigiando, simultaneamente, a **autonomia da vontade**, motor da sociedade civil e do progresso, e a **parceria** entre esses dois principais atores: a Sociedade e o Estado.

Como averbou Caio Tácito, com sua habitual precisão e atualidade, hoje estamos presenciando a um “crescente número de modelos de colaboração... mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de colaboração privada no desempenho de funções administrativas”.²³

A participação que se logra pela **consensualidade** é cada vez mais importante nas democracias contemporâneas pois: 1º - contribuem para aprimorar a governabilidade (**eficiência**); 2º - propiciam mais freios contra o abuso (**legalidade**); 3º - garantem a atenção a todos os interesses (**justiça**); 4º - garantem decisão

²² AGUSTÍN GORDILLO, *Después de la Reforma del Estado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, VII-9 e nota 22.

²³ CAIO TÁCITO, “Direito Administrativo Participativo”, Carta Mensal. CNC, V. 43, p. 509, agosto de 1997.

mais sábia e prudente (**legitimidade**); 5º - desenvolvem a responsabilidade das pessoas (**civismo**); e 6º - tornam as decisões mais aceitáveis e facilmente obedecidas (**ordem**).

Assim é que a ascensão da sociedade civil, que, como já se apresentou, surge como um resultado da densificação da consciência de seus interesses e de ser ela própria a origem e destinatária do poder político, vem produzindo uma rica tipologia contemporânea da consensualidade envolvendo as atividades do Estado na produção das normas (a regulática, através de fontes alternativas, fontes consensuais, e de fontes externas); na administração pública (formas alternativas consensuais) e na solução dos conflitos (órgãos e formas alternativas de composição).

Expandem-se e diversificam-se, em consequência, as formas de atuação consensual pela via da **cooperação**, que se processa entre entes públicos e da **colaboração**, que se dá entre os entes públicos e os particulares.

Os tipos de atuação consensual através de **pactos**, incluem **contratos** e **acordos**, em geral, sendo que ganham cada vez mais aceitação os **acordos de programa**, atos complexos destinados a aplicar negocialmente competências de entidades públicas e competência delegadas com vistas a uma finalidade comum a todos os pactuantes, entre os quais sobressaem os inadequadamente denominados **contratos de gestão**, também denominados simplesmente de “**contratos**” com vistas à ampliação de autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta pelo art. 37, § 8º, da Constituição, com a redação dada pelo art. 4º da Emenda Constitucional n.º 19/98.

A preferência pela via da consensualidade se justifica amplamente: pelo potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (**colaboração**); pelo potencial criativo e operativo dos próprios entes da constelação estatal (**cooperação**); pela redução de custos para o Estado e sociedade (economicidade); pela simplificação da máquina gestora do Estado (racionalidade); pelo reforço da máquina reguladora do Estado (publicização); pela renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Estado (modernização); pelo atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos modelos de Estado do bem-estar social e socialista (ampliação); pela racionalização da atribuição de competências ao Estado (subsidiariedade); e pela racionalização da distribuição de competências dentro do Estado (subsidiariedade).

5. CONCLUSÕES

Não está tanto no **conceito político** da Emenda Constitucional n.º 19/98, a crítica que se lhe possa fazer, pois a orientação foi pretendidamente moderna, voltada a adaptar a gestão da coisa pública a uma sociedade cada vez mais demandante e a um Estado em mudança neste fim de século e de milênio.

Tampouco está na **concepção técnica**, manifestamente dirigida à ampliação das possibilidades de imprimir maior eficiência e ética à administração pública, isso notadamente pelo desenvolvimento de parcerias com os entes da sociedade civil, os maiores problemas a serem enfrentados em sua aplicação, embora a este respeito caiba um receio de supervalorizar-se a **eficiência** em detrimento da **juridicidade**.

Concentra-se na **formulação jurídica** da Emenda, tal como promulgada, suas maiores dificuldades, principalmente pelas perplexidades, deficiências e impropriedades que lhe podem ser apontadas em quantidade preocupante.

Em síntese, a Emenda Constitucional n.º 19/98 evidencia os seguintes defeitos: prolixidade, casuísmo, assistemática, ambigüidade e inefetividade.

Sem preocupação de esgotar as apreciações, seguem-se uma breve resenha exemplificativa e algumas considerações finais a respeito.

5.1 PROLIXIDADE

Esta Emenda, a uma Constituição já excessivamente analítica e de **baixa efetividade**, em vez de reduzi-la, como se poderia esperar do bom senso de seus autores, expandiu e fê-la atingir um total de **50 dispositivos** do Texto originário para editar **em seu lugar e em acréscimo, 95 dispositivos**, sendo que 85 com caráter de permanência e 10 transitórios.

Nada mais que **uma** Emenda agregou, portanto, um conjunto de **45 novas normas** constitucionais ao pujante número existente, inclusive **um artigo a mais**, adicionado ao final desse já extensíssimo “código constitucional”, com número 247, um dispositivo que passou, assim, a ser o fecho melancólico de nossa Lei Magna, com uma notável pérola de redundância e de má técnica, que é o seu parágrafo único, ali posta pelos tecnocratas sem outro sentido que o de reiterar a

exigência do devido processo da lei, com seus corolários do contraditório e da ampla defesa, nos casos específicos de aplicação de pena de demissão por insuficiência de desempenho, como se não fossem suficientes os destacados e claríssimos princípios do art. 5º, LV e LVI e as repetidas exigências processuais do art. 41, § 1º, da Constituição.

5.2 CASUÍSMO

O detalhismo domina a Emenda n.º 19/98, prosseguindo e agravando o mesmo erro em que laborou o constituinte originário, ou seja, pretender tudo reger e em minudência incompatível com o assento constitucional. Observe-se, apenas como exemplos, os seguintes casos, colhidos a esmo, acrescentados ao rol, já nada modesto, de casuísmos do Texto de 1988.

A laboriosa e complicada introdução de um novo instituto remuneratório, o chamado **subsídio**, mencionando-o nada menos que 20 vezes, em vários artigos da Emenda, em vez de concentrar a sua instituição em um ou, no máximo, dois dispositivos, em que lhe seriam dados contornos conceituais precisos e extensão aplicativa bem definida.

Em outra passagem, como peça de casuísmo possivelmente ainda mais aberrante, com o objetivo de limitar a proliferação de cargos de confiança, o que por si só faz sentido, o legislador constitucional acaba estabelecendo uma desnecessária distinção entre cargos em comissão e funções de confiança (art. 37, V), tratando uma matéria que, no máximo, já ficaria bem regulada a nível estatutário.

Mais um exemplo de minudência incompatível com o nível constitucional é o detalhamento a que chega o novo § 8º do art 37 quanto às exigências sobre o **conteúdo dos contratos de gestão**, que deverão ser previstas pelas leis que venham a instituí-los nas respectivas unidades da Federação.

Por outro lado, sob o ângulo do aperfeiçoamento institucional, perdeu-se mais uma oportunidade de livrar o texto constitucional do recorrente casuísmo dos quistos corporativistas inseridos em 1988, com a criação de órgãos administrativos de menor expressão, como, na hipótese, a polícia rodoviária federal e a inefável polícia “ferroviária” federal, agora, com as pomposas qualificações de “órgãos permanentes”, elevados ao mesmo patamar de dignidade constitucional em que são tratados, por exemplo, o Ministério Público e as Forças Armadas.

E não só foram conservadas as alcandoradas prerrogativas, que estariam suficientemente bem legisladas em lei ordinária, como ficaram acrescidas da inevitável menção à remuneração dos “servidores policiais” respectivos (art. 144, § 9º) e ganharam outra curiosa e surpreendente redundância dos tecnocratas redatores, pois nele passou-se a afirmar que esses órgãos **federais**, pasme-se, devem ser organizados e mantidos... pela **União** (art. 141, §§ 2º e 3º).

Finalmente, embora menos grave, a criação pela Emenda de um **fundo fiscal**, desnecessariamente elevado ao nível constitucional pela nova redação do art. 21, XIV.

5.3 ASSISTEMATICIDADE

Desnecessário, a esta altura da exposição, discorrer-se sobre a preocupação que qualquer profissional de direito terá com o surgimento, por modificação ou aditamento, de **quase cem dispositivos constitucionais** através de uma única Emenda Constitucional, multiplicando os problemas de harmonização e de compatibilização que terão de ser de enfrentados, necessariamente causados pela falta de adequada sistematicidade.

Tome-se um exemplo: desaparecido o regime jurídico único, deve-se depreender que cada entidade política da Federação poderá optar, como regramento do serviço público para sua Administração direta, autárquica ou fundacional, por manter **quantos regimes jurídicos quiser** para o seu **personal** (denominação genérica de pobre conteúdo técnico, agora constitucionalmente empregada), tais como: estatutários (gerais ou especiais), trabalhista, modalidades contratuais-administrativas ou até regimes mistos.

Com um salto de extremo a extremo, tudo passou a ser constitucionalmente possível em termos de **regimes jurídicos de servidores públicos**, desde que os Estados, Distrito Federal e Municípios, ao instituí-los, não invadam a competência da União para legislar sobre o regime comum trabalhista.

Se era isso o que se pretendia, ao revogar a norma preexistente do regime jurídico único, foi efetivamente o que ocorreu, pois restabeleceu-se, com as pequenas exceções remanescentes, a autonomia política e administrativa dessas entidades, no particular, para adotar quantos regimes desejassem. A pergunta que fica é: por quanto tempo?

De modo semelhante, ao alterar as normas sobre os tipos de remuneração instituídos pelo Constituinte originário, a Emenda Constitucional n.º 19/98 expandiu, sob a expressão genérica **espécies remuneratórias**, uma tipologia vaga e aberta em que se mencionam, **em nada menos que 24 dispositivos distintos**, inúmeras variedades estipendiais, como subsídios, remuneração, vencimentos, salários, vantagens pessoais, vantagens de qualquer natureza, proventos, pensões e ainda “outras espécies remuneratórias” (art. 37, XI).

Por vezes, até o faz de modo particularmente confuso, como no dispositivo em que a Emenda menciona “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos” (art. 37, XV), como se **empregados** públicos pudessem ser remunerados por essas duas espécies em vez dos devidos **salários**.

E o que dizer-se, enfim, em termos de boa disposição dos assuntos, do acréscimo atópico do art. 247 ao Texto constitucional, retomando isoladamente e para encerrar a extensa Carta, um tema que deveria estar todo concentrado no Capítulo VII, do Título III, dedicado à administração pública? Que arcanos desígnios levaram o legislador derivado a tão longe derivar sua atenção?

5.4 AMBIGÜIDADE

Surgem as ambigüidades a cada passo e por vezes dão a impressão de que, à semelhança do que já havia feito o constituinte originário, ao se confrontar com opções diametralmente opostas, a intenção não foi decidir com segurança e precisão mas, ao contrário, manter as possibilidades de interpretação em amplo espectro, até mesmo diametralmente opostas às expectativas que poderiam ter justificado a constitucionalização de um certo preceito.

Observe-se, como exemplo, que a Emenda, por um lado, **admite** a acumulação **remunerada** de cargos públicos (art. 37, XVI) e, até mesmo, **prestigia** e **estimula** estas acumulações, naturalmente também **remuneradas**, de **funções de confiança** e de **cargos em comissão** (art. 37, V); ocorre que, se vier a ser adotada uma interpretação literal e estrita, ela parece vedar, adiante, a percepção cumulativa dessas espécies remuneratórias desde que venham a exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 37, XI).

Ora, tal interpretação, se prevalecente, conduziria ao paradoxo de se estar permitindo e até incentivando, como regra, o desempenho cumulativo de funções e

de cargos, **salvo** no caso de uma das remunerações alcançar o teto, hipótese em que o servidor passaria a **exercer gratuitamente um deles**.

De modo semelhante, magistrados e altos servidores públicos, por exemplo, que houvessem alcançado o teto ou dele estando muito próximos, se vierem a desempenhar presidências, vice-presidências, corregedorias, diretorias, chefias ou quaisquer outras funções ou cargos que lhes fossem privativos, correriam o risco de serem confiscados em seus ganhos e, estranhamente, como punição por terem sido exitosos em suas carreiras.

O mesmo se diga quanto aos **aposentados** que também hajam alcançado o topo de suas respectivas carreiras, que, não obstante toda sua presumida experiência funcional, se vier a ser aceita uma interpretação imediatista, destrutiva e contrária ao interesse público, também só poderiam aceitar quaisquer cargos em comissão, até mesmo os de Ministro de Estado, para trabalhar **graciosamente**.

Sem dúvida, abre-se para os profissionais do Direito um longo caminho à frente para desenvolver interpretações justas, razoáveis, muitas provavelmente, pode-se vaticinar, segundo a Constituição, mas sempre e inabalavelmente com vistas à preservação de valores fundantes do Direito Constitucional, inclusive o da desejada eficiência administrativa, relativamente a inúmeras das novas normas constitucionais introduzidas pelo constituinte derivado.

5.5 INEFETIVIDADE

Para avaliar a baixa efetividade da Emenda Constitucional n.º 19/98, não é mais preciso que lembrar que, dos 95 comandos nela contidas, mais de um terço depende de **lei** para serem plenamente aplicados. São, ao todo, 37 previsões de lei, incluindo 4 complementares, desdobradas, por sua vez, em incontáveis previsões de necessárias leis estaduais e municipais. Para ilustrar esta circunstância e orientar o leitor, inseri, em rodapé, a referência à origem e modalidade legislativa prevista no Texto reformador.

É uma proporção extremamente reveladora, tanto da excessiva constitucionalização dessas matérias que deveriam ser tratadas apenas em via ordinária, como dos consensos inacabados que sobre esses temas apenas foram aflorados nas discussões do Congresso Nacional.

Reitere-se, a esta altura, uma angústia que cresce cada vez que se avoluma o texto da Constituição e são multiplicadas as suas regras, com a prática da **antidemocracia**, ao subtrair-se das legislaturas ordinárias e, portanto, dos meios ordinários, o poder de fazer valer a vontade popular em inúmeras decisões típicas de governo, que deveriam ser tomadas com oportunidade e íntima referência à conjuntura.

Congeladas no Texto constitucional, passam a estar, essas assim supervalorizadas decisões que deveriam ser governamentais, fora do fluxo e reflujo normal das opções democráticas, preservadas como se fossem o sumo produto da sapiência de uma geração que necessitasse ser resguardado da boa fé ingênua das que se lhe seguirem.

Como é sabido, no desenvolvimento dessa prática elitista, a tal ponto chegou a preocupação com a sobrevalorização do conteúdo ideológico, programático e dirigente das Constituições, que os últimos modelos analíticos, a partir da década de setenta, foram ainda mais longe, pretendendo se substituir não só aos Congressos como aos Governos eleitos, para ditar, por vezes com extrema riqueza de detalhes regulamentares, todas as futuras **políticas governamentais**, as chamadas “tarefas de Estado”, que deveriam ser levadas a cabo pelos sucessivos poderes constituídos e, até mesmo, pelos constituintes derivados.

As eleições, nesta hipótese de congelamento institucional, pouco mudariam o **que fazer**, pois aos Parlamentos e governantes lhes cabia preferentemente dispor sobre apenas sobre o **como fazer** da política, já que tudo o que fosse importante no **que fazer** estaria constitucional e “petreamente” decidido.

Entrava-se, assim, num processo em que a **legitimidade originária** dos constituintes de uma geração passava a dispensar a aferição permanente ou, pelo menos, a periódica, da **legitimidade corrente** da maior parte das decisões, fossem populares ou governamentais, instituindo-se uma generalizada **ditadura constitucional**, em que o velho autoritarismo governativo se transformaria numa forma ainda mais perversa, a de um “**autoritarismo normativo**”, na conhecida expressão de Miguel Reale.

Não obstante, passados dez anos, em vez de se corrigir os defeitos dirigistas da versão originária da Constituição de 1988, que se fundavam em propostas teóricas abandonadas até mesmo por seus mais ilustres defensores de além-mar, assiste-se a uma recaída dos legisladores constituintes, agora derivados, atolando

o processo decisório político-administrativo, que deveria ser flexível e amoldável, numa crescente maranha de normas desnecessariamente constitucionalizadas, sem falar dos aflitivos arranhões nos princípios da federação, da independência dos Poderes e da segurança jurídica que as acompanham, adiante tratados.

O resultado, se não visível, pelo menos bem previsível, deste cada vez mais gigantesco conjunto de regras, será sua baixíssima **efetividade**, presumivelmente com pouca chance de servir aos propósitos mais elevados que o inspiraram e, muito menos, de concorrer como se desejaria para a satisfação das necessidades públicas.

Com efeito, não se pode esperar satisfatória efetividade, quando foram previstas e exigidas normas de toda natureza: complementares, ordinárias, ordinárias "específicas", federais, estaduais, distritais federais e municipais, numa fieira infundável de modalidades e de combinações.

Apenas para o propósito de **efetivar-se** a substituição dos tradicionais **vencimentos** por **subsídios**, existem mais de **dez** previsões na Emenda, o que as desdobrará, por sua vez, em **milhares** de leis federais, estaduais, distritais federais e municipais, que serão necessárias para processarem-se as mudanças remuneratórias e dar aplicação nacional e, quiçá, uma relativa homogeneidade, como pretendido, ao novo teto **nacional** do subsídio.

Vale mencionar mais outra hipótese de inefetividade, esta com relação à disciplina da **celebração de consórcios públicos e convênios de cooperação**, pactos que cada entidade política sempre teve possibilidade de negociar através de seu Chefe do Poder Executivo, sem que estivesse submetido a qualquer especial regramento ou impedimento nas Cartas Políticas anteriores, mas que, doravante, necessitará fazê-lo **por meio de lei própria**, que autorize a **gestão associada** de seus respectivos serviços públicos, com a transferência, total ou parcial, de encargos, serviços, pessoal e bens (art. 241, CF, de acordo com a redação que lhe deu o art. 24 da E.C. n.º 19/98).

Ficaram, assim, implicitamente previstas, com este dispositivo aparentemente útil e "inovativo", nada menos que **milhares** de leis, que não eram, mas se tornaram necessárias, de **edição exclusiva de cada entidade política** interessada em articular sua ação com outras entidades públicas através de pactos de gestão associada, uma vez que cada uma delas estará dispondo sobre suas próprias competências. Complicou-se desnecessariamente o que sempre foi simples, embora

pouco empregado, dificultando-se o atingimento de resultados desejados que, afinal, não dependeriam de emenda alguma, mas apenas de estímulo e exemplo políticos adequados.

Em outros casos, como as obrigatórias **revisões** estatutárias, que deverão ser feitas quanto à **natureza jurídica das entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, estipulou-se um prazo, que o constituinte reformador deu como aparentemente adequado, de dois anos a contar da promulgação da Emenda, mas que, conforme as possibilidades e a própria situação político-administrativa de cada unidade da Federação, poderá se mostrar surpreendentemente exíguo, pois tudo dependerá dos meios disponíveis para serem realizados os devidos estudos, elaboração e tramitação das **dezenas de leis**, em cada um dos três níveis federativos, que serão necessárias e deverão levar em conta, caso por caso, para a nova e correta fixação da natureza jurídica de entidade da administração indireta, "as finalidades e as competências efetivamente executadas" (art. 26 da E.C. n.º 19/98).

Há, pois, repita-se, um longo e penoso caminho legislativo a percorrer para alcançar a efetividade das normas introduzidas pela E.C. n.º 19/98, a se somar aos não menos longos e tortuosos itinerários de efetivação apontados no restante da Carta, o que torna cada vez mais válida, entre nós, a judiciosa observação de Luís Roberto Barroso:

"A Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se nos limites de razoabilidade no regramento de relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social".²⁴

A plethora de normas reiteradamente exigidas para efetivarem-se os comandos constitucionais, quase sempre sem qualquer sanção pela omissão dos Poderes constituídos, e muitas vezes sem culpa alguma deles no retardamento, compromete a autoridade da Lei Magna, banaliza os seus comandos e a transforma, perante o povo frustrado e impaciente, numa carta de intenções.

5.6 FEDERALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Mais dois fenômenos em curso no País, estimulados pela Constituição de 1988, merecem especial registro antes de examinarem-se as conseqüências da

²⁴ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1990, p. 80.

Emenda Constitucional n.º 19/98, isto porque aparentemente eles não apenas atuam na contramão das tendências atuais observadas na administração pública, como suscitam perplexidade face a impedimentos técnicos existentes na própria Carta brasileira vigente.

Com efeito, embora se manifestem atualmente e de forma conjugada duas tendências administrativas de envergadura global, que seriam a **desconstitucionalização** dos temas administrativos, com o fito de facilitar a atuação associada em bloco de nações, e a **descentralização** das soluções administrativas, não só para que melhor elas possam se adequar às peculiaridades regionais e locais, na linha do princípio da subsidiariedade, como para permitir a expansão da criatividade das unidades menores, o que se tem observado é que, a partir de 1988, o Brasil cada vez mais vem **constitucionalizando** e **centralizando preceitos secundários** para reger a administração pública federal, estadual, distrital-federal e municipal.

Quanto à **constitucionalização**, a superabundância de preceitos constitucionais atinentes à **organização, funcionamento e limitações da administração pública** efetivamente não se compagina com a tradição do direito constitucional comparado. Muito ao contrário; basta perflustar os textos constitucionais de alguns países, até os doutrinariamente mais próximos do Brasil, para se verificar que, ao contrário, neles o tratamento desses temas é terso, quase sempre genérico e principiológico e, em alguns casos, até inexistente.

Assim, à guisa de exemplo, a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, só tem duas normas (art. III, Sec. 1, 7 e Emenda XXVII); a Constituição da Alemanha, de 1949, tem três normas (arts. 84, 85 e 86); a Constituição da Espanha, de 1978, só dois dispositivos (arts. 103 e 105); a Constituição da Itália, de 1948, também apenas dois (arts. 97 e 98); a Constituição do Uruguai, de 1966, igualmente dois (arts. 317 e 318); a Constituição do Chile, de 1981, apenas um (art. 38) e, também com um só artigo, a da Argentina, de 1853 (art. 86, 22).

Mesmo as Cartas mais minudentes a respeito podem ser consideradas lacônicas se comparadas com a atual Constituição brasileira, como ocorre com a Constituição da Finlândia, de 1919, com nove artigos (arts. 84 ao 92). Apenas e destacadamente, a Constituição de Portugal, de 1976, discrepa desses exemplos, ao regular, em dezenove dispositivos, contidos em seis artigos (arts. 266 a 271), a administração pública do País. Existe, até mesmo, um Título próprio, que contém cinco normas constitucionais apenas sobre o regime da função pública (art. 269);

uma excepcionalidade que, não obstante, foi escolhida como um adequado modelo pelo constituinte brasileiro de 1988, mesmo em se tratando de um exemplo de Estado unitário.

Por outro lado, essa opção detalhista discrepa também da nossa própria tradição constitucional sobre a matéria, já que não se havia registrado até 1998 qualquer tendência significativa neste sentido. Ao contrário, a Constituição do Império, de 1824, nada dispunha a respeito e a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891, só continha dois dispositivos (arts. 46 e 65, § 1º).

Não foi senão com a Constituição de 1934 que se ensaiou, ainda que timidamente, uma tendência centralizadora e ampliativa, ao desenvolver sete artigos sobre a matéria administrativa, incluindo todo um Título VII dedicado aos funcionários públicos (arts. 54 e 168 a 173). A ela seguiu-se a Constituição de 1946, que redemocratizou o País e restabeleceu a federação, mas paradoxalmente, estendeu o tratamento centralizador dos funcionários públicos para 11 artigos (arts. 184 a 194). Mas mesmo a Constituição de 1967, com todo seu viés autoritário e concentrador de poder, a matéria administrativa não passou de 21 dispositivos, a maior parte deles dedicada aos funcionários públicos (arts. 8º, XVII, c; 94 a 111, 162 e 170).

Todas, enfim, não se aproximaram nem remotamente da superabundância normativa que alcançou a Constituição de 1988, chegando a **65 dispositivos sobre a administração pública**; um respeitável elenco que veio de ser agora **ainda mais ampliado**, com as Emendas Constitucionais n.º 18 e n.º 19 de 1998, para chegar a esse que deve ser o folgado recorde mundial, de nada menos que **78 dispositivos** destinados a reger, a submeter e a federalizar as atividades da administração pública em todo o País.

Ocorre que, embora a **centralização** que se faça por meio de **regras gerais** sobre administração pública, com o intuito de homogeneizar princípios e conceitos, não seja, em princípio, um inconveniente técnico e nem mesmo político, pois, ao contrário, mesmo em certas federações juspoliticamente avançadas chega até a ser desejável, como ocorre no modelo de Bonn (arts. 85, 1 e 86), existe, na hipótese brasileira, de excessiva centralização preceitual, um problema de **inconstitucionalidade** que pode ser levantado a qualquer momento face à própria Carta de 1988, pois a seqüência cronológica acima desdobrada, que nela culmina com suas duas últimas Emendas referidas, está pondo em nítida evidência uma simultânea **desfederalização** do modelo político do País e es-

vaziamento paulatino da **autonomia político-administrativa** das unidades da Federação.

Com efeito, a multiplicação que vem ocorrendo de normas invasivas da autonomia político-administrativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios produz, entre outras consequências, a debilitação política dessas unidades, num momento em que, ao revés, seria de se esperar que se as reforçasse na linha do princípio da subsidiariedade, e gera seqüelas práticas imprevisíveis, pois aparentemente não se tem levado em conta o grande número e a imensa diversidade dessas unidades políticas menores do País.

Não obstante, mesmo que essas reduções sejam politicamente acertadas, o que escapa a aprofundamentos nesta exposição, resta a indagação jurídica, que a qualquer tempo poderá ser levantada, sobre a **constitucionalidade** dessas Emendas Constitucionais que estão implementando, afinal, uma **tendência** à gradual abolição do próprio **cerne do federalismo**, que é a **autonomia político-administrativa** das unidades políticas menores (arts. 1º e 18, CF).

Confrontam-se, a respeito, duas acepções em torno do conteúdo da **limitação material explícita** ao poder reformador constitucional, no caso, como se estabelece no art. 60, § 4º, I, da Constituição de 1988, que veda a mera tramitação legislativa de **proposta de emenda** que seja **tendente a abolir a forma federativa** de Estado.

Na interpretação tradicional, que se recolhe da pena autorizada de José Afonso da Silva, "a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação", asserto que o ilustre autor confirma adiante, exemplificando exatamente com a hipótese aqui agitada: "Assim, por exemplo, a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de auto-administração. Emenda que retire deles **parcela** dessas capacidades, **por mínima que seja**, indica **tendência** a abolir a forma federativa de Estado".²⁵

É bem verdade que na acepção mais moderna e, por isso mesmo, mais flexível e atenta ao acompanhamento das mutações sociais e à preservação da estabilidade da ordem constitucional, o conteúdo jurídico da **limitação material explícita** ao poder reformador há de ser encontrado não no sentido preceitual, mas no **sentido principiológico** da norma constitucional restritiva.

²⁵ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros Editores, 15ª ed., p. 69 (N/ destaques em negrito).

Pode-se convir, nesta outra linha, coincidindo com J. J. Gomes Canotilho, que dois pontos assomam em importância para chegar-se ao conceito do que venha a ser o **conteúdo imodificável** estabelecido em limite material constitucional ao poder de reforma:

1. "A intocabilidade dos regimes materiais, mas não preceitos constitucionais concretos respeitantes a determinadas matérias;
2. As cláusulas materiais expressas de irreversibilidade só devem considerar-se como respeitante ao núcleo de identidade quando tiverem *correspondência* no próprio texto da constituição e disserem inequivocamente respeito à própria 'essência' da constituição."²⁶

Haveria, entretanto, que distinguir aqui entre duas modalidades de **reforma constitucional**: a **revisão**, que é abrangente de todo o texto, e a **emenda**, que se restringe a determinados dispositivos do texto reformado.

Por isso, tratando-se de **Emenda à Constituição**, impõe-se a observância dos limites formais, circunstanciais e materiais impostos pelo constituinte original, ou seja, no art. 60 e seus parágrafos da Constituição de 1988.

Sob tal consideração é que esses preceitos, destinados a uma nítida **centralização federativa**, embora pareçam obedecer a uma orientação indiscutivelmente bem intencionada, de corrigir, por via de Emendas à Constituição, erros e abusos de políticas públicas praticados no passado em todos os níveis da Federação, que originaram sérias distorções financeiras, em especial um alarmante déficit público, são, afinal, **preceitos que concretizam medidas governamentais**.

O que ocorre é que as boas intenções, embora moralmente justificadas, ao serem propostas como preceitos de uma Emenda, agridem o princípio fundamental do Direito que é a **segurança jurídica** e, especificamente, os limites materiais de reforma por essa via.

Com efeito, através de preceitos de Emenda, pode-se corrigir o que não parece justo, inoportuno ou inconveniente, **mas sempre para o futuro**: o que não se pode é desconstituir, sob tal fundamento, o que foi constituído no passado sob o resguardo da ordem jurídica vigente.

²⁶ J.J. GOMES CANOTILHO, "Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo". In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Ed. RT, ano 4, n.º 15, abril-junho de 1966, p. 15.

Assim, por exemplo, Emendas não podem ordenar a devolução de incentivos legalmente concedidos a pretexto de terem sido injustos ou onerosos para o Erário; não podem alcançar transações realizadas a pretexto de que não foram devidamente tributadas à época; não podem desfazer contratos administrativos a pretexto de que foram onerosos ou inconvenientes para o Estado; não podem tornar nulas nomeações regulares a pretexto de que governos anteriores admitiram em demasia ou, ainda, como vêm insistindo alguns governantes afetados por uma recaída autoritária, não podem confiscar vencimentos, proventos e pensões a pretexto de que ultrapassaram um determinado valor, arbitrariamente estabelecido, *a posteriori*, depois de terem sido regularmente fixados segundo o ordenamento jurídico então vigente.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante o grande esforço político envidado até a promulgação da Emenda n.º 19/98, para a efetiva realização de uma reforma administrativa que atenda às necessidades do Estado contemporâneo, **não basta promover alterações de estrutura e de funcionamento**, pretendendo seguir parâmetros e modelos desenvolvidos na administração do setor privado.

Muito mais que isso, **é preciso mudar a mentalidade dos administradores públicos**, para que não mais se considerem os senhores da coisa pública, olímpicamente distanciados dos administrados, como se não tivessem outra obrigação que a de meramente desempenhar as rotinas burocráticas para terem cumprido seu dever funcional.

Mas, além disso e sobretudo, como condição de êxito de qualquer reforma que se pretenda democrática, **também é preciso mudar a mentalidade do público usuário**, para que este se convença de que ele é, afinal, a razão de existirem serviços públicos, Administração Pública, o Estado e o próprio conceito de público.

Mentalidade, porém, não se muda por decreto, nem por lei, nem por emenda; o papel da norma posta é ancilar ao aprimoramento da cidadania e do civismo. O administrado deve ser educado para exigir serviços públicos bons e eficientes em contraprestação de um aparato estatal que lhe custa um terço de todos os bens e serviços produzidos pela sociedade. Deve ser preparado para exigir serviços públicos com a mesma qualidade e modicidade como os que já vem se acostumando

do a exigir dos prestadores privados no regime de competitividade da economia de mercado. E é essa mudança, em suma, aquela essencial ao que se pretende como **modernização do Estado e de seu aparelho prestador de serviços**.

Como se pode perceber, o alcance desse objetivo cultural demanda, desde logo, uma nova, mais extensa e profunda compreensão da própria **interação entre Sociedade e Estado** para, partindo daí, lograr-se um conseqüente avanço instrumental visando ao aperfeiçoamento dos canais de diálogo entre os dois atores.

Posto em termos técnicos, carece-se da criação seletiva e do desenvolvimento monitorado de **institutos de participação administrativa**, desde aqueles voltados à **tomada de decisão**, passando pelos de coparticipação na **execução**, até aqueles dedicados a aprimorar o **controle** do Estado-administrador através da ação fiscalizatória e postulatória do administrado.

Por outro lado, as conquistas milenares do Direito não podem ficar eclipsadas por glamorosas considerações tecno-burocráticas, tantas vezes de duvidosa cientificidade e equívoca supremacia axiológica.

Sem dúvida é necessário progredir no campo aberto pela ciência e pela técnica da administração, mas isso deverá ser feito sempre com o cuidado de não regredir no caminho já arduamente trilhado do aperfeiçoamento ético das relações humanas, com suas ponderáveis conquistas que cumpre ao Direito resguardar.

Sob tais premissas, não devem jamais, legisladores e administradores, deixarem-se seduzir pela promessa atraente de algum tipo de êxito estatístico que possa prescindir de um rigoroso travejamento jurídico, pois só pelo Direito se alcançarão vitórias duradouras sobre a **insegurança** e sobre a **injustiça**.

Deve-se repudiar, portanto, com firmeza e veemência a mera sugestão de que seja alcançado esse falso avanço "até mesmo ao arrepio de um certo rigor do Direito Constitucional",²⁷ pois, a pretexto de desmontar abusos, de corrigir injustiças e de eliminar artifícios, pode-se estar a roubar à sociedade, paradoxal e perversamente em nome dela, sua âncora, seu norte e sua maior conquista, que é a **segurança jurídica**.

²⁷ Palestra de Luiz Carlos Bresser Pereira e Wellington Moreira Franco no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em 12 de fevereiro de 1996, publicada na *Revista do Tribunal de Contas do Estado*, n.º 31, jan./mar. 1996, p. 38, em intervenção do segundo palestrante, oportunamente recolhida e divulgada pelo Professor FRANCISCO MAURO DIAS em conferência pronunciada no Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, em 23 de setembro de 1998.

Com esse propósito, resumem-se a três estas considerações finais, dirigidas aos **profissionais do Direito**, que terão a seu cargo a interpretação e a aplicação da Emenda Constitucional n.º 19/98: **que fazer, por que fazê-lo e para que fazê-lo.**

Que fazer, diz respeito ao papel desses profissionais, no cumprimento de suas diversas atuações: **suprir as deficiências técnicas**, não só desta Emenda mas de todo o processo de reforma administrativa em curso.

Por que fazê-lo, diz respeito à missão ética desses profissionais: **preservar os valores civilizatórios do Direito**, dos quais são seculares e tradicionais depositários.

Para que fazê-lo, diz respeito à missão prática e à finalidade imediata do próprio Direito, que é a de prover **segurança jurídica** às pessoas e o mínimo de previsibilidade na vida social que permita o progresso material e espiritual da humanidade.

No Direito não se contém a arte de governar mas, seguramente, o seu limite civilizado.

Rio de Janeiro, outono de 1999