

ADRIANO DE BORTOLI

**A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO
ENTRE A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E A GARANTIA
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

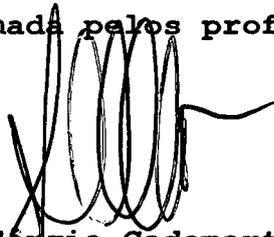
MESTRADO EM DIREITO

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
FLORIANÓPOLIS - NOVEMBRO - 2000**

ADRIANO DE BORTOLI

A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO
ENTRE A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E A GARANTIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

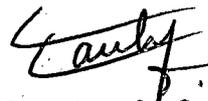
Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado, do Centro de Ciência Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, pela Comissão examinadora formada pelos professores:



Prof. Dr. Sérgio Cademartori
Centro de Ciência Jurídicas, UFSC

Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves e Camargo e Gomes

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori



Prof. Dr. Christian Gily Caubet
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Christian Caubet

Florianópolis, 01 de dezembro de 2000

À Paulo Lecheta e
Margarida Simião Lecheta
(in memorian); Clemente
Vittorio De Bortoli e
Rosinda Dal'Col De
Bortoli; João, Regina
Estela e Cristiane De
Bortoli.

AGRADECIMENTOS

À Prof.^a Dr. Cristina Miranda Ribas, que em suas aulas de Filosofia do Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa revelava a paixão pelo ensino, pela pesquisa e pela extensão, despertando em seus alunos a curiosidade científica.

Ao amigo e companheiro Prof. Dr. Mauro Antonio de Sá Ravagnani, exemplo de pesquisador, professor e defensor da universidade pública, gratuita e de qualidade; pelas diversas vezes que compartilhou comigo sua experiência de vida, estimulando-me a persistir na luta em defesa da utopia que cultivamos.

Ao Prof. Msc. e Juiz de Direito José Sebastião Fagundes Cunha, que ao lado de sua esposa Júlia Streck sempre sinalizaram com diversos gestos a gratuidade do afeto a mim dispensado, revigorante das forças nos momentos mais difíceis.

Ao Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr., que desde o primeiro momento em que nos conhecemos incentivou-me a prestar o concurso para o mestrado, e após a aprovação no concurso sempre esteve solícito às necessidades de um "estrangeiro" na Ilha de Santa Catarina.

Ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na pessoa de seu Coordenador Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar, por ter oportunizado o aprofundamento necessário dos estudos para a conclusão desta pesquisa.

Aos amigos Prof. Dr. José Luis Serrano e Prof. Dr. Antonio Peña Freire, bem como ao Prof. Dr. Nicolás Maria Lopez Calera, pela acolhida em Granada na Espanha, durante o período de pesquisas e seminários sobre o garantismo.

Aos servidores públicos Valmor, Melissa Indalêncio, Rose, Gilvana, Ivonete, pelo atendimento eficazmente prestado durante estes anos.

Ao Prof. Rodrigo Valgas, advogado administrativista destacado e mestrando aplicado nas pesquisas em direito público, pelas valiosíssimas indicações bibliográficas e pela disposição para as interlocuções que mantivemos sobre o assunto desta pesquisa.

Aos amigos Gustavo F. Pedrollo, Alexandre Almeida Rocha, Gerson Sicca, Geyson Gonçalves, Rogério Duarte da Silva, Cláudio Ladeira de Oliveira, Marcos Mesquita, Gerson E. dos Reis, Alécio Pedro Bernardi, Araceli Silveira Bernardi, que mesmo durante os períodos de isolamento, necessários pra a realização deste trabalho, não deixaram que eu me sentisse só.

A Alan Índio Serrano, profissional e pesquisador competente, pelo acompanhamento paciente que me dispensou nos momentos mais críticos para a minha saúde.

Aos meus familiares, que sempre foram o refúgio para realimentar as energias e seguir caminhando.

Por último, mas não em grau de importância, ao Prof. Dr. Sérgio Cademartori, por toda a atenção dispensada a este orientando, seja comentando os primeiros escritos, discutindo variados pontos, seja estendendo a mão amiga nos momentos em que mais precisei.

A todos, muito obrigado!

RESUMO

Esta dissertação faz uma análise introdutória da Reforma do Aparelho do Estado, também chamada de Reforma Administrativa, no que tange à inserção do valor eficiência no texto constitucional como princípio da Administração Pública e a sua relação com a garantia dos Direitos Fundamentais. Utiliza-se, para tanto, como teoria de base a teoria geral do garantismo, tal como apresentada por Luigi Ferrajoli. A aproximação ao tema da Reforma do Aparelho do Estado se dá inicialmente através de uma abordagem sincrônica do Estado e em seguida diacrônica. Por fim, através de um pequeno esboço, ocupa-se da história da Administração Pública brasileira, restrita ao período que vai do descobrimento do território brasileiro até o Estado Novo. A partir deste marco histórico, a história da Administração Pública é apresentada sob o aspecto de suas Reformas. Por este caminho chega-se à Reforma do Aparelho do Estado, executada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso. Como a Reforma do Aparelho do Estado contém vários matizes, todos dignos de serem pesquisados, opta-se por estudar somente um: a eficiência administrativa enquanto princípio constitucional.

RESUMEN

Esta disertación hace un análisis introductorio de la Reforma del Aparejo de lo Estado brasileño, también llamada de Reforma Administrativa, en lo que implica la inserción del valor eficiencia en el texto constitucional como principio de la Administración Pública y la suya relación con la garantía de los Derechos Fundamentales. Se utiliza, para tanto, como teoría de base la teoría general del garantismo, de Luigi Ferrajoli. La aproximación al tema de la Reforma del Aparejo del Estado brasileño se da inicialmente a través de una abordaje sincrónica del Estado y en seguimiento diacrónica. Por lo fin, a través de un pequeño esbozo, se ocupa de la historia de la Administración Pública brasileña, ceñida al periodo que va de lo descubrimiento de lo territorio brasileño hasta el Estado Novo. A partir de este limite historico, la historia de la Administración Pública és presentada bajo la perspectiva de sus Reformas. Por medio de este camino se llega a la Reforma del Aparejo del Estado brasileño, ejecutada por lo Gobierno Fernando Henrique Cardoso. Ya que la Reforma del Aparejo del Estado brasileño contene varios matices, todos acreedores de investigación, se opta por estudiar solamente uno: la eficiencia administrativa en quanto principio constitucional.

SUMÁRIO

CAPÍTULO OU SEÇÃO	Página
EPÍGRAFE.....	I
DEDICATÓRIA.....	II
AGRADECIMENTOS.....	III
RESUMO.....	X
RESUMEN.....	XI
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO II - ESTADO DE DIREITO	09
2.1. Introdução.....	11
2.2. Antecedentes históricos.....	12
2.2.1. Idade Antiga.....	12
2.2.2. Idade Média	14
2.2.3. Idade Moderna.....	17
2.2.3.1. Estado Moderno	20
.....	
2.3. Quatro contextualizações do Estado de Direito.....	22
2.3.1. O <i>Rechtsstaat</i>	23
2.3.2. O <i>État Constitutionnel</i>	25
2.3.3. A <i>The Rule of Law</i>	26
2.3.4. A <i>United State of America</i>	29
2.4. As Adjetivações do Estado de Direito.....	30
2.4.1. <i>Liberal</i>	30
2.4.1.1. Natureza e elementos do Estado de Direito Liberal	33
2.4.1.1.1. Os Direitos	33
2.4.1.1.2. Os Direitos Subjetivos	35
2.4.1.1.3. A Divisão de	37
2.4.1.1.3.1. Império da Lei	39

brasileiro.....	82
CAPÍTULO IV - APARELHO ESTATAL: REFORMA E EFICIÊNCIA	85
4.1. Introdução.....	87
4.2. O Estado, os Tipos de Dominação e as Formas de legitimidade.....	87
4.3. Organização e atuação da Administração Pública.....	92
4.3.1. Surgimento de uma burocracia permanente.....	94
4.3.2. O surgimento dos direitos públicos subjetivos.....	96
4.3.3. Surgimento do Estado de Pluralidade de classes.....	100
4.3.4. O Estado anti-Social, uma nova configuração do Estado?.....	103
4.4. Esboço histórico da Administração Pública brasileira.....	109
4.4.1. Da descoberta à República.....	109
4.4.2. Da República Velha até o Estado Novo.....	115
4.5. Reformas Administrativas no Brasil	118
4.5.1. A Reforma Administrativa da década de 30.....	118
4.5.2. A Reforma de 1963 - Comissão Amaral Peixoto.....	122
4.5.3. A Reforma de 1967.....	122
4.5.4. A Reforma da Nova República.....	125
4.5.5. A Reforma Collor.....	126
4.6. A Reforma do Estado - Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998).....	127
4.6.1. A Reforma do Aparelho do Estado brasileiro.....	129

4.6.1.1. Os encaminhamentos da Reforma do Aparelho do Estado.....	131
....	
4.6.2. A fuga para o Direito Privado.....	131
CAPÍTULO V - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.....	135
5.1. Introdução.....	137
5.2. Os Princípios no Estado de Direito.....	138
5.3. A Dogmática Administrativista brasileira e o Princípio da Eficiência.....	146
5.4. A polissemia do conceito eficiência.....	151
5.4.1. <i>Conceito de Eficiência: perspectivas econômicas e sociológicas.....</i>	151
5.4.2. <i>Eficiência e termos afins.....</i>	152
5.4.3. <i>A eficiência como superconceito: Oberbegriff.....</i>	155
5.5. Estado de Direito: Legitimidade versus Eficiência.....	156
5.6. Os Tribunais e o Princípio da Eficiência..	159
5.6.1. <i>Eficiência do Programa de Ação na área de Saúde executado pelos órgão e entidades de saúde do Estado da Paraíba.....</i>	159
5.6.2. <i>Auditoria de Desempenho feita no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA)..</i>	161
5.6.3. <i>Eficiência como parâmetro para remuneração dos servidores do TCU.....</i>	162
5.6.4. <i>Eficiência em leilões de ações de empresas estatais: o caso da Tele Norte Leste S/A e o consórcio do Banco Opportunity e da Telecom Itália.....</i>	165
5.6.5. <i>Eficiência do Plano Nacional de Qualificação Profissional - PLANFOR.....</i>	167
5.6.6. <i>Acórdão do STJ.....</i>	169
5.7. O Princípio da Eficiência e a garantia dos	

Direitos Fundamentais.....	170
VI - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	172
VII - ANEXOS.....	183
VIII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	205
8.1. Efetivamente utilizadas.....	205
8.2. Consultadas.....	213

Capítulo I
INTRODUÇÃO

Esta dissertação, intitulada *A Reforma do Aparelho do Estado brasileiro entre a eficiência administrativa e a garantia dos Direitos Fundamentais*, buscou empreender uma análise introdutória da Reforma do Aparelho do Estado, também chamada de Reforma Administrativa, no que tange à inserção do valor eficiência no texto constitucional como princípio da Administração Pública e a sua relação com a garantia dos Direitos Fundamentais.

A Reforma do Aparelho do Estado faz parte de um arco maior chamado Reforma do Estado, que ainda está se realizando nos seus mais diversos aspectos: fiscal, previdenciário, político, tributário. Enquanto parte deste arco, coube à Reforma do Aparelho do Estado a redefinição da organização da Administração Pública, com o intuito de superar as suas mazelas e implantar um novo paradigma administrativo: a Administração Gerencial. É justamente a implementação deste novo paradigma que despertou a curiosidade científica pelo tema.

A análise da Reforma Administrativa, por certo, é uma análise também do Estado de Direito brasileiro, pois as alterações do texto constitucional envolvem novas orientações jurídico-políticas e uma mudança da sua compreensão total. Uma de suas novas configurações diz respeito aos pressupostos de legitimação da ação administrativa, consagrados nos princípios da Administração Pública do comando normativo do artigo 37 da Constituição Federal.

Para compreender melhor os vínculos impostos à Administração Pública e as garantias dos Direitos Fundamentais, optou-se por uma análise que tivesse como ponto de partida o Estado de Direito. Assim, traçou-se suas principais características, tendo em conta a sua construção teórica e as suas contextualizações mais

significativas para o pensamento político. Todavia, restava por necessário aprofundar os seus reflexos na Ciência Jurídica, particularmente na Teoria do Direito.

Adotou-se para isso uma teoria jurídica - a teoria geral do garantismo, tal como apresentada por Luigi Ferrajoli - que se entendeu como capaz de: a) dar conta de uma análise rigorosa da estrutura normativo-institucional desse fenômeno de dominação conhecido como "Estado de Direito" em sua versão contemporânea; b) propor um caminho para a compreensão da relação existente entre os princípios constitucionais e a concretização dos Direitos Fundamentais.

A aproximação do tema da Reforma do Aparelho do Estado se deu inicialmente através de uma abordagem sincrônica do Estado, enquanto fenômeno de dominação, os tipos de dominação e as formas de legitimidade, onde o referencial teórico foi a sociologia compreensiva de vertente weberiana. Em seguida, a abordagem é diacrônica e o objeto específico de estudo são as funções e atividades a serem realizadas pela Administração Pública, caracterizadas pela contingência e variabilidade histórica, dependentes de uma demanda social, distinta para cada órbita cultural e diferente também em função do contexto sócio-econômico em que se produz. Por fim, através de um pequeno esboço, ocupou-se da história da Administração Pública brasileira. Todavia, esta abordagem restringiu-se ao período que vai do descobrimento do território brasileiro até o Estado Novo, momento no qual se organizou pela primeira vez uma Administração Pública com critérios profissionais e públicos de recrutamento, organização e atuação. A partir deste marco histórico, a história da Administração Pública foi apresentada sob o aspecto de suas Reformas. De fato, todas as Reformas Administrativas tiveram por objetivo implantar uma

administração burocrática, mesmo que este objetivo explícito não passasse de mera falácia, visto que as práticas patrimonialistas, caudilhistas, coronelistas, fisiológicas ainda se verificavam nos *bureaus* da Administração Pública.

Por este caminho chegou-se à Reforma do Aparelho do Estado, executada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso. Como a Reforma do Aparelho do Estado contém vários matizes, todos dignos de serem pesquisados, porém, se reunidos num único trabalho não oportunizariam o devido aprofundamento da pesquisa, optou-se por estudar somente um: a eficiência administrativa enquanto princípio constitucional.

Também influenciou esta decisão a maior pertinência do objeto em relação a um tema, os Princípios Constitucionais, que é bastante caro à Ciência Jurídica não só hoje, como em outros tempos. A dúvida quanto ao alcance do Princípio da Eficiência, intimamente ligado à sua definição e à sua relação com os outros princípios foi o elemento motivador dos estudos que aqui se apresentam nesta dissertação.

O estudo cuidadoso da Teoria Jurídica da Organização Administrativa, realizado sob a supervisão e orientação do Professor Dr. Sérgio Cademartori durante o período letivo da disciplina que leva aquele nome, foi decisivo para proporcionar os elementos teóricos fundamentais para a pesquisa, abstraídos das obras de Max Weber, Raymundo Faoro e Luigi Ferrajoli.

Em relação à questão dos Princípios Constitucionais, o trabalho limitou-se a adotar um posicionamento, o de Robert Alexy, tendo em vista a grande quantidade de orientações teóricas que estão envoltas com a tarefa de discutir a sua definição, aplicação e interpretação.

Outro fator que pesou na adoção de tal posicionamento foi a pertinência ao tema dos Direitos Fundamentais.

A respeito da definição, primeiro da eficiência e depois do Princípio da Eficiência, perqueriu-se o seu significado sociológico, econômico e administrativo; para depois apresentar algumas definições cunhadas por juristas brasileiros. Não se descurou neste momento de apresentar também algumas decisões dos Tribunais, aplicando o Princípio da Eficiência. Todavia, o resultado desta pesquisa jurisprudencial foi mais profícuo no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Dividiu-se o trabalho em seis partes: 1) a presente introdução, onde se ofereceu um panorama geral do trabalho; 2) o capítulo segundo, no qual se apresentou o Estado de Direito a partir de uma ótica diacrônica, num primeiro momento, desde o surgimento das primeiras discussões entre o "governo dos homens" e "governo das leis" na Antigüidade Grega, passando pela Idade Média e suas formas de organização política peculiares e chegando à Idade Moderna, período no qual o paradigma do Estado de Direito vai se consolidando nas mais diversas democracias; fruto da reação burguesa contra o Estado de Polícia, da experiência política inglesa a partir do século XVIII e, sobretudo, das instituições surgidas com as Revoluções liberais francesa e americana, o Estado de Direito, foi objeto de várias contextualizações, das quais destacaram-se o *Reechsstaat*, o *État Constitutionnel*, a *The Rule of Law* e o *Estados Unidos da América*; num segundo momento, abordou-se o Estado de Direito sob a ótica sincrônica, através das suas adjetivações liberal, social e democrática; a análise permitiu caracterizar o Estado de Direito pela vinculação e limitação do Estado, direcionado para a proteção, garantia e realização efetiva dos Direitos Fundamentais.

3) No terceiro capítulo apresentou-se a teoria geral do garantismo, formulada por Luigi Ferrajoli e utilizada como teoria de base do trabalho. O Garantismo tem três acepções diferentes, porém, complementares: um Modelo Normativo de Direito, no qual se redefine o conceito de Democracia e os Direitos Fundamentais são compreendidos enquanto Liberdades e Expectativas; uma Teoria do Direito, que tem por mérito a distinção entre vigência, validade e eficácia; e uma Filosofia da Política, em que o Estado é apresentado como instituição que se legitima *a posteriori* e *ex parte populi*. Também fez parte da análise do Garantismo a identificação na Constituição brasileira de normas que possibilitem configurá-la como Sistema de Garantias da pessoa humana frente ao Estado, servindo-se aqui, e em outras tantas partes da dissertação, do estudo desenvolvido por Sérgio Cademartori em seu livro "Estado de Direito e Legitimidade - uma abordagem garantista".

A "chave" para se trabalhar a teoria geral do garantismo é apresentada por Ferrajoli ao observar que sistemas garantistas de direito constitucional, de direito administrativo, de direito tributário, de direito civil poderiam ser construídos assim como se construía o de direito penal. Nas esteira do pensamento de Peña Freire, que pesquisou a garantia no Estado Constitucional de Direito, efetuou-se uma breve abordagem sobre o Garantismo e o Direito Administrativo, ressaltando-se o aspecto do lugar da Garantia frente aos Atos da Administração.

4) O capítulo quarto fora dedicado ao estudo da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro e a eficiência administrativa. Para alcançar estes fins, partiu-se da análise weberiana do Estado, enquanto fenômeno de dominação, dos tipos de dominação e das formas de legitimidade; em seguida empreendeu-se um estudo

diacrônico da organização e atuação da Administração Pública, dividido em quatro momentos significativos: o surgimento de uma burocracia permanente, o surgimento dos direitos públicos subjetivos, o surgimento do Estado de Pluralidade de Classes e a possibilidade de uma nova configuração do Estado, chamada de anti-Social.

Após, apresentou-se um esboço histórico da Administração Pública brasileira, seccionado em dois momentos: o da descoberta do território brasileiro à Proclamação da República e o do início da República Velha até o Estado Novo, instante no qual se organiza pela primeira vez uma Administração Pública com critérios profissionais e públicos de recrutamento, organização e atuação. Depois do Estado Novo, a história da Administração Pública brasileira foi apresentada a partir das suas reformas até a Reforma do Estado empreendida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso desde 1995.

Abordou-se, ainda, a questão da crescente utilização das formas jurídicas de direito privado pela Administração Pública, movimento conhecido como "Fuga para o Direito Privado" em Portugal e "*Huida del derecho público*" na Espanha.

5) O quinto capítulo da dissertação ocupou-se da questão dos princípios jurídicos-constitucionais, do valor eficiência, da legitimidade no Estado de Direito, dos posicionamentos da doutrina administrativista brasileira e de algumas decisões dos tribunais sobre eficiência administrativa.

6) Por último, as *considerações finais* tecem apreciações sobre a aplicação concreta da teoria garantista ao Direito Administrativo e a análise garantista a respeito da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro e da inserção do valor eficiência como

princípio constitucional-administrativo da Administração Pública.

Para finalizar, algumas observações de método: a) o método aqui empregado é o indutivo; b) os artigos obtidos via internet e referenciados podem ser acessados no endereço:

<http://www.planejamento.gov.br/publicacoes/index.htm>; c) todas as traduções das citações são livres e do autor da presente dissertação; d) o trabalho é fruto de pesquisa bibliográfica e documental; e) para uma melhor distinção entre os itens que compõem os capítulos, facilitando assim a leitura, utilizou-se fontes e tamanhos diferentes; f) ainda em relação à redação e à leitura, adotou-se o itálico em todas as citações diretas realizadas no corpo do texto para realçá-las.

CAPÍTULO II

ESTADO DE DIREITO

2.1. Introdução

Norberto BOBBIO adverte que a especulação em torno do momento de surgimento do Estado adquire os mais variados matizes, persistindo, entretanto, a tese que vê na dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e na formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna e externa o nascimento do Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade¹.

Em relação ao surgimento do Estado de Direito os posicionamentos teóricos se dividem entre os que atribuem a ele um momento histórico específico de surgimento, qual seja, o liberalismo do século XIX²; e os que sustentam a não vinculação da concepção do Estado de Direito a particulares condições históricas e a ideologias ou filosofias específicas, tendo a sua essência gênese na Antigüidade, quando os filósofos políticos defendiam a soberania das leis à vontade caprichosa do Príncipe³.

Uma pequena incursão histórica auxiliará no confronto entre essas posições e numa melhor compreensão a respeito das mudanças ocorridas no âmbito das organizações jurídico-políticas até a

¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade - Para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 73. Cf. tb. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I - O Estado e os Sistemas Constitucionais. 6ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 44-46 e BURDEAU, Georges. **O Estado**. Trad. Cascais Franco. Póvoa de Varzim: Euro-América, [197-]. p. 35 e ss.

² DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Edicusa, 1979. p. 19 e ss e BRANDÃO, A. José, **Sobre o Conceito de Constituição Política** Apud NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 18 e 19.

³ VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el Estado de Derecho**. Bologna: Real Colegio de España, 1975. p. 15 e ss e FASSÒ, Guido. **Stato di Diritto e Stato di Giustizia**. RIFD (*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*). vol. XL. p. 83-119. [s.l.].1963. Apud

consagração do paradigma do Estado de Direito nas democracias modernas.

2.2. Antecedentes históricos

Residem, por certo, na idade antiga as primeiras preocupações filosófico-políticas em relação à *polis* e às Cidades-Estado. Todavia o terreno para construção teórica e prática do Estado fora preparado durante séculos sob o manto da Idade Média.

As declarações de independência e as revoluções deram novo sentido para a organização da sociedade até a consagração do Estado Moderno em vários países do ocidente, momento no qual tanto o Direito quanto o Estado passam se tornar mais complexos.

2.2.1. Idade Antiga

Da dicotomia entre "império da lei" e "domínio dos homens" surge para parte da doutrina a característica fundamental do Estado de Direito⁴. Contudo, é justamente neste ponto que o Estado antigo, no caso o Estado grego, está mais próximo e ao mesmo tempo se distancia da concepção de Estado de Direito Moderno.

A utilização do termo "Estado Grego", muito embora empregado freqüentemente, carece de precisão, haja vista que o que se observa na história da Grécia antiga é a prevalência das Cidades-Estados, com especial referência à de Atenas, muito diferentes umas das outras e sem unidade política entre si. Entretanto, a contribuição grega para o pensamento

NOVAIS, op. cit., p. 19.

⁴ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad.

político moderno é fundamental.

De um modo geral a organização política da Grécia antiga se assenta nas seguintes características: a) prevalência do fator pessoal (Estado dos cidadãos, excluindo-se os escravos e metecos); b) o fundamento da comunidade dos cidadãos é a comunidade religiosa, unida no culto dos antepassados; c) pouca importância para o fator territorial, prevalecendo as formações estatais municipais ou cantonais (Cidade-Estado); d) redução da liberdade individual à participação no governo da Cidade, não sendo a pessoa um valor em si, livre do poder público; e) diversidade de formas de governo⁵.

A distinção entre a liberdade dos antigos e a dos modernos se dá porque

entre [os] antigos, o indivíduo, soberano quase habitualmente nos assuntos públicos, é escravo em todas as suas relações privadas' nada sendo concedido à independência individual, nem no que respeita às opiniões, nem à indústria, nem, sobretudo, no que respeita à religião.⁶

Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 151-171.

⁵ MIRANDA, op. cit., p. 52-53.

⁶ NOVAIS, op. cit., p. 22. A distinção entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos é feita por Benjamin Constant nos seguintes termos: "A liberdade dos antigos consistia em exercer colectiva, mas directamente, várias partes da soberania, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, como concluir com estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar sentenças, em examinar as contas, os actos e a gestão dos magistrados, em fazê-los comparecer perante o povo, em submetê-los a acusações, em condená-los ou em absolvê-los; mas ao mesmo tempo que se dava isso que os antigos chamam de liberdade, eles admitiam como compatível com tal liberdade colectiva a sujeição completa do indivíduo à autoridade do conjunto. Todas as ações privadas estavam sob uma vigilância severa. Nada era concedido à independência individual, nem no tocante à religião. A faculdade de escolher o seu culto, faculdade que nós olhamos como um direito dos mais preciosos, teria parecido aos antigos um crime e um sacrilégio. Nas coisas que nos parecem mais úteis, interpõe-se a autoridade do corpo social e afecta a vontade dos indivíduos. - Nas relações mais domésticas, intervém ainda a autoridade." *Apud* MIRANDA, op. cit., p. 53-54; Cf. tb. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 7-10 e COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. vol. I. São Paulo: Editora das Américas, 1961. p. 298-303.

De qualquer sorte, a contribuição grega, apesar de necessária, não fornece elementos suficientes para a construção do paradigma do Estado de Direito, haja vista a grande diferença existente entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos.

2.2.2. Idade Média

Durante o período que se convencionou chamar de Idade das Trevas existiram vários sinais de mudanças em relação ao exercício do poder que foram fundamentais para o pensamento político e para o Estado modernos.

MIRANDA apropriadamente designa como pretenso Estado as experiências de associação política presentes na Idade Média européia. A não configuração de Estado, que se resume apenas a uma pretensão, reside fundamentalmente em quatro razões: **a) dinâmica histórica européia** que passa por um momento de invasões e outro de reconstruções, oportunizando assim uma transição da insegurança geral à pequena segurança local, gradativamente alargada; transição da decomposição ou ausência de poder a uma situação complexa, com o poder real estreitado entre a autoridade universal da Igreja e o poder parcelar (coexistente ou não) dos barões e dos senhorios corporativos; **b) adoção de concepções jurídico-políticas cristãs e germânicas e abandono das concepções romanas.** A cultura da cristandade impõe a fundamentação divina do poder e seu exercício através de critérios de legitimidade e tendo como finalidade o bem comum. As concepções germânicas por sua vez afastam a Cidade do centro da vida política e colocam no seu lugar o príncipe e as relações diretas e

personais dos súditos com ele; **c)** *dissolução da idéia de Estado pelo feudalismo*; **d)** *papel da Igreja enquanto poder atemporal*⁷.

A diversidade de idéias e as contingências inerentes à pouca mobilidade social do sistema feudal não foram suficientes para neutralizar as forças político-sociais que gradualmente organizaram o Estado Absolutista nas suas vertentes Patrimonialista e de Polícia⁸.

NOVAIS apresenta os contornos do Estado Absolutista Patrimonialista nos seguintes termos:

A ideia de um poder público do Estado desvanece-se em favor de um sistema político fundado numa rede de vínculos unindo suseranos e vassallos; a ideia de *imperium* é substituída pela de *dominium*, entendida como mera superioridade territorial por parte do Príncipe, mas compatível com a vinculação deste, num plano de igualdade com os restantes senhores, ao complexo entrelaçado de direitos e deveres que caracterizava a sociedade medieval.⁹

Os *jura quaesita*¹⁰, ou seja, os direitos

⁷ MIRANDA, op. cit., p. 59-62.

⁸ "É corrente a distinção, no Estado absoluto, entre uma primeira fase na qual o Estado é considerado um bem patrimonial do Príncipe e uma segunda fase - com apogeu no século XVIII -, designada como 'de polícia', na qual o Príncipe se assume plenamente na tarefa de prover à felicidade e ao bem dos súditos e em que o anterior fundamento divino do poder é substituído por um fundamento racional." NOVAIS, op. cit., n. r. 47, p. 27.

Jorge MIRANDA discorda dos posicionamentos que designam Estado a ordem patrimonialista por entender que há uma apropriação privada do poder ao se adotar o conceito de *dominium* conectado com os princípios da família e da propriedade: investidura hereditária, direito de primogenitura, inalienabilidade do domínio territorial. MIRANDA, op. cit., p. 61. Cf. tb. FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Porto Alegre: Globo, 1984.

⁹ NOVAIS, op. cit., p. 24.

¹⁰ "Os *jura quaesita*, direitos adquiridos, diferentemente dos direitos 'originários' do indivíduo, eram os direitos individuais fundados num título especial produzido por determinado facto jurídico (convenção, prescrição, concessão imperial) e, como tal, protegidos pelos tribunais; nessa medida eram considerados como limites aos direitos de superioridade territorial do Príncipe (*landesherrliche Hoheitsrechte*).

Porém, a título excepcional, quando estava em causa o interesse público, a *raison d'Etat*, reconhecia-se ao Príncipe a possibilidade de ultrapassar as barreiras constituídas pelos *jura quaesita*, fazendo apelo a um direito supremo, a uma prerrogativa especial - o *jus eminens*." MAYER, Otto. **Droit Administratif Allemand**. t. I. Paris: [s.n.]. págs. 32 e segs. **Apud** NOVAIS, op. cit., p. 28.

adquiridos assim o eram em razão de determinado *status societatis* assumido pelo indivíduo. Portanto, o direito do indivíduo existia a partir e somente no momento em que se estava vinculado a determinado grupo, classe ou clã. E não em razão da pessoa em si, do indivíduo¹¹.

O Estado Absolutista de Polícia (também chamado de Estado Iluminista, Estado de Absolutismo Iluminista e Estado de Despotismo Esclarecido, que tem como paradigma na História Portuguesa o Estado do Marquês de Pombal) tem por características fundamentais, segundo GOMES CANOTILHO: 1) afirmação da idéia de soberania concentrada no monarca, com o conseqüente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; 2) extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de decidir sobre a religião dos súditos e de exercer a autoridade eclesiástica; 3) dirigismo econômico através da adoção de uma política econômica mercantilista; 4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* (bem estar, felicidade dos súditos) como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre *raison d'État*, apontada como a dimensão teleológica básica do chamado "absolutismo empírico" (momento absolutista anterior ao absolutismo iluminado)¹².

Seguindo de perto as observações feitas por GOMES

¹¹ NOVAIS, op. cit., p. 25. Cf. WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. 2ª ed. en español. 4ª ed. en alemán. 11ª reimpresión. México: FCE, 1997. p. 532-588. Nesta parte do Capítulo destinado à sociologia do Direito o sociólogo alemão investiga as Formas de Criação dos Direitos Subjetivos. Cf. tb. DIAZ, op. cit., p. 19-24.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 85.

CANOTILHO, NOVAIS conclui que

De facto, nas duas fases do Estado absoluto - a patrimonial e a de polícia - a vontade arbitrária do Príncipe impõe-se à medida do gradual desaparecimento das possibilidades de defesa judicial dos particulares relativamente às ofensas do Poder, não obstante a crescente importância que a regra de direito assume no Estado de Polícia no domínio da disciplina jurídica das relações entre os indivíduos.¹³

2.2.3. Idade Moderna

O conceito de modernidade é muito amplo e pode ser aplicado a vários setores do conhecimento da atividade humana. Procurar-se-á delimitar um sentido no qual se pode chamar de "moderna" determinada forma de organização do Direito e do Estado. Óbvio que um tema assim genérico precisa ser tipificado e alguns de seus aspectos importantes suprimidos. Além do que, o pouco espaço disponível em um estudo como este compromete algo da profundidade e talvez da clareza que o assunto mereceria. Entretanto, faz-se necessário abordá-lo sob pena de cair-se em superficialismo.

No quarto capítulo da obra "*Pela Mão de Alice - o*

¹³ NOVAIS, op. cit., p. 27. "Porém e, no sentido de resolver a contradição entre a necessidade de garantir o princípio supremo do Estado de polícia - a ideia da onipotência do Estado na prossecução do bem público, e consequentemente, da insindicabilidade dos seus actos - e a necessidade de proteger os particulares eventualmente lesados pela actividade de polícia, ressurgue, nesta altura, a doutrina do Fisco, originária do direito romano. Ou seja: uma vez que o Estado *propriamente dito* se situava à margem do direito, fora do controlo judicial, produziu-se uma construção segundo a qual o Estado se desdobrava numa outra pessoa moral de direito privado, capaz 'de entrar em comércio jurídico com os particulares, de se obrigar contratual e extracontratualmente, de ter capacidade judiciária activa e passiva' - o Fisco. (...) a doutrina do Fisco não visava a protecção de uma esfera autónoma dos direitos dos particulares, mas tão só minorar patrimonialmente os prejuízos que sofressem.

O Estado de Polícia confirmava-se, pois, no essencial, como Estado acima do direito, já que este artifício engenhoso de distinguir duas personalidades no Estado traduzia, quando muito, uma 'submissão parcial'." NOVAIS, op. cit., p. 29.

social e o político na pós-modernidade"¹⁴, Boaventura de Souza SANTOS disserta minuciosamente sobre o que ele denomina de paradigma cultural da modernidade. Para o sociólogo português o projeto sócio-cultural da modernidade é um projeto muito rico, capaz de infinitas possibilidades e, por isso, muito complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios.

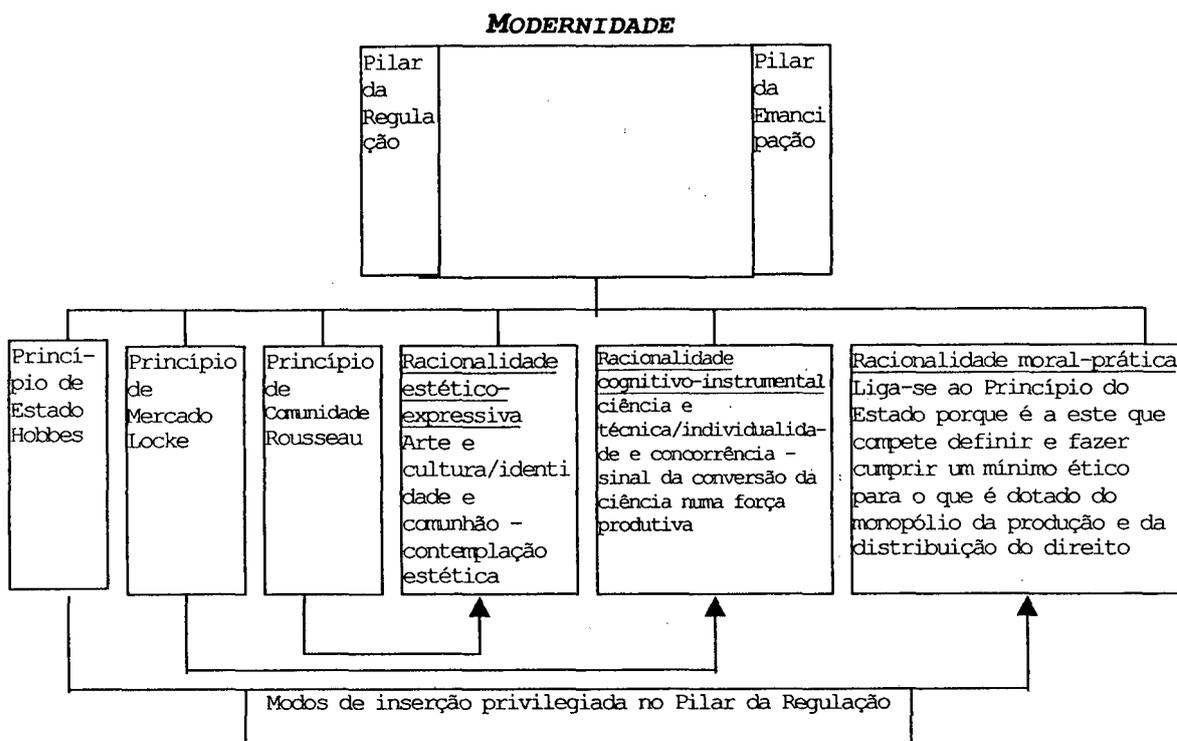
Para o sociólogo português o Projeto sócio-cultural da modernidade está assentado em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação¹⁵. Estes são pilares complexos, cada um constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a HOBBS; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de LOCKE; e pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de ROUSSEAU. O pilar da emancipação, por sua vez, é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica. Seguindo o raciocínio do autor português, como em qualquer outra construção estes dois pilares e seus respectivos princípios ou lógicas estão ligados por cálculos de correspondência. Assim, embora as lógicas de emancipação racional visem, no seu conjunto, orientar a vida prática dos cidadãos, cada uma delas tem um modo de inserção privilegiado no pilar da regulação. A racionalidade estético-expressiva articula-se privilegiadamente com o princípio da comunidade, porque é nela que se condensam as idéias

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. ***Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade***. São Paulo: Cortez, 1995. p.75-114.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 77.

de identidade e de comunhão sem as quais não é possível a contemplação estética. A racionalidade moral-prática liga-se preferencialmente ao princípio do Estado na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado do monopólio da produção e da distribuição do direito. Finalmente, a racionalidade cognitivo-instrumental tem uma correspondência específica com o princípio do mercado, não só porque nele se condensam as idéias da individualidade e da concorrência, centrais ao desenvolvimento da ciência e da técnica, como também porque já no século XVIII são visíveis os sinais da conversão da ciência numa força produtiva. Por sua complexidade interna, pela riqueza e diversidade das idéias novas que comporta e pela maneira como procura a articulação entre elas, o projeto da modernidade é um projeto ambicioso e revolucionário¹⁶. Seguindo o que fora exposto acima, o Paradigma da Modernidade poderia ser representado pelo gráfico abaixo:

¹⁶ MIRANDA, op. cit., p. 77.



2.2.3.1. O Estado Moderno

Com a concentração do poder no Rei, seguida de toda autoridade pública emanada dele, ressurge a noção de Estado¹⁷, obliterada pela organização política medieval. Também compõe esse cenário a extensão da soberania real a todos os indivíduos de um território delimitado que se tornam súditos do Rei e de sua lei.

O crescente processo de racionalização pelo qual começam a passar as organizações políticas tem na institucionalização do poder uma de suas características básicas. Outras características são próprias dessa noção de Estado que ressurge: **a) Estado nacional** - o fator de unificação política tende a corresponder a uma nação ou comunidade histórica de cultura; **b) Secularização ou laicidade** - afirmação da distinção das esferas temporais e espirituais e afastamento da religião da base da comunidade; **c)**

¹⁷ O Estado a que se refere aqui é o europeu de uma maneira geral.

Soberania - tanto interna quanto externa¹⁸.

A dificuldade de se precisar o momento exato em que surge o Estado, própria da análise conceitual a respeito das instituições e da vida possibilita, tão somente, apontar a diversidade de momentos da história européia que representam a mudança da organização política medieval para a nova forma de organização política.

Assim, na Península Ibérica, muito em razão da Reconquista cristã dos territórios invadidos pelos árabes que favorece a unidade de comando político no interior dos diversos reinos que se vão formando, o Estado surge muito cedo, antes do século XV. O que também se passa na Sicília e na Inglaterra, todavia por motivos de ordem burocrático-militar¹⁹.

Na França, porém, seriam necessários dois séculos para que o Estado pudesse emergir a partir da reunião pela Coroa de terras e direitos de grandes feudatários. Foi de grande importância a Guerra dos 100 anos, que acentuou a consciência da nacionalidade francesa ao mesmo tempo em que soltava os laços feudais que ligavam a Inglaterra e a França²⁰.

No Norte europeu a definição de Estado se dá nos séculos XVI e XVII por forte influência da Reforma protestante, que ao formar Igrejas nacionais abriu caminho para que os monarcas se aproveitassem para afirmar e aumentar seus poderes. Paralelamente no Leste ocorria o mesmo: Rússia, Polônia e Hungria (com conseqüências maiores no caso russo - de Ivan, o Terrível, a Pedro, o Grande).

Itália e Alemanha permaneceriam reféns da grande quantidade de principados e repúblicas e das pressões

¹⁸ MIRANDA, op. cit., p. 62-64.

¹⁹ Ibid., p. 66.

²⁰ Ibid., p. 71.

das potências estrangeiras e o Sacro Império Romano-Germânico somente sucumbiria em 1806. Surgirão, em 1870, os Estados nacionais da Prússia e do Piemonte, organizações políticas originárias dos séculos XVII e XVIII²¹.

O ponto culminante do processo de criação dos Estados Europeus será a assinatura do Tratado de Vestefália em 1648, pondo fim à Guerra dos Trinta Anos e selando a ruptura religiosa da Europa, o fim da supremacia política do Papa e a divisão da Europa em diversos Estados independentes, com fronteiras fixadas precisamente²².

Novas mudanças não tardarão e o paradigma de Estado que ressurgiu como poder privilegiado de dinastias que se perpetuariam através da sucessão hereditária dos seus mandatários será substituído pelo paradigma do Estado de Direito, obra da reação da classe burguesa contra o Estado de Polícia, da experiência política inglesa a partir do século XVIII e, sobretudo, das instituições surgidas com as Revoluções liberais francesa e americana²³.

2.3. Quatro contextualizações do Estado de Direito

Apesar de não ocorrerem concomitantemente, as diferentes experiências de Estado de Direito, de certo modo, trocaram influências diversas e tiveram fontes teóricas inspiradoras comuns. A limitação jurídica do Estado, contudo, não foi privilégio de nenhuma realidade histórica específica e só ganha significado

²¹ Ibid., p. 72.

²² Ibid., p. 72.

²³ NOVAIS, op. cit., p. 37: "(...) mais do que conceito filosófico, o Estado de Direito surge como um *indirizzo* político ou um *conceito de luta política* característico dos movimentos e das idéias prevalecentes no século XIX." Cf. DÍAZ, op. cit., p. 24-29.

teórico preciso quando reportada a pelo menos quatro experiências de organização política que romperam com o paradigma absolutista: o *Reechsstaat*, o *État Constitutionnel*, a *The Rule of Law* e a *United States of America*²⁴.

2.3.1. O *Rechtsstaat*

A compreensão de que o Estado de Direito seja uma criação alemã está muito distante dos reais fatos sociais que lhe originaram. A exclusividade alemã na "criação" do Estado de Direito é refutada por Otto MAYER ao observar que:

Nada mais errado que as tentativas feitas para reivindicar como uma particularidade alemã a idéia de *Rechtsstaat*, do Estado sob o regime do direito. Em todos os seus elementos essenciais essa idéia é comum a nós e a todas as nações irmãs que passaram pelos mesmos desenvolvimentos sucessivos, sobretudo a nação francesa, à qual, apesar de tudo, o destino nos ligou pela comunidade de espírito²⁵.

É Robert von MOHL que introduz na discussão política o conceito de *Rechtsstaat*. O "avanço" alemão, como salienta NOVAIS²⁶, "*na construção teórica pode ser visto como um processo - já salientado por MARX num outro plano, no da filosofia e da sua realização - segundo o qual a burguesia compensava no domínio teórico a sua incapacidade de realizar o seu poder na forma de governo parlamentar*"²⁷. Convém lembrar que o

²⁴ Não são abordadas neste trabalho as experiências anti-liberais na Europa do século XX, quer sejam totalitárias ou socialistas: o Estado fascista italiano, o Estado nacional-socialista e o Estado de legalidade socialista. Sobre o assunto confira: NOVAIS, op. cit., p. 129-178; VERDÚ, op. cit., p. 147-150; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 370-374 e p. 570-585.

²⁵ MAYER, Otto. *Droit Administratif Allemand*. t. I. Paris: [s.n.]. pág. 81. Apud NOVAIS, op. cit., p. 38, n.r. 72.

²⁶ NOVAIS, op. cit., p. 40.

²⁷ Ibid., p. 38.

Estado de Direito está sendo contextualizado numa Alemanha em que a burguesia se via forçada a aceitar o *Obrigkeitsstaat*, desviando os seus esforços da conquista do Estado para a eliminação das arbitrariedades e a vinculação do governo às normas de direito racional²⁸.

Para MOHL, como para os autores que introduziram a expressão *Rechtsstaat* na específica situação da Alemanha, os fins do Estado de Direito identificavam-se com a racionalização do Estado²⁹. E o Estado de Direito só pode ter este fim: "*ordenar de tal maneira a vida coletiva que cada um dos seus membros seja apoiado e estimulado no máximo grau no exercício e aproveitamento de todas as suas forças, livre e integralmente*"³⁰.

MOHL ressalta que esta atividade de polícia não era contraditória com a concepção liberal do caráter negativo da intervenção do Estado, na medida em que se subordinava e dirigia exclusivamente ao objetivo de garantir a liberdade individual:

A liberdade do cidadão é, para esta concepção de vida, o princípio mais elevado (...) daí que a função do Estado deva ser de carácter meramente negativo e consistir unicamente na eliminação dos impedimentos que, por si só, a força do indivíduo seria incapaz de superar, (...) o Estado tem apenas a tarefa de proteger e tornar possível a liberdade do cidadão³¹.

Enquanto conformação racional fundada nos direitos do indivíduo e dirigida para o seu pleno desenvolvimento, o *Rechtsstaat* originário escapava ainda ao processo de formalização que viria a marcar o posterior desenvolvimento do conceito. Por outro lado,

²⁸ Ibid., p. 41.

²⁹ Ibid., p. 42.

³⁰ Ibid., p. 42.

exigindo uma ampla atividade de apoio e fomento com vista à salvaguarda daqueles objetivos (atividade que, de resto, a partir de 1815 se ligava à necessidade de uma atuação administrativa premente orientada para a superação das conseqüências da guerra e da depressão econômica que se lhe seguiu), a concepção originária do *Rechtsstaat* deslegitima, de início, as posteriores tentativas de invocar para o Estado de Direito qualquer incompatibilidade histórica ou natural com a atividade assistencial do Estado e as exigências de sociabilidade³².

2.3.2. o *État Constitutionnel*

Comparativamente ao *Rechtsstaat* alemão, o *État Constitutionnel* francês se aproxima e se distancia nos seguintes pontos: para a experiência alemã a especificidade da teoria do *Rechtsstaat* consistia em ter intuído a importância das regras jurídicas no processo de limitação do Estado - por isso a insistência no princípio da legalidade e na justiça administrativa. De outro lado o caso do *Estado Constitucional* de matriz francesa põe acento nos mecanismos "políticos" como o controle parlamentar e as garantias constitucionais³³.

Como características singulares do *Estado Constitucional* pode-se citar: superioridade formal da Constituição, rigidez constitucional e vontade geral (expressa no Parlamento). Estas características estão intimamente ligadas à idéia da existência de limites supra-estatais.

Para a consagração de tal modelo foi

³¹ Ibid. p. 42.

³² Ibid. p. 43.

³³ Ibid. p. 44.

imprescindível a existência das Declarações de direitos e a previsão constitucional destes limites.” Foi através das “Declarações de Direitos” ou mediante consagração constitucional direta, que os direitos e liberdades individuais receberam na França e nos Estados Unidos uma proteção reforçada, na medida em que a Constituição, mais que limite dirigido ao poder executivo ou judicial - como era o caso nas concepções restritivas do *primado da lei* -, se impõe globalmente a todas as funções do Estado³⁴.

2.3.3. a *The Rule of Law*

A experiência inglesa além de ser a mais antiga é a que paulatinamente vai criando e solidificando instituições fundamentais para a estrutura organizacional e institucional do Estado Liberal. Alguns documentos como a Magna Carta, a *Bill of Rights*, a *Petitions of Rights*, a lei do *Habeas Corpus*, serviram como modelos para várias cartas de direitos e liberdades.

A Magna Carta pode ser comparada a outras cartas de franquia utilizadas no medievo europeu em acordos entre Príncipe e senhores feudais, onde em troca do reconhecimento da supremacia real se concediam privilégios aos estamentos e interesses locais.

Embora consagrasse fundamentalmente direitos estamentais, como ressalta GOMES CANOTILHO, a Magna Carta “fornecia já **aberturas** para a transformação dos

³⁴ Ibid. p. 44. Sobre isso ZAGREBELSKY assevera que: “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De per sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa.” ZAGREBELSK, Gustavo. *El derecho dictil. Ley, derechos y justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid:

direitos corporativos em direitos do homem"³⁵, o que viria a ser confirmado através de um processo de generalização e individualização daqueles direitos³⁶.

Papel fundamental neste processo de generalização e individualização de direitos do homem coube à *Glorious Revolution*, feita não só em nome da limitação do poder real e a favor do Parlamento, mas também a favor das liberdades individuais progressivamente consideradas como invioláveis mesmo em relação ao próprio legislador.

Nesse momento, há uma ruptura na identificação do "homem livre" com o proprietário de terra, porque os direitos não são já o mero resultado de um equilíbrio imposto ao Monarca pelos estamentos socialmente mais poderosos, mas antes concebidos como verdadeira exigência da natureza humana³⁷.

Esta evolução - revelada implicitamente nos vários documentos constitucionais do século XVII na Inglaterra - é resultado essencialmente de um liberalismo *vivido* e não de um pensamento desenvolvido à margem ou em contraponto à realidade política vigente, como se sucedera durante muito tempo com o pensamento revolucionário no *Continente*³⁸.

Tanto que, afirma NOVAIS:

a Inglaterra evidencia uma vivência efectiva de limitação do poder dirigida ao reconhecimento dos direitos e liberdades individuais, antecipando na prática - mais aprofundada e significativamente que quaisquer outras experiências - os ideais do Estado de Direito³⁹.

Trotta, 1995. p. 34).

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: [s.n.], 1983. págs. 424 e ss. *Apud* NOVAIS, op. cit., p. 46. (ênfase no original).

³⁶ NOVAIS, op. cit., p. 46.

³⁷ *Ibid.* p. 46.

³⁸ *Ibid.* p. 47.

A *The Rule of Law*, portanto, constituirá a expressão conceitual desta experiência de limitação do poder e reconhecimento dos direitos fundamentais, sintetizada na máxima de John Pym (1641): "a lei é a fronteira entre as prerrogativas do rei e as liberdades do povo"⁴⁰. Diferencia-se, contudo, da idéia de Estado de Direito desenvolvida no Continente - projeto de racionalização do Estado e ruptura com o *ancien régime* -, por constituir-se segundo o modelo da continuidade histórica que marca o desenvolvimento das instituições constitucionais britânicas.

Para apresentar de forma sistematizada uma visão geral da *The Rule of Law*, reproduz-se abaixo a síntese de Dicey:

1. *Supremacia absoluta ou predominante da lei* elaborada segundo o processo ordinário, em contraposição à influência do poder arbitrário, da prerrogativa ou do poder discricionário do governo;
2. *Igualdade perante a lei ou sujeição igual de todas as classes à lei ordinária*: neste sentido se prescrevia a obediência de qualquer funcionário - do cobrador de taxas ao primeiro-ministro - à lei ordinária e se proibia qualquer evasão à jurisdição dos tribunais ordinários;
3. *As regras constitucionais britânicas não são a fonte mas a consequência dos direitos dos particulares definidos e defendidos pelos tribunais*; ou seja, a posição da Coroa e dos seus funcionários determina-se não por uma lei constitucional prévia, mas pela extensão dos princípios de direito privado levada a cabo pelos tribunais e pelo Parlamento⁴¹.

³⁹ Ibid. p. 47.

⁴⁰ Ibid. p. 47.

⁴¹ Ibid. p. 48.

2.3.4. a United States of America

A primeira e a mais importante democracia não localizada no continente europeu é fruto do desejo de emancipação econômica de treze colônias inspiradas na obra de LOCKE e assentadas no *commonsense*⁴² de uma comunidade que utiliza o recurso dos direitos humanos para legitimar sua independência do Império Britânico⁴³.

O nascente Estado americano têm em si muito mais presente a força da Declaração de Independência do que o vezo revolucionário. Diferentemente da França, nas colônias norte-americanas já existia uma comunidade de proprietários e cidadãos iguais e a opressão da Pátria Mãe estava localizada na cobrança de impostos⁴⁴.

Após a declaração de sua independência, os Estados americanos se organizaram numa Confederação, temendo um poder central forte. A esta Confederação cabia a coordenação das políticas externas dos Estados. O Congresso, órgão comum da aliança, carecia de competência legislativa ou financeira para obter recursos internos para levar a cabo uma política comum ou para regular de alguma maneira os assuntos dos Estados⁴⁵.

As conseqüências da guerra da independência aliadas à exclusão do sistema mercantil britânico e à

⁴² "Para los colonos americanos las conclusiones de Locke se habían vuelto lugares comunes; en lugar de las sabias demostraciones, eran suficientemente fehacientes las propias experiencias con un gobierno que sólo en cuestiones de política comercial permanecía dependiente de modo sensible del absolutismo parlamentario de una lejana madre patria." HABERMAS, Jürgen. *Teoría y Praxis - estudios de filosofía social*. Trad. Salvador Mas Torres y Carlos Moya Espí. Madrid: Editorial Tecnos, 1997. p. 92.

⁴³ HABERMAS, op. cit., p. 92.

⁴⁴ A faísca que ascendeu o levante das treze colônias foi a criação do imposto do chá pelo parlamento inglês em 1773. Em 1775 inicia-se a guerra que durará até 4 de julho de 1776, dia da Independência. ROSS, Alf. *Por qué democracia?* Trad. Roberto J. Vernengo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 35.

⁴⁵ ROSS, op. cit., p. 38.

desorganização política reinante conduziram os Estados a uma situação parecida com o caos econômico⁴⁶. O caminho da estabilidade e de uma ordem econômica levou necessariamente à organização de uma Federação e à promulgação de sua Constituição.

Através de manobras políticas os Federalistas conseguem impor seu modelo de Constituição que se adequava perfeitamente ao desenvolvimento capitalista industrial do século XIX: proteção ao direito de propriedade e liberdade contratual; flexibilidade para se harmonizar às exigências do capitalismo⁴⁷.

2.4. As adjetivações do Estado de Direito

O Estado de Direito, por seu turno, caracteriza-se pela vinculação e limitação do Estado direcionado para a proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais⁴⁸. O conceito comporta porém qualificações próprias de momentos históricos distintos.

2.4.1. Liberal

Pode-se afirmar que toda a caracterização liberal do Estado de Direito se funda numa mundividência construída em torno do pressuposto duma ideal separação entre o Estado e a Sociedade, ou na ideologia das três separações⁴⁹, quais sejam:

a) a separação entre Política e Economia, segundo a

⁴⁶ "La deuda interna para financiar la guerra ascendió a 60.000.000 de dólares y los Estados carecían de capacidad para pagar el capital o los intereses; la tasa de cotización de los títulos públicos cayó a una décima o una vigésima parte de su valor nominal. Se emitió papel moneda que rápidamente perdió todo valor." ROSS, op. cit., p. 39.

⁴⁷ ROSS, op. cit., p. 41-42.

⁴⁸ NOVAIS, op. cit., p. 17.

⁴⁹ Ibidem, p. 18.

qual o Estado deve limitar-se a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica entregue a uma dinâmica de auto-revelação pelo mercado;

b) a separação entre o Estado e a Moral, que defende que a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo;

c) a separação entre o Estado e a Sociedade Civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e econômicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias regras.

NOVAIS propõe uma consideração dos pressupostos acima apontados, considerados enquanto quadro ideológico no qual se inscreve a construção jurídica originária do Estado de Direito.

A idéia da separação Estado-Economia se apoia no pensamento de Adam SMITH que

parte da idéia da existência de uma ordem natural (e consequentemente justa) para concluir que é da livre iniciativa de cada membro da sociedade e do funcionamento espontâneo do mercado que resultará automaticamente a máxima vantagem para todos.⁵⁰

Portanto, o bem-estar coletivo resultará do livre encontro dos fins individuais, da livre concorrência de produtores e consumidores, movidos e dirigidos por uma "mão invisível" através da procura e oferta de mercadorias. Para que estes resultados sejam alcançados se faz necessário que as leis internas da economia possam se desenvolver sem interferências

⁵⁰ NOVAIS, op. cit., p. 52-53.

exteriores e, logo, sem intervenção do Estado na esfera econômica, para que a política não venha alterar a livre concorrência dos agentes econômicos.

Já em KANT se apoia a idéia da separação Estado-Moralidade, ou seja,

Se para a Moral a lei suprema é "age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal", para o Direito é "age exteriormente de tal sorte que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal"⁵¹.

Das assertivas acima resulta que o Estado jurídico de KANT se propõe a garantir a cada indivíduo a *liberdade* como homem, a *igualdade* como súdito e a *independência* como cidadão; porém, estes atributos jurídicos, considerados em princípio como inseparáveis da natureza de cidadãos do Estado ("cives"), acabam por ser apenas extensíveis, na sua plenitude, ao cidadão burguês.

Em HUMBOLDT se apoia a idéia de separação Estado-Sociedade, que quer significar que o Estado, se bem que dotado de uma racionalidade e fins próprios, abandona qualquer intenção de promover um bem comum, um interesse público, em favor da livre expansão dos interesses individuais. Incumbe a ele, Estado, assegurar o livre jogo da concorrência entre os particulares e impedir a invasão das respectivas esferas de autonomia.

O Estado de HUMBOLDT se define como Estado de Direito, na exata medida em que a tarefa do Direito é delimitar e assegurar a esfera de liberdade e propriedade individual e a única função do Estado é proteger o ordenamento jurídico reduzido a tal

⁵¹ Ibid., p. 59.

tarefa⁵².

2.4.1.1. Natureza e elementos do Estado de Direito liberal

Convém lembrar que para a burguesia ascendente, como visto, mais que um conceito filosófico o Estado de Direito era, sobretudo, um conceito de luta política dirigida simultaneamente contra a imprevisibilidade reinante no Estado de Polícia e contra as barreiras sociais legadas pela sociedade estamental. É justamente para garantir um núcleo de direitos fundamentais interpretados e integrados à luz dos valores supremos da iniciativa privada, da segurança da propriedade e das exigências de calculabilidade requeridas pelo funcionamento do sistema capitalista que se orienta o projeto de racionalização do Estado levado a cabo pela burguesia⁵³.

A "adjetivação" liberal do Estado de direito, advém não do princípio de limitação jurídica do Estado dirigida à garantia dos direitos e liberdades fundamentais, mas sim da concretização particular que as técnicas jurídicas de limitação assumem no contexto do Estado liberal e, sobretudo, do condicionamento dos direitos fundamentais pelos valores burgueses⁵⁴.

2.4.1.1.1. Os Direitos Fundamentais

Inspiradas em LOCKE, as Constituições do liberalismo e as respectivas Declarações de Direitos consagram as liberdades individuais, o que não significa que o poder soberano concede direitos aos

⁵² Ibid., p. 67.

⁵³ Ibid. p. 68.

particulares, mas tão só que reconhece juridicamente os direitos originários dos homens e os proclama solenemente com a finalidade de melhor os garantir⁵⁵.

Associada ao ineliminável individualismo que acompanha a separação Estado-sociedade, a caracterização liberal dos direitos fundamentais concebe-os essencialmente como esferas de autonomia a preservar da intervenção do Estado; a sua realização não pressupõe a existência de prestações estatais, mas apenas a garantia das condições que permitam o livre encontro das autonomias individuais⁵⁶.

Portanto, seriam verdadeiros direitos fundamentais os direitos do homem *individual*, isolado e abstrato, tais como a liberdade de consciência, a liberdade pessoal, a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência, a propriedade privada. Negando-se a mesma característica aos direitos que envolviam o homem na sua relação com os outros homens - tais como a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de culto, a liberdade de reunião e a de associação - que só podiam ser considerados direitos fundamentais enquanto se mantivessem apolíticos, ou seja, não se admitia a luta de classes quando se tentasse exercer esses direitos através de associações. Caso típico que serve de exemplo para esta situação era a liberdade sindical e o direito à greve que, destruindo os pressupostos do livre encontro das esferas de autonomia individual, deixariam de se situar na área de liberdade garantida pelo Estado de Direito liberal, antes sendo considerados como formas de sedição, de promoção de interesses mesquinhos, egoísticos, opressores da

⁵⁴ Ibid. p. 70.

⁵⁵ Ibid. p. 72.

⁵⁶ Ibid. p. 73.

verdadeira liberdade⁵⁷.

2.4.1.1.2. Os Direitos Subjetivos Públicos

Desenvolvida principalmente na doutrina alemã da segunda metade do século XIX, a Teoria dos Direitos Subjetivos Públicos tem como expositores GERBER e JELLINEK. Parte da concepção do Estado como pessoa jurídica que mantém com os particulares relações de caráter jurídico (mesmo quando o Estado e os entes públicos surgem investidos de soberania), considera o Estado e os particulares - igualmente considerados como sujeitos de direitos - titulares de posições subjetivas que, na medida em que são tuteladas pelo direito, se revelam como direitos subjetivos (de natureza pública) e correspondentes deveres⁵⁸.

É compatível tanto com a fundamentação jusnaturalista francesa dos direitos fundamentais, concebidos como limites exteriores e originários à soberania do Estado, quanto com a construção germânica - que vê no Estado a fonte, condição e medida dos direitos concedidos aos particulares num processo de auto-limitação da soberania estatal⁵⁹.

Para poder se diferenciar os conceitos de direitos fundamentais e direitos subjetivos públicos há que se observar, segundo MIRANDA, que os direitos subjetivos públicos abrangem, para além dos direitos

⁵⁷ Ibid., p. 74-75. Em ensaio escrito no outono de 1843 e publicado nos Anais franco-alemães, no princípio de 1844, MARX problematiza as posições adotadas por Bruno BAUER a respeito da possibilidade de emancipação civil, política dos judeus alemães, enfrentando os dilemas da própria emancipação política do homem no contexto do Estado de Direito Liberal. Para MARX, o direito de liberdade no Estado Liberal está no mesmo patamar do direito de propriedade, sendo um impeditivo, assim, da emancipação política do homem. MARX, Karl. **A questão judaica**. In: **Manuscritos económicos-filosóficos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: edições 70, 1993. p. 35-73.

⁵⁸ NOVAIS, op. cit., p. 77.

⁵⁹ Ibid. p. 77-78.

fundamentais, direitos que relevam do Direito administrativo, do Direito fiscal ou do Direito processual e incluem tanto direitos dos particulares como direitos de entidades públicas⁶⁰.

JELLINEK defende a teoria dos direitos subjetivos públicos como elemento indissociável da sua teoria da auto-limitação do Estado e do Estado de Direito⁶¹.

Para o autor germânico o que distingue o Estado moderno dos outros Estados é o reconhecimento dos seus súditos como pessoas, como sujeitos de direito capazes de reclamar eficazmente a tutela jurídica do Estado. Desta forma o Estado moderno exerce a sua soberania sobre homens livres aos quais reconheceu, através de um processo de auto-limitação, uma personalidade jurídica. Por pertencer ao Estado, o indivíduo situa-se, nas relações que com aquele estabelece, em condições juridicamente relevantes. Portanto, *"as pretensões jurídicas que resultam de tais condições são o que se designa por direitos subjetivos públicos. Os direitos subjetivos públicos consistem, pois, (...) em pretensões jurídicas (Ansprüche) que resultam*

⁶⁰ MIRANDA, Jorge. Aditamentos de Direito Constitucional. Lisboa: [s.n.], 1982. p. 144 e segs. *Apud* NOVAIS, op. cit., p. 77. Adotam posicionamento contrário FERRAJOLI e CADEMARTORI ao defenderem que os direitos fundamentais, abrangidos pela categoria direitos subjetivos, são princípios axiológicos de justificação do Estado, fundantes e não fundados por este, que ao serem incorporados à ordem normativa, convertem-se em normas de nível constitucional. A respeito veja-se CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade - uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 38-40 e FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995. p. 912-915.

⁶¹ "El Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un Derecho respecto a sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el Derecho nazca, a aplicarlo y a mantenerlo.

Para Jellinek la convicción de que el Estado está obligado por su Derecho tiene profundas raíces psicosociales. su fundamento último estriba en la convicción inmediata de la obligatoriedad de su fuerza determinante y normativa. El Derecho se caracteriza porque sus normas regulan el comportamiento recíproco exterior de los hombres; sus normas son dictadas por una autoridad exterior reconocida y, por último, su obligatoriedad la garantiza una fuerza externa. VERDÚ, Pablo Lucas. **Estudio Preliminar**. In: JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. LII.

diretamente de condições jurídicas (Zustände) "⁶².

Os diferentes estágios da posição do indivíduo relativamente ao Estado decorrentes da classificação de JELLINEK são os seguintes: **a)** *status* passivo, *status subjectionis* (estágio de subordinação, de ausência de autodeterminação individual e, logo, de personalidade); **b)** *status* negativo, *status libertatis* (estágio em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem da intervenção do Estado); **c)** *status* positivo, *status civitatis* (estágio em que o indivíduo tem direito a prestações a serem fornecidas pelo Estado) e **d)** *status* ativo, *status activae civitatis* (estágio em que o indivíduo já é sujeito do poder político, tem direito a participar no exercício do poder)⁶³. Destes estágios são corolários os direitos públicos do Estado e os direitos de liberdade, cívicos e políticos dos súditos, que engrandecem sucessivamente a vontade do indivíduo perante o Estado que passa a ter deveres de prestação para com os indivíduos.

2.4.1.1.3. A Divisão de Poderes

A divisão de poderes tem duas facetas que devem ser analisadas: a da sua formulação teórica por MONTESQUIEU (mesmo que atribuída erroneamente⁶⁴) e a sua aplicação prática. Insiste-se nesta análise porque

⁶² JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subjectivi*. Milão: [s.n.], 1912. Trad. italiana de *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2ª ed. Tübingen, 1905. 1ª ed. em 1892. Apud NOVAIS, op. cit., p. 79.

⁶³ NOVAIS, op. cit., p. 80.

⁶⁴ "A ideia da divisão dos poderes alcançou desde John Locke (1632-1704), Henry Bolingbroke (1678-1751), Charles de Montesquieu (1689-1755) e David Hume (1711-1776) uma importância política fundamental. Converteu-se então em postulado do equilíbrio dos poderes e, desta forma, num elemento essencial da ideia liberal do Estado de Direito" (ZIPPELIUS, op. cit., p. 407). LOCKE, Segundo Tratado do Governo Civil, caps. XI, XII e XIII; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: 1981, págs. 33 e segs.

ela demonstra que a teoria da divisão de poderes de MONTESQUIEU, que concebia a divisão de poderes como valor abstrato e ideal de organização do Estado e segundo a qual deveria existir uma rigorosa separação entre três poderes, recobrando cada um uma função própria: o executivo (rei e ministros), o legislativo (parlamento) e o judicial (corpo de magistrados), ocultava outros interesses que podem ser observados na sua aplicação prática.

O autor de "O Espírito das Leis" propunha a distribuição das funções do Estado pelos vários titulares, não em termos, porém, de uma repartição-separação, mas antes de uma colaboração implicada nas *faculté de statuer* e *faculté d'empêcher* em que decompunha cada um dos poderes⁶⁵.

O que MONTESQUIEU pretendia, segundo EHRHARDT SOARES, era "*assegurar uma forma de Estado equilibrado, uma constituição mista em que os elementos monárquico, aristocrático e democrático se balanceassem para garantir os direitos adquiridos*"⁶⁶. A conjugação daqueles elementos monárquico, aristocrático e democrático correspondia essencialmente à tentativa de forjar um equilíbrio entre as forças sociais (as três *puissances*: rei, nobreza e povo) que sustentavam os poderes legislativo e executivo. Portanto, a teoria da divisão de poderes do Estado, mais que especialização jurídico-funcional, "*é, politicamente, uma forma de*

⁶⁵ "Chamo *faculdade de estatuir* o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo *faculdade de impedir* o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro." MONTESQUIEU, Charles.... **O Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 151; cf. tb. NOVAIS, op. cit., p. 82-83. "Cada poder não estava restrito apenas à produções dos atos inerentes à sua própria função, cabendo-lhe também interferir em atos de outros órgãos, contribuindo para a produção de seus efeitos ou impedindo que eles se dêem." MIRANDA, op. cit., p. 150.

⁶⁶ SOARES, R. Ehrhardt. **Direito Público e sociedade técnica**. Coimbra: [s.n.] 1969. p. 147. **Apud** NOVAIS, op. cit., p. 84.

equilibrar (...) forças da sociedade que pretendem alcançar um monopólio sobre ele"⁶⁷. Resta saber então quais seriam os interesses subjacentes à divisão de poderes concretizadas no Estado de Direito liberal.

A teoria de MONTESQUIEU avalizava os interesses de uma aristocracia [mal] colocada entre a concentração do poder real e a ascensão da ordem burguesa⁶⁸. Por isso opta-se por apreender o sentido da realização prática do modelo da divisão dos poderes pelo Estado liberal do século XIX e centra-se a análise em dois princípios que irão nortear a verdadeira natureza da divisão de poderes como técnica de organização do Estado, visando a garantia das liberdades individuais: o império da lei e o princípio da legalidade.

2.4.1.1.3.1. Império da Lei

O Estado liberal, como já foi visto, fundamenta-se na idéia de separação Estado-sociedade, segundo a qual a não intervenção do Estado tinha como contrapartida a auto-regulação da esfera social, baseada no entendimento-concorrência das autonomias individuais regulando juridicamente os seus interesses - qualquer que fosse a sua natureza - através da figura do contrato. Porém, restava ainda por resolver uma questão: a legalidade do Estado de Direito liberal teria de superar a velha dicotomia entre lei entendida como *ratio*, segundo a qual as leis positivas não teriam outra função nem outro fundamento de validade que não fosse o de determinar o "*justo natural*"⁶⁹, e lei entendida como expressão incondicionada da vontade

⁶⁷ NOVAIS, op. cit., p. 84.

⁶⁸ Ibid. p. 85.

⁶⁹ NEVES, Castanheira. **A Revolução e o Direito**. Lisboa: [s.n.], 1976. p. 222 e segs. **Apud** NOVAIS, op. cit., p. 87.

política do soberano (que encontra plena tradução no *Leviathan* de HOBBS - "*auctoritas non veritas facit legem*")⁷⁰.

Seria ROUSSEAU quem unificaria estas exigências numa síntese que, posteriormente completada por KANT, resultaria no entendimento iluminista da lei recebido pela Revolução Francesa e que viria a constituir as bases teóricas do "império da lei" e da específica divisão de poderes consagrados pelo Estado de Direito liberal⁷¹.

Portanto,

Nesta concepção de lei, entendida não como comando configurador, mas como quadro formal de garantia das liberdades e da segurança da propriedade, o Estado de Direito liberal realizava-se como *Estado de Razão*, como *reino de leis*, onde a cooperação da representação popular garantia a realização de uma justiça imanente ao livre encontro das autonomias individuais e o carácter geral e abstracto das leis assegurava a segurança e a previsibilidade requeridas pela auto-regulação do mercado⁷².

Como consequência do acima exposto temos que, o Império da Lei traduz-se a nível político na soberania do poder legislativo, pois a vontade geral só é soberana quando atua por via geral e abstrata, ou seja, no seu momento legislativo; assim, dentre os órgãos constitucionais - e das forças sociais que os hegemonizam - será soberano quem detiver a função legislativa⁷³.

⁷⁰ "1. Em todos os Estados o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou numa assembléa, como numa democracia, ou numa aristocracia. Porque o legislador é aquele que faz a lei. E só o Estado prescreve e ordena a observância daquelas regras a que chamamos lei, portanto o Estado é o único legislador. Mas o Estado só é uma pessoa, como capacidade para fazer seja o que for, através do representante (isto é, o soberano), portanto o soberano é o único legislador." HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 208.

⁷¹ NOVAIS, op. cit., p. 87.

⁷² NOVAIS, op. cit., p. 89.

⁷³ MOREIRA, José Carlos. O princípio da legalidade na Administração. *in* BFDC,

Para EHRHARDT SOARES, através de uma divisão de poderes globalmente condicionada pelo reconhecimento do Império da Lei se conseguiu:

instituir um sistema que legislativamente exprime os interesses da classe burguesa; apresentá-lo como um instrumento que não pretende preocupar-se com interesses particulares, nem mesmo com a sua soma, mas somente com a descoberta do direito justo; furtar a sociedade a todo o domínio, porque o "domínio da lei" não é de homens, mas da ordem natural; e finalmente fornecer à burguesia a satisfação do seu desejo de certeza ou daquela garantia de calculabilidade que MAX WEBER apontava como sentimento constante em todas as burguesias⁷⁴.

2.4.1.1.3.2. O Princípio da Legalidade

Manifestação das concepções jurídicas da Revolução Francesa e reação direta contra as técnicas de governo do Absolutismo, o Direito Administrativo, está a serviço de uma idéia substancial de Direito: assegurar a liberdade do cidadão, daquele que no período pré-revolucionário estava situado apenas como simples súdito passivo em relação a um poder "ajeno y transcendente"⁷⁵.

A consolidação desta concepção de Direito, que necessariamente está vinculada à uma concepção de Estado de Direito, vai orientar toda evolução política ocidental até nossos dias. A novidade que o princípio da legalidade inaugura é que "*toda acción singular del poder esté justificada en una Ley previa*"⁷⁶.

Três aspectos são fundamentais para se entender o princípio da legalidade: 1º) toda atividade

1949, vol. XXV, pág. 391. *Apud* NOVAIS, op. cit., p. 89.

⁷⁴ EHRHARDT SOARES, op. cit., p. 90.

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo et. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., p. 362. (alheio e transcendente).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 363. (toda ação singular do poder esteja justificada em uma lei prévia).

administrativa - e não só as atividades privadas da Administração, como no Estado de Polícia - fica subordinada à lei; 2º) a atividade administrativa, com base na sua submissão à lei, assume caráter jurídico e 3º) com base na sujeição da Administração ao controle dos tribunais, os particulares adquirem garantias que lhes asseguram o cumprimento da lei pela Administração.

A construção histórica do princípio se dá em duas fases, quais sejam: a primeira fase é a da preferência ou prevalência da lei, em que a vinculação legal da Administração se traduzia na obrigatoriedade de não violar a lei, de atuar dentro dos seus limites, já que ela possuía preferência face às restantes atividades do Estado. A supremacia da lei significava tão só que os atos de grau inferior não podiam ser dirigidos *contra legem*.

A segunda fase se dá no momento em que se observa o princípio de reserva de lei. Não bastava que os atos da Administração não violassem a lei e os direitos subjetivos que esta consagrava, mas exigia-se também que certos domínios - a liberdade e a propriedade individuais - só pudessem ser regulados por lei ou com base numa lei⁷⁷. Entretanto, o gradual aperfeiçoamento da produção legislativa somado ao aumento da importância do Parlamento dentro da monarquia constitucional propiciou a evolução do princípio da reserva da lei para princípio da reserva total de lei, segundo o qual toda a atividade administrativa, independentemente da natureza que revestisse ou da área em que se verificasse, pressupunha a existência de um fundamento legal, ou seja, um processo de execução da lei. O problema se concentrava em

⁷⁷ NOVAIS, op. cit., p. 91-100.

determinar o sentido desse processo executivo.

A primeira tentativa de solução do problema considerou tal execução um simples particularização na atuação concreta dos mandados abstratos das normas, apoiada no exemplo histórico da sentença judicial aplicativa da lei própria das práticas processuais revolucionárias francesas. Sob tal esquema judicial se forjou o conceito chave de ato administrativo⁷⁸.

Essa solução foi repudiada mais tarde ao se verificar que não se pode explicar a posição da lei frente à Administração com o mesmo raciocínio da posição da lei frente aos Tribunais. A diferença foi teoricamente apresentada por STAHL da seguinte forma: os Tribunais têm como função própria realizar a execução da lei (adequação da hipótese normativa ao caso concreto), já a Administração tem como função própria realizar os diversos fins públicos materiais, devendo fazê-lo dentro dos limites da lei⁷⁹. A esta nova explicação está ligada a idéia do poder administrativo discricionário.

No início esta idéia de discricionariedade, posteriormente denominada de doutrina da vinculação negativa da Administração, possibilitou o surgimento do vezo monárquico na Administração pública ao admitir a liberdade da atuação administrativa resumida na seguinte fórmula: a Administração poderia fazer não só o que a Lei expressamente autorizasse, mas tudo aquilo que a Lei não proibisse⁸⁰.

A reação a esta doutrina se deu através da produção teórica kelseneana, que teve como figura principal o administrativista MERKL. Esta nova concepção, chamada de vinculação positiva da

⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo et FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., p. 365-366.

⁷⁹ Ibid., p. 366.

⁸⁰ Ibid., p. 367-368.

Administração pela legalidade, defende o condicionamento da Administração no seu conjunto ao Direito Administrativo e de cada ação administrativa isolada a um preceito jurídico-administrativo que admita semelhante ação. Portanto, se uma ação pretende apresentar-se como ação administrativa deve ser legitimada por um preceito jurídico que preveja semelhante ação, senão não poderá ser compreendida como ação do Estado⁸¹.

2.4.2. Social

O esgotamento do Estado liberal se dá após a Primeira Guerra Mundial, momento em que os Estados realizam experiências políticas intencionadas em superar os pressupostos e as realizações do Estado liberal. As alternativas soviética, fascista e nacional-socialista ao modelo liberal afetavam o cerne do Estado de Direito. Eis que surge, então, uma terceira direção que prima pela conservação do Estado de Direito mas rompe com sua adjetivação liberal.

Por via de consequência a idéia de separação Estado-sociedade será reavaliada, dando novo sentido ao Estado Social ao intencionar uma estatização da sociedade e socialização do Estado⁸².

2.4.2.1. A estatização da sociedade e a socialização do Estado

Ao se reavaliar a relação entre sociedade e Estado não significa que não tenha havido nenhum tipo de intervenção do Estado na esfera econômica. Pelo contrário, há antecedentes de assistência social no

⁸¹ Ibid., p. 368.

⁸² Ibid., p. 189.

Estado liberal como as *poor laws* no século XVII na Grã-Bretanha que tentavam organizar a assistência social de forma sistemática⁸³. Porém, é através das lutas populares e de intenções políticas de reforma social no século XIX que se assiste nos países europeus ao progressivo estabelecimento por parte do Estado de seguros contra acidentes de trabalho ou doenças profissionais e ao aparecimento de uma legislação laboral tendente a refrear os excessos mais chocantes do capitalismo selvagem, representados principalmente nas jornadas de trabalho e no trabalho infantil e feminino⁸⁴. Destacam-se como pensadores de uma política de reforma social Lorenz von Stein⁸⁵ e Ferdinand Lassale⁸⁶.

A consagração constitucional dos direitos sociais, visto que representa a incorporação de um novo *ethos* político que surge após a Primeira Guerra Mundial, não é o que define o Estado Social, como pode-se pensar à primeira vista. É, contudo, a mudança das concepções políticas, agregadas à necessidade de dar respostas à nova sociedade que começa a se estruturar, caracterizada pela cultura de massas, planificação - inclusive capitalista -, sociedade de consumo, constante progresso da técnica⁸⁷ que dão as condições necessárias e impulsionam este novo *ethos*.

Como ressalta NOVAIS,

⁸³ Ibid., p. 189.

⁸⁴ Ibid., p. 189.

⁸⁵ Sobre a Teoria da Sociedade de Von STEIN cf. GARCIA-PELAYO, Manuel. **Escritos Políticos y Sociales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 121-155.

⁸⁶ Lassale foi figura marcante na história política prussiana. Dentre os vários escritos que deixou destacam-se o Manifesto Operário e, particularmente ao Direito Constitucional, "E agora o quê?" no qual defende a tese da Constituição como folha de papel à mercê das forças reais de poder. Sobre o autor ver: LASSALE, Ferdinand. **Manifiesto Obrero y otros escritos políticos**. Trad. Joaquin Abellan Garcia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. 337 p.

só o impacto provocado pela I.^a Guerra Mundial estimularia uma alteração radical na forma de conceber as relações entre o Estado e a Sociedade, podendo dizer-se que ela marca o termo do optimismo liberal fundado na ideia de uma justiça imanente às relações sociais autónomas e livremente desenvolvidas a partir da auto-regulação do mercado. De facto, não obstante as crises, o desemprego ou as guerras que até então se verificaram, a tendência global ia no sentido do desenvolvimento económico, da expansão dos mercados, do progresso técnico e da conseqüente elevação do nível de vida da população, factores que, aliados à homogeneidade da direção política, reforçavam a fé nas virtudes da livre concorrência e confinavam genericamente a actividade do Estado à garantia da segurança política, social e jurídica das relações de troca regidas pelo direito privado, à produção das infra-estruturas requeridas pelo funcionamento do sistema e a uma intervenção dirigida à prevenção das perturbações aos mecanismos do mercado ou ao seu eventual restabelecimento⁸⁸.

Este novo Estado tem por função precípua garantir a *integração existencial*, ou seja, se responsabiliza pela *Daseinsvorsorge* como designado pela publicística alemã.

O conceito, desenvolvido por Ernst Forsthoff, traduz-se nas seguintes categorias: *espaço vital*, que é o conjunto de bens, serviços, relações e situações materiais ou culturais em cujo âmbito o homem desenvolve a sua existência; dentro dele há o *espaço vital dominado* e o *espaço vital efectivo*. O primeiro é integrado por tudo que lhe é atribuído - independentemente da condição de proprietário - de forma tão íntima ou intensa que o homem concreto pode permanentemente dispor e utilizar numa relação de senhorio ou predomínio (é, assim, o caso da sua propriedade, do seu poço, da sua casa, da sua oficina ou do seu posto de trabalho na fábrica); o *espaço vital efectivo* é constituído, por sua vez, por todos os bens ou serviços que o homem não domina, que lhe são alheios, mas em cujo âmbito decorre efetivamente a sua

⁸⁷ DÍAZ, op. cit., p. 97.

existência concreta (o sistema de transportes e telecomunicações, os serviços de água, eletricidade, gás, o ordenamento urbanístico).

Ao analisar as alterações produzidas no espaço vital a partir do século passado, Forsthoff conclui pela constatação de duas tendências irreversíveis: por um lado, as grandes concentrações urbanas e as deslocamentos das populações dos seus locais de origem provocam uma redução decisiva do âmbito do *espaço vital dominado*; paralelamente, o progresso tecnológico compensa aquela redução através do alargamento constante do *espaço vital efetivo*. Esta transformação nas condições de desenvolvimento da existência - em que tendencialmente o homem perde o domínio e controle sobre um cada vez mais amplo conjunto de bens e serviços que utiliza para viver - repercute-se decisivamente no plano das funções do Estado, na medida em que a diminuição progressiva da auto-suficiência (relativamente à qual não se pode fazer uma valoração negativa, pois este processo pode ir a par e ser sentido como um aumento da liberdade perante o Estado e da felicidade individual) deve necessariamente ser compensada por uma atividade do Estado dirigida a assegurar as condições vitais de existência de que o homem carece, ou seja, pelo *daseinsvorsorge*⁸⁹.

São utilizados ainda como conceitos afins de Estado Social as expressões Estado Assistencial, Estado Providência, *Welfare State*, Estado de Bem-Estar, Estado de Partidos, Estado de Associações, Estado Administrativo, cada qual salientando aspectos do todo descrito anteriormente como Estado Social⁹⁰.

⁸⁸ NOVAIS, op. cit., p. 191.

⁸⁹ NOVAIS, p. 195, n.r.p. 455.

⁹⁰ Cf. GARCIA-PELAYO, op. cit., p. 13 e ss. e p. 48 e ss.; MOREIRA, Vital p. 115 e

2.4.2.2. Estado Social de Direito

A partir do momento que a Lei Fundamental de Bonn de 1949 inseriu a fórmula *sozialer Rechtsstaat* em seu texto, a doutrina constitucional alemã se deparou com o problema da compatibilização do novo princípio com o velho quadro conceitual do Estado de Direito⁹¹.

O debate girava em torno de todas as conseqüências que poderiam ser extraídas da consagração do Estado social de Direito como princípio estruturante da nova ordem jurídico-constitucional.

Duas posições se contrapunham a respeito do novo princípio: a) defesa da compatibilidade entre Estado de Direito e Estado social que via no *sozialer Rechtsstaat* um conceito que refletia a especificidade da nova ordem constitucional enquanto expressão contemporânea do ideal de *Estado de Direito*; b) defesa da incompatibilidade conceitual de um Estado social de Direito, cujo expoente maior foi Ernest FORSTHOFF⁹².

A adoção da expressão Estado Social de Direito impõe algumas mudanças voltadas para a garantia dos direitos fundamentais como fim basilar do Estado, bem como a exigência da racionalização de toda a sua atividade em função deste objetivo.

De maneira geral, o Estado não só está obrigado a omitir todos os comportamentos violadores das esferas de autonomia dos cidadãos, mas também deve criar as

SS.

⁹¹ A Constituição da Baviera (2 de dezembro de 1946) previa em seu art. 3º que: *Bayern ist ein Rechts-Kultur-und Sozialstaat* (Bayern é um Estado de Direito, Cultural e Social). A Carta Magna de Baden (22 de maio de 1947) em seu artigo 50 consagrava: *Baden ist ein demokratischen und sozialer Freistaat* (Baden é um Estado Democrático, liberal e social). Rheinland-Pfalz (Constituição de 18 de maio de 1947, artigo 74) e Würtemberger-Baden (Constituição de novembro de 1946, art. 43, 1) empregavam: *ein demokratisches und sozialer Volksstaat* (Estado democrático, social e popular). VERDÚ, op. cit., p. 82.

⁹² NOVAIS, op. cit., p. 205. Sobre o conceito de Constituição de Forsthoff ver CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador.**

condições que garantam o livre e igual desenvolvimento da personalidade individual e a realização da dignidade da pessoa humana.

No tocante aos direitos e liberdades individuais as exigências seguem três caminhos distintos: 1) fundamentalização dos direitos sociais em sentido lato, ou seja, sua consagração constitucional (expressa ou implícita) e projeção de uma relevância que os impõe ao reconhecimento de todos os órgãos e funções do Estado; 2) reinterpretação dos direitos, liberdades e garantias tradicionais à luz do novo princípio de sociabilidade que se reflete numa dependência e vinculação social do seu exercício ou mesmo numa compreensão do seu conteúdo, determinadas pela necessidade de garantir as condições de liberdade de todos os homens; 3) concepção dos direitos fundamentais não só como técnicas de defesa contra os abusos e violações provenientes da autoridade pública, mas também como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade e que, dirigidos igualmente contra os poderes particulares, adquirem relevância nas relações jurídicas privadas enquanto direitos contra terceiros⁹³.

2.4.3. Democrática

A adjetivação democrática carrega consigo a possibilidade de realização e proteção dos direitos fundamentais que tiveram sua compreensão estendida pelo Estado Social de Direito.

Em um contexto autoritário, quando não há o reconhecimento dos direitos políticos, a esfera da

Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 82 e seg.

⁹³ NOVAIS, op. cit., p. 213-214.

autonomia individual é amputada e os direitos fundamentais têm seus alcances e suas margens de atuação radicalmente modificados.

A possibilidade de se designar um Estado por um Estado Democrático de Direito pressupõe a existência efetiva das regras da democracia política: livre eleição de uma assembleia representativa de todos os cidadãos e a legitimação democrática de todos os órgãos de poder ao reconhecimento do pluralismo partidário, direito de oposição e princípio da alternância democrática, bem como os direitos de participação política (principalmente o sufrágio universal e o direito de associação) sem quaisquer discriminações de sexo, raça, idade, convicção ideológica ou religiosa e condição econômica, social ou cultural⁹⁴.

2.5. O Estado de Direito enquanto garantia

O modelo Estado de Direito comporta várias concretizações que caracterizam sua adesão a paradigmas políticos diversos. Contudo, faz parte de seu conceito nuclear a garantia dos direitos fundamentais da pessoa frente ao poder.

No próximo capítulo estudar-se-á a teoria jurídica do garantismo, que se entende ser a mais adequada para resgatar o caráter de Direito dos Estados contemporâneos e a que oferece o travejamento teórico mais propício para a análise do princípio da eficiência administrativa frente às garantias.

⁹⁴ NOVAIS, *op. cit.*, p. 222.

Capítulo III

O GARANTISMO

3.1. Introdução

O Garantismo, teoria que serve de base para este trabalho, deriva do Garantismo Penal desenvolvido por Luigi FERRAJOLI na obra *Diritto e Ragione*, publicada em 1989 na Itália e traduzida para o espanhol em 1995. Sobre a Teoria Geral do Garantismo, o autor, nos capítulos 13 (ponto de vista interno) e 14 (ponto de vista externo), expõe de modo geral suas características.

Convém lembrar que esta Teoria Geral do Garantismo ainda não é obra acabada, como nos informou FERRAJOLI em artigo recente¹. Porém, os elementos gerais de uma Teoria Garantista desenvolvidos nos capítulos acima referidos são suficientes para dar conta do modelo de Estado de Direito e propor um resgate de sua legitimação, conforme observou CADEMARTORI².

3.2. O que é o Garantismo?

Como expõe o próprio FERRAJOLI, a orientação que desde algum tempo se conhece pelo nome de Garantismo nasceu no campo penal como uma réplica ao crescente

¹ FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias.** in: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (Org.). **O novo em Política e Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 94. Em artigo publicado na revista *Doxa*, Ferrajoli apresenta alguns parágrafos extraídos dos primeiros três capítulos de uma Teoria Axiomatizada do Direito, com publicação futura pela editora Laterza sob o título *Principia iuris. Teoria giuridica della democrazia*. O método axiomático, explica Ferrajoli, parte da estipulação de um número limitado de termos primitivos e de postulados, da utilização como outros termos da teoria somente os termos definidos por meio dos primitivos ou os termos anteriormente definidos; da aceitação, enfim, como outras teses da teoria somente as que consistem em definições ou em teoremas derivados dos postulados, ou das definições, ou de outros teoremas sobre a base de regras de formação e de transformação previamente estabelecidas. A obra *Principia iuris*, explica o jurista italiano, compõe-se de quatro partes dedicadas, respectivamente, à deontica, ao Direito Positivo, ao Estado de Direito e às formas jurídicas da democracia. FERRAJOLI, Luigi. *Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una Teoría Axiomatizada del Derecho*, *Doxa*, [s.l.:s.n.], n° 20, p. 235-278, 1997.

desenvolvimento da divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores, assim como às culturas jurídicas e políticas que vêm avalizando-a, ocultando-a e alimentando-a, quase sempre em nome da defesa do Estado de Direito e do Ordenamento Democrático³.

A palavra Garantismo, porém, não está imune aos vários significados que lhe são atribuídos. Exemplo disso é a constatação de GUASTINI⁴.

Il sostantivo "Garantismo" deriva da "garanzia" (e i vocaboli corrispondenti nelle altre lingue) designa il sostegno, il supporto, il riparo, la difesa e la tutela di qualcosa. Nel lessico politico, quando si parla di garanzia, e di garantismo, si intende indicare i sostegni, supporti, ripari, difese, tutele che accedono ad un bene specifico, e questo bene specifico è costituito da posizioni degli individui nella società politica, cioè dalle libertà individuali. Un ulteriore restringimento del significato del termine "Garantismo" ci proviene dalla nostra tradizione linguistica e politica: le garanzie (...) delle individuali libertà che vanno sotto il nome di "Garantismo" sono difese, tutele, sostegni di carattere giuridico, sono cioè gli strumenti con cui il diritto assicura un certo numero di libertà individuali, che vengono precisate, definite, o instituite dal diritto stesso. [...] "Garantismo" può riferirsi ad una organizzazione giuridica oppure può riferirsi ad un atteggiamento dei vari tipi di operatori giuridici nelle loro attività volte ad applicare o a modificare il diritto. Una organizzazione giuridica si dice garantista quando include strutture e istituti atti a sostenere, offrire riparo, difendere e tutelare delle ben definite libertà individuali. Un operatore giuridico si dice garantista quando rivolge le sue attività ad aumentare il numero o l'efficacia delle strutture e degli strumenti offerti dall'organizzazione giuridica per tutelare, difendere ecc. le libertà individuali⁵.

²CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade - uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 11.

³FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995. p. 851.

⁴GUASTINI, Ricardo. I fundamenti teorici e filosofici del Garantismo. in: CASTIGNOLLE, S. **L'ope a di Cio-an/li Tarello nella cn itn a ginlidica e contenporanea**. Mulino, 1989, p. 34-346.

⁵ (O substantivo "Garantismo" deriva de "garantia" (e os vocábulos correspondentes em outras línguas) e designa o sustento, o suporte, o reparo, a defesa, a tutela de alguma coisa. No léxico político, quando se fala de garantia, e de Garantismo, entende-se indicar os suportes, apoios, reparos, defesas, tutelas que possibilitam o acesso a um bem específico e este bem específico é consituído pelas posições dos indivíduos na Sociedade política, ou seja, pelas

Além do aspecto etimológico, faz parte da discussão inicial sobre o Garantismo a sua definição filosófico-política. As posições vão se concentrar na idéia de lhe atribuir uma maior ou menor vinculação ao liberalismo político.

Dentro dessa ótica, RESTA afirma que o Garantismo é

un liberalismo "sui generis". La motivazione è che, da una parte, egli aderisce ad un modello di "stato sociale di diritto", "ossia ad un ordinamento che conferisce e garantisce non solo diritti di liberta, ma altresì diritti sociali", dall'altro "non si estende al diritto di propieta e neppure quindi alle liberta economiche" che lo presuppongono. Per questo - è la conclusione di Guastini - il Garantismo è, per così dire, "monco"⁶.

GIANFORMAGGIO, por sua vez, volta as atenções para a autonomia do Garantismo enquanto Teoria do Direito, ressaltando que

Il Garantismo di FERRAJOLI e una teoria del diritto a fianco di altre teorie; e non è riducibile a nessuna, pur essendo

liberdades individuais. Uma outra limitação quanto ao significado do termo provém da nossa tradição lingüística e política: as garantias (...) das liberdades individuais que tomam o nome de garantismo são defesas, tutelas, apoios de caráter jurídico, são portanto os instrumentos com os quais o Direito assegura um certo número de liberdades individuais que são sistematizados, definidos ou instituídos pelo próprio Direito. (...) O termo garantismo pode referir-se a uma organização jurídica ou pode referir-se a atitude dos vários tipos de operadores jurídicos nas suas atividades destinadas a aplicação ou modificação do Direito. Uma organização jurídica diz-se garantista quando inclui estruturas e instituições aptas a manter, oferecer proteção, defender e tutelar algumas liberdades individuais bem definidas. Um jurista diz-se garantista quanto dirige suas atividades para o aumento ou eficácia das estruturas e dos instrumentos oferecidos pela organização jurídica para tutelar, defender, etc, as liberdades individuais.)

⁶ RESTA, Eligio. *La ragione dei diritti*. in: GIANFORMAGGIO, Leticia. **Le Ragioni del Garantismo**. Torino: Grappichelli, 1993.p. 1. (um liberalismo *sui generis*. A motivação é que, de uma parte, ele adere a um modelo de "Estado social de Direito", "ou seja, a um ordenamento que confere e garante não só direitos de liberdade, mas principalmente Direitos sociais", contudo "não se estende ao Direito de propriedade e nem mesmo por esta razão à liberdade econômica" que o pressupõe. Por isso - é a conclusão de Guastini - o Garantismo é, por assim dizer, "incompleto").

*parnicolarmente tributaria nei confronti di alcune di esse, pur essendo specialmente vicina ad altre.*⁷

A polissemia do substantivo Garantismo não é afastada por FERRAJOLI, pelo contrário, possibilita ao autor desenvolver uma teoria que comporta três sentidos diversos, porém, interrelacionados: **um modelo normativo de Direito; uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas e uma filosofia do Direito e crítica da política**⁸.

3.2.1. As três acepções do Garantismo

Enquanto **modelo normativo de Direito** Garantismo quer significar um tipo ideal próprio do Estado de Direito. Este modelo normativo no caso do Direito penal é entendido segundo três planos:

*en el plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos*⁹.

A partir do modelo normativo garantista o estudioso pode identificar sistemas que apresentem graus de Garantismo diferenciados na medida em que se aproximem ou se distanciem do modelo limite. Portanto, por se tratar de um modelo limite, deve-se falar de graus de Garantismo e não apenas de sistemas garantistas ou antigarantistas. Se um sistema normativo de Direito penal, p. ex., atende

⁷ GIANFORMAGGIO, Leticia. Diritto e ragione tra essere e dover essere. in: GIANFORMAGGIO, Leticia. **Le Ragioni del Garantismo**. Torino: Grappichelli, 1993. p. 2. (O Garantismo de Ferrajoli é uma teoria do Direito como outras tantas teorias; e não é reduzível a nenhuma delas, mesmo sendo particularmente tributária no confronto de alguma dessas, por ser especialmente vizinha de alguma).

⁸ FERRAJOLI, op. cit., p. 851-853.

⁹ (no plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à pretensão

aos princípios constitucionais, pode-se dizer que o mesmo apresenta níveis altíssimos de Garantismo. Porém, se suas práticas efetivas estão em desacordo com o modelo normativo, o sistema apresenta graus baixíssimos de Garantismo. Portanto, a análise pode ser feita a partir das antinomias que o sistema normativo apresenta e de suas práticas efetivas em relação às normas legais¹⁰.

Na sua segunda acepção o Garantismo estabelece uma diferença entre **ser e dever ser no Direito**. Esta abordagem designa uma **teoria jurídica** que redefine os conceitos de **validade, vigência e eficácia** a partir do moderno Estado constitucional de Direito, o qual é identificado pela incorporação de diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais.

Com relação à validade, o Garantismo rompe com a tradição positivista que reduzia a validade de uma norma à sua eficácia ou à sua mera validade formal ou vigência (existência jurídica) ao demonstrar que uma norma para ser válida deve obedecer não somente aos seus requisitos procedimentais, mas também aos substanciais. A correspondência aos critérios formais de produção

punitiva do Estado em garantia dos Direitos dos cidadãos). Ibidem, op. cit., p. 851.

¹⁰ Adecua-se ao exemplo os direitos previstos no seguinte inciso do art. 5º da Constituição Federal: "XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;". O sistema normativo penal brasileiro ainda prevê no art. 38 do Código Penal que: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.". O transporte dos presos deve atender às exigências da Lei n.º 8.653 de 10/05/1993 que dispõe em seu art. 1º: "É proibido o transporte de presos em compartimento de proporções reduzidas, com ventilação deficiente ou ausência de luminosidade." A Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.120, de 11/07/1984), em seu art. 40, determina que: "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios". Portanto, pode-se dizer que normativamente o sistema penal tem graus elevados de garantismo. Todavia, é fato notório e incontestável que o sistema penitenciário brasileiro como um todo não atende a essas exigências, haja vista, por exemplo a superlotação de presídios, a falta de higiene nas celas, as constantes denúncias de maus tratos e torturas, o desrespeito aos direitos fundamentais como o que ocorre na Penitenciária de Florianópolis, onde as correspondências dos reclusos são abertas e vistoriadas. Tomando-se o aspecto do cumprimento efetivo desses deveres normativos impostos ao Estado, pode-se afirmar que o sistema penitenciário brasileiro apresenta graus baixíssimos de garantismo.

normativa, por sua vez, confere à norma o conceito garantista de vigência.

A eficácia, na análise garantista reside na observação da clivagem entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) e suas práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas), demonstrando que os primeiros são válidos porém ineficazes e as segundas são eficazes mas inválidas.

Para o Garantismo a correspondência entre vigência e validade no seio de cada ordenamento lhe poderá conferir justiça interna (ou legal), enquanto que a adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos, ou seja, a correspondência entre validade e justiça será designada de justiça externa¹¹.

Como **teoria jurídica** o Garantismo pode ser identificado com o positivismo jurídico por defender a forma estatal do Direito e a forma jurídica do Estado, a primeira sob o princípio *auctoritas, non veritas facit legem* e a segunda sob o *princípio da legalidade*. Contudo, distancia-se deste e assume característica crítica ao denunciar a confusão entre vigência e validade, própria das orientações normativistas¹² e a redução da validade

¹¹ Ibid. p. 367

¹² As orientações normativistas reduzem a validade à vigência ao admitirem como forma de reconhecimento de uma norma como pertencente a um ordenamento jurídico apenas os critérios formais de sua produção. O maior representante desta orientação é Hans Kelsen, para quem "O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de outra norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta." (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 210.). Pertence a esta orientação o jurista brasileiro Tércio Sampaio FERRAZ JR. que assinala o seguinte: "Para a dogmática jurídica, para que se reconheça a validade de uma norma é preciso, em princípio e de início, que a norma esteja integrada no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida. Por exemplo, terminada a fase constitutiva do processo dedutivo de norma legais (...), que ocorre com sua sanção, temos uma lei válida. Sancionada a norma legal, para que se inicie o tempo de

à eficácia feita pelas teorias realistas¹³, como forma de legitimação ideológica do Direito **inválido vigente**. Esta forma de abordagem coloca em questão dois dogmas do positivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao Direito positivo vigente.

sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma, diz-se, então, que a norma é vigente. Vigência é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma. (...)

*Pelo exposto, validade e vigência não se confundem. Uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida." (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 196-197.).*

¹³ O *Realismo Jurídico* reduz a validade à eficácia, afirmando que o direito real é aquele que os homens efetivamente aplicam em suas relações cotidianas, fazendo depender a validade da eficácia. Divide-se em três momentos: **Primeiro momento de reação anti-jusnaturalista e anti-formalista**, no qual se destaca a Escola histórica do direito (Savigny e Puchta); **Segundo momento da reação anti-jusnaturalista e anti-formalista**, pautado pela Concepção sociológica do Direito que surge da defasagem que vinha ocorrendo entre a lei escrita dos códigos (o direito válido) e a realidade social (o direito eficaz) depois da revolução industrial. Destacam-se neste o momento: o movimento do direito livre (Kantorowicz) - que defendia a livre criação normativa por parte do juiz; o pensamento de François Gény que contrapõe a técnica do direito, dirigida como fim secundário e subordinado a adaptar as regras jurídicas, às necessidades concretas da legislação, a qual corresponde encontrar, tendo em conta o dados históricos, ideais racionais e reais, as novas regras jurídicas; Eugenio Ehrlich - A lógica dos juristas - livre pesquisa do direito por parte do juiz e do jurista, que devem buscar as soluções às controvérsias não confiando tanto no dogma da vontade estatal passivamente adotado, mas penetrando no estudo do direito vivo, que a sociedade produz estando em permanente movimento; Felipe Heck - Jurisprudência dos interesses - polemiza contra o rígido estatismo e contra a jurisprudência dos conceitos. A tarefa devia ser julgar com base na avaliação dos interesses em conflito; **Terceiro momento da revolta antiformalista - concepção realista do direito**, Oliver Wendell Holmes - desqualificar o tradicionalismo jurídico das cortes, e introduzir uma interpretação evolutiva do direito, mais sensível às mudanças da consciência social; Roscoe Pound - defensor da figura do jurista sociólogo, o jurista que tem em conta, na interpretação e na aplicação do direito, os fatos sociais dos quais se deriva o direito e aos quais se dirige sua regulação; Jerome Frank - a tese principal da escola realista é esta: **não existe direito objetivo**, quer dizer objetivamente deduzível de fatos reais, oferecido pelo costume, pela lei ou pelos antecedentes judiciais; **o direito é uma permanente criação do juiz, o direito é obra exclusiva do juiz no momento em que decide uma controvérsia**. Com isto desaparece o princípio da certeza. Para Frank, a certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, é um mito que se deriva de uma espécie de aceitação infantil frente ao princípio de autoridade: um mito que tem de acabar para levantar sobre suas ruínas o direito como criação permanente e imprevisível. BOBBIO, Norberto. **Teoria General del Derecho**. Bogotá: Themis, 1987. p.20-25.

Outra característica que revela o teor crítico do Garantismo em relação ao positivismo jurídico dogmático é a tarefa incumbida ao jurista garantista de denunciar as antinomias e lacunas do ordenamento mediante juízos de invalidade das normas inferiores e de ineficácia das superiores. Pois, para o Garantismo a coerência e plenitude do ordenamento não são propriedades do Direito vigente, mas ideais limites do Direito *válido* que não refletem o ser do Direito mas o *dever ser* das normas inferiores em sua relação com as superiores. E o Direito vigente se caracteriza como *incompleto e incoerente* devido às violações de fato das proibições impostas ao legislador.

Os juízos sobre a vigência e aqueles sobre a validade de uma norma se diferenciam por serem os primeiros, juízos de fato (analisam a correspondência a critérios de forma) e os segundos, juízos de valor (analisam a adequação valorativa de normas inferiores às superiores). Por ser juízo de valor, o juízo de validade comporta um grau de discricionariedade que conduz a um espaço de ilegitimidade que não se pode reduzir; porém, isto não compromete o modelo do Estado de Direito de forma importante. FERRAJOLI aponta esta dissociação estrutural entre estes dois juízos como uma aporia teórica à qual o Garantismo está adstrito¹⁴.

Na terceira acepção, o Garantismo é identificado com uma **filosofia da política** que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência. É o que FERRAJOLI chama de "ponto de vista externo", ou seja, o ponto de vista *ex parte populi*, com o qual se permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre **ser e dever ser do Direito**.

¹⁴ Ibid. p. 875.

A partir destas três acepções se delineiam as características da **Teoria Geral do Garantismo**, a saber:

- a) o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito;
- b) a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior;
- c) a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade;
- d) a autonomia e a precedência do primeiro e um certo grau irredutível de ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele¹⁵.

A seguir serão abordadas cada uma das acepções do termo Garantismo, configuradoras da Teoria Garantista.

3.3. Um modelo normativo de Direito

O Estado de Direito para o autor italiano, que acompanha o pensamento de BOBBIO, é composto pelo governo *per leges* e governo *sub lege*, o que configura sua legitimação formal e legitimação substancial¹⁶.

Referindo-se ao Direito penal o autor afirma que Estado de Direito designa ambas as coisas: o poder judicial de descobrir e castigar os delitos é, em efeito, *sub lege*, enquanto que o poder legislativo de defini-los se exercita *per leges*; e o poder legislativo se exercita *per leges* enquanto, por sua vez, está *sub lege*, quer

¹⁵ Ibid. p. 854.

¹⁶ FERRAJOLI, **Derecho y Razón**, p. 856. "(...) gobierno **sub lege** o sometido a las leyes, o gobierno **per leges** o mediante leyes generales y abstratas". ([...] governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas). A propósito, veja-se BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia - uma defesa das regras do jogo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. 171 p.

dizer, está prescrita por lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal¹⁷.

O governo *sub lege* têm dois sentidos: o sentido **débil, lato ou formal** - onde qualquer poder deve ser *conferido* pela lei e exercido nas formas e procedimentos por ela estabelecidos¹⁸. Neste sentido são Estados de Direito todos os ordenamentos, inclusive os autoritários ou, pior ainda, os totalitários, nos quais em todo caso *lex facit regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal. É a noção de legalidade em sentido lato ou *validade formal*, que exige somente que sejam predeterminados por lei os sujeitos titulares e as formas de exercício de todo poder. O *Rechtsstaat* alemão é o exemplo de contextualização histórica deste modelo de Estado de Direito; e o sentido **forte, estrito ou substancial** - onde qualquer poder deve ser *limitado* pela lei, que condiciona não só suas formas mas também seus conteúdos. Aqui temos o exemplo de contextualização histórica do *The Rule of Law* inglês e do *Stato di Diritto* italiano. No sentido forte, estrito ou substancial, que necessariamente implica o primeiro sentido débil, lato ou formal, são Estados de Direito os Estados constitucionais - e, em particular, os de constituição rígida como é tipicamente o italiano e o brasileiro -, que nos níveis normativos superiores incorporam limites não só formais mas também substanciais ao exercício de qualquer poder. É a legalidade em sentido estrito, ou *validade substancial*, que requer além do mais que estejam legalmente pré ordenadas e circunscritas, mediante obrigações e proibições, as matérias de competência e os critérios de decisão¹⁹.

FERRAJOLI usa o segundo modelo como sendo o que caracteriza o "Estado de Direito Garantista", designando

¹⁷ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 856.

¹⁸ *Ibidem*, p. 856.

¹⁹ *Ibidem*, p. 856.

não somente um "Estado legal" ou "regulado pela lei", mas um modelo nascido das modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio de legalidade, em virtude do qual todo poder público - legislativo, judicial e administrativo - está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam suas formas de exercício e cuja observância se acha submetida a controle de legitimidade por parte de juizes separados do mesmo e independentes; b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos *Direitos fundamentais* dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa²⁰ em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, quer dizer, das proibições de lesar os Direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos Direitos sociais, assim

²⁰ Ibidem, p. 364. "Llamo **incorporación limitativa** a la incorporación de vinculaciones o imperativos negativos que en materia penal caracterizan al **Estado de derecho** y al modelo garantista de **derecho penal mínimo** expresado, en su forma ideal, por nuestro sistema SG". (ênfase acrescentada).

O sistema penal SG, denominado por FERRAJOLI de garantista, cognitivo ou de estrita legalidade é o que "incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de um modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas: **A1 Nulla poena sine crimine. A2 Nullum crimen sine lege. A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate. A4 Nulla necessitas sine iniura. A5 Nulla iniura sine actione. A6 Nulla actio sine culpa. A7 Nulla culpa sine iudicio. A8 Nullum iudicio sine accusatione. A9 Nulla accusatio sine probatione. A10 Nulla probatio sine defensione.** Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación." (ênfase no original) FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 93.

como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial²¹.

Daí se conclui que graças a estas duas fontes não existem, no Estado de Direito, poderes sem regulação e atos de poder incontrolláveis: nele todos os poderes se encontram limitados por deveres jurídicos, relativos não só à forma mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidade dos atos acionáveis judicialmente e, ao menos em teoria, de responsabilidade para seus autores²².

A *mera legalidade*, ao limitar-se a subordinar todos os atos à lei qualquer que seja, coincide com sua *legitimação formal*, enquanto que a *estrita legalidade*, ao subordinar todos os atos, incluídas as leis, aos conteúdos dos Direitos fundamentais, coincide com sua *legitimação substancial*²³.

3.4. Democracia e Estado de Direito

Aqui o jurista italiano propõe uma diferença conceitual entre Democracia e Estado de Direito a partir das regras de tomada de decisões que pode ser melhor sistematizada mediante a utilização de um gráfico elaborado por SERRANO²⁴:

Quem decide e como decide?	A maioria por maioria: Democracia	A minoria ou o tirano a seu arbítrio: Autocracia
Sobre o que não se pode decidir?	Liberdade e vida: Estado de Direito	Não há limites: Estado Absoluto
Sobre o que não pode o Estado deixar de decidir?	Igualdade como equiparação e fraternidade como solidariedade: Estado Social	Somente sobre segurança de contratação e garantias do mercado e a

²¹ Ibidem, p. 856-857.

²² Ibidem, p. 857.

²³ Idem, p. 857.

²⁴ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia - La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999. p. 65.

		propriedade: Estado Antisocial
--	--	---------------------------------------

Por se tratarem de regras relativas à autoridade de decisão e do seu procedimento, as de primeiro tipo estão vinculadas ao caráter politicamente democrático, ou, por outro lado, monárquico, oligárquico, autocrático do sistema político. As regras de segundo tipo dão conta do caráter de Direito ou não do sistema jurídico, podendo refletirem Estados absolutistas, totalitários ou mais ou menos de Direito. Está, assim, afastada a hipótese de que a maioria em uma democracia pode tudo, haja vista que a primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é, com efeito, que se deve decidir sobre tudo por maioria, mas que não se pode decidir (ou não decidir) sobre tudo, nem sequer por maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão²⁵. As de terceiro tipo conferem ao Estado sua característica social ou antisocial, que será melhor abordada no tópico abaixo.

3.4.1. Os Direitos Fundamentais: liberdades e expectativas.

Após discorrer sobre a problemática própria da relação existente entre a Democracia Política e o Estado de Direito, FERRAJOLI se debruça sobre outro aspecto pertinente ao Estado de Direito, sua adjetivação liberal ou social.

Para um Estado ser considerado como Estado de Direito liberal, segundo a análise desenvolvida pelo jurista italiano, há que se observar o caráter dos Direitos incorporados pelo ordenamento constitucional.

²⁵ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 859.

Existem, portanto, dois tipos de Direitos: a) **direitos de**, ou faculdades de comportamentos próprios, aos quais correspondem *proibições*, ou deveres públicos de não fazer, podendo-se citar como exemplos as liberdades fundamentais; e b) **direitos a**, ou, expectativas de comportamentos alheios, aos quais deveriam corresponder obrigações, ou deveres públicos de fazer.

O Estado de Direito liberal se caracterizará, portanto, pela incorporação somente de proibições em seu ordenamento constitucional. O Estado de Direito Social, por sua vez, restará caracterizado quando, pelo contrário, incorpore também obrigações, que requerem prestações *positivas* em garantia de Direitos sociais.

Muda, contudo, profundamente a estrutura normativa do poder estatal, não, tão somente, limitado negativamente por proibições de impedir e **direitos de**, mas, também, funcionalizado positivamente por obrigações de satisfazer os **direitos a**. Muda, igualmente, a base de legitimação do Estado: enquanto o Estado de Direito liberal deve somente *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o Estado de Direito social deve também *melhorá-las*; deve não só não representar para eles um inconveniente, mas ser também uma vantagem²⁶.

As garantias liberais ou negativas, baseadas em proibições, servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré políticas de existência: a vida, as liberdades, as imunidades frente aos abusos de poder e, hoje há que se acrescentar, a não nocividade do ar, da água e em geral do ambiente natural; as garantias sociais ou positivas, baseadas em obrigações, permitem pelo contrário pretender ou adquirir condições *sociais* de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, a moradia, a educação, etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e

²⁶ Ibidem, p. 862.

tem como tais uma função conservadora; as segundas se dirigem ao futuro e tem um alcance inovador²⁷.

3. 4. 2. A Redefinição do conceito de Democracia a partir do Garantismo

A análise garantista também recai sobre o conceito de democracia, diferenciando-a em formal e substancial. O ponto central da definição garantista da democracia é a relativização da utilização da regra segundo a qual a maioria, direta ou indireta, decide sobre tudo. Para tanto, ressalta-se o papel do Estado de Direito enquanto sistema de meta-regras em relação às regras da democracia política e resultado de um conjunto de garantias liberais e sociais. Enquanto para o Estado Liberal de Direito a regra é que *nem sobre tudo se pode decidir*, nem por maioria, para o Estado Social de Direito a regra é que *nem sobre tudo se pode deixar de decidir*, nem por maioria. A regra da maioria, portanto, servirá para o restante das decisões que não estejam limitadas substancial e democraticamente.

FERRAJOLI designará, portanto, democracia substancial ou social

al 'estado de derecho' dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y **democracia formal** o **política** al 'estado político representativo', es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad²⁸. (grifo no original)

A redefinição do conceito de democracia operada por FERRAJOLI importa na subordinação do princípio da democracia política de *quem decide* aos princípios da democracia social relativos ao *que não é lícito decidir* e

²⁷ Ibidem, p. 862.

²⁸ Ibidem, p. 864. (ao "estado de direito" dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais, e *democracia formal* ou *política* ao "estado político representativo", quer dizer, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade.)

ao que não é lícito deixar de decidir²⁹. Consequentemente, possibilita também considerar como substanciais, comparadas com as formais de democracia política, as normas secundárias que fazem referência ao que se deve ou não se deve decidir, e sociais, comparadas com as políticas em matéria de representação, podem ser suas funções, visto que, enquanto no Estado representativo a soberania repousa no povo, e seu exercício é legítimo quando expressa a vontade da maioria; no Estado de Direito as instituições políticas e jurídicas só se legitimam a partir do momento que tutelem e satisfaçam os interesses primários de todos³⁰.

Esta exigência de efetividade das normas primárias conduz à aporia da irredutível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos no Estado de Direito, apontada por FERRAJOLI. Esta situação deve ser entendida como própria da natureza dos valores incorporados ao ordenamento jurídico, visto que,

Corresponde a la naturaleza deóntica de los deberes, no importa que estén impuestos a poderes públicos, la posibilidad de ser violados. Y está en la misma naturaleza deóntica de los valores la imposibilidad de ser integralmente realizados³¹

3.5. Uma teoria do Direito

Enquanto Teoria do Direito o Garantismo se insere na tradição do pensamento jurídico do positivismo, assumindo seus postulados básicos com um olhar crítico que abre possibilidades para sua autonomização. Os postulados

²⁹ Ibidem, p. 865.

³⁰ Ibidem, p. 865. Sobre o tema da legitimidade veja-se CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade - uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Principalmente a Segunda parte do livro em que o assunto é problematizado e estudado extensivamente.

³¹ FERRAJOLI, **Derecho y Razón**, p. 866. (Corresponde à natureza deóntica dos deveres, não importa que estejam impostos a poderes públicos, a possibilidade de ser violados. E está na mesma natureza

jurídicos da forma estatal do Direito, forma jurídica do Estado e princípio da legalidade, legados indiscutíveis da Modernidade, consubstanciados através do positivismo jurídico, tornam-se os pilares da construção de uma Teoria Geral do Garantismo.

Esta construção teórica passa pela denúncia e diferenciação do Garantismo em relação a outras orientações teóricas do Direito. Disso resulta a conceituação de juspositivismo dogmático feita por FERRAJOLI *"a toda orientación teórica que ignora el concepto de vigencia de las normas como categoria independiente de las de validez y efectividad (...)"*³². Recebem esta denominação as orientações normativistas e realistas. As primeiras por assumirem como vigentes somente as normas válidas e as segundas por assumirem como vigentes somente as normas efetivas (Cf. 2.2.1. *supra*).

Por outro lado, conforme FERRAJOLI, poder-se-á denominar positivismo crítico a orientação que distingue a vigência das normas tanto de sua validade quanto de sua efetividade e sua implicação direta com a estrutura normativa do Estado de Direito proposta pelo Garantismo, que já fora objeto de análise no item 2.3.

O reflexo desta orientação crítica do positivismo se dá no modo de conceber dois dogmas do positivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao Direito positivo vigente. A adoção da divergência existente entre validade e vigência e sua conseqüência em relação à eficácia possibilita ao juiz estabelecer um juízo valorativo, no qual as normas em conflito tenham questionadas sua validade mediante sua apreciação em

deôntica dos valores a impossibilidade de ser integralmente realizados.)

³² FERRAJOLI, *Derecho y Razon*, p. 871. (a toda orientação teórica que ignora o conceito de vigência das normas como categoria independente das de validade e efetividade).

relação às normas constitucionais³³. FERRAJOLI defende a tese da obrigação do jurista emitir juízos de valor sobre as leis. Todavia, ressalta que ao assumir tal postura não está negando a separação entre Direito e moral e entre juízos de validade e juízos de justiça, mas reafirmando a tarefa do jurista - não só cívica e política, mas, acima de tudo científica de valorar a validade ou invalidade das normas conforme parâmetros de validade tanto formais quanto substanciais estabelecidos pelas normas de hierarquia superior³⁴.

É justamente sobre a questão dos juízos emitidos a respeito da vigência e da validade de uma norma que se apresentam duas aporias teóricas do Garantismo: a valoratividade e a discricionariedade dos juízos de validade. Para se averiguar se uma norma está ou não em vigência deve-se realizar um juízo de fato, tendo por parâmetro os âmbitos da vigência espacial, vigência pessoal, vigência material, vigência temporal, competência e procedimento, culminando na seguinte definição feita por SERRANO:

Juicio de vigencia es aquel construido por un intérprete autorizado de la ley que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y

³³ Aqui, por certo, radica uma das principais contribuições do Garantismo para a concretização dos Direitos fundamentais. Todavia, a interpretação das normas constitucionais constitui um dos pontos de investigação mais importantes para os estudiosos garantistas, tendo sido objeto de inúmeras pesquisas realizadas no Direito público, com destaque para os trabalhos de MÜLLER, Friedrich. **Direito, Linguagem, Violência - Elementos de uma teoria Constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995; HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983; e entre os juristas brasileiros de orientação garantista STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

³⁴ FERRAJOLI, **Derecho y Razón**, p. 874.

destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad³⁵.

Sobre o juízo de validade recaem condições de validade substancial, que se referem ao seu conteúdo, ou seja, seu significado. Todavia, para que uma norma seja considerada válida deve ter sido submetida anteriormente ao juízo de vigência, pois é inconcebível que uma norma não pertencente ao sistema normativo possa extrair dele requisitos de validade. Novamente utiliza-se aqui a contribuição de SERRANO:

Juicio de validez es aquel construido por un intérprete autorizado del derecho, en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se há comprobado como verdadera) se adecua además en su contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamento, con independencia de que estas determinaciones sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces³⁶.

A aporia, não só teórica como jurídica, apontada por FERRAJOLI repousa justamente na indecidibilidade da verdade dos juízos de validade, espaço profícuo da potencial ilegitimidade de todo exercício de poder no Estado de Direito.

Ao afirmar que no Estado de Direito as normas hierarquicamente superiores se apresentam como *normas* em relação às inferiores e como *atos* em relação às superiores, o Garantismo defende que a coerência e a plenitude não são propriedades do Direito vigente, mas

³⁵ SERRANO, op. cit., p. 51. (*Juízo de vigência é aquele construído por um intérprete autorizado da lei que se refere à mera constatação da existência de uma norma no interior de um sistema jurídico. É um juízo de fato ou técnico, pois se limita a constatar que a norma cumpre os requisitos formais de competência, procedimento, espaço, tempo, matéria e destinatário; e como tal juízo de fato é suscetível de verdade e falsidade.*)

³⁶ Ibidem, p. 51. (*Juízo de validade é aquele construído por um intérprete autorizado do direito, em virtude do qual se declara (se é positivo) que uma determinada norma (cuja vigência formal se comprovou como verdadeira) se adecua ademais em seu conteúdo às determinações existentes em níveis superiores do ordenamento, com*

ideais limites do Direito *válido*, refletindo o *dever-ser* das normas em relação com as superiores e não o *ser* do Direito. Daí que as violações de fato das proibições impostas ao legislador, por este efetivadas, vão caracterizar estruturalmente o Direito vigente como *incompleto e incoerente*³⁷. Cabe, então, ao jurista a tarefa de explicitar essas características através de juízos de invalidade das normas inferiores e de ineficácia das superiores.

3.6. Uma Filosofia da Política

O Garantismo ainda comporta mais um significado, uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, impondo ao Estado a carga de sua justificação externa, ou seja, "um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência"³⁸. Aqui FERRAJOLI se ocupa do que ele chama de ponto de vista externo ou *ex parte populi*, revelando a importância essencialmente democrática da justificação externa do Direito, isto é, o *dever ser do Direito*.

A argumentação do autor de *Derecho y Razón* inicia-se pela discussão sobre o que ele denomina de Estado-fim ou Estado instrumento, ou, eticismo político ou utilitarismo. Para tanto, ele parafraseia a expressão *autopoiese* utilizada por Niklas Luhmann para designar o caráter autorreferencial que este associa aos sistemas políticos³⁹. Via de consequência, serão auto-poiéticas as doutrinas políticas "que fundamentan los sistemas

independência de que estas determinações sejam regras ou princípios, valorativas ou neutras, justas ou injustas, eficazes ou ineficazes.)

³⁷ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 878-9.

³⁸ CADEMARTORI, op. cit., p. 155.

³⁹ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 881.

políticos sobre sí mismos, justificando el derecho y el Estado como bienes o valores intrínsecos"⁴⁰, e heteropoiéticas as doutrinas políticas que por outro lado "los fundan sobre finalidades sociales, justificando las instituciones políticas y jurídicas sólo como males necesarios para la satisfacción de intereses vitales de los ciudadanos"⁴¹. Ao se utilizar das expressões luhmannianas, FERRAJOLI não faz nenhuma adesão ao pensamento do sociólogo alemão, pelo contrário, classifica sua teoria de autopoiética e a denuncia como doutrina da ausência de limites ao poder do Estado⁴².

Sobre este aspecto da auto ou hetero-referenciabilidade, o Garantismo se caracteriza como uma doutrina da fundamentação externa do Estado nos Direitos vitais dos cidadãos. Esta denominação aqui apresentada é fruto da análise argumentativa que FERRAJOLI desenvolve sobre o contratualismo clássico, reinterpretando-o de modo a ressaltar a artificialidade do Estado e do Direito e sua existência vinculada à serventia de ambos para as pessoas. Porém não cessa aqui a releitura do autor italiano que a respeito do Estado diz

*Es de por sí un desvalor, es decir, un mal menor sometido como tal a la carga de la justificación externa y a posteriori. Lo que quiere decir que sus poderes no se conciben como "justos" sólo según quien los detente, sino sobre todo según el por qué, el cuándo y el cómo sean o no a su vez ejercidos. No es, en suma, la fuente o la forma de las normas, sino sus contenidos concretos los que justifican o no justifican políticamente su producción*⁴³.

⁴⁰ Ibidem, p. 881. (que fundamentam os sistemas políticos sobre si mesmos, justificando o direito e o estado como bens ou valores intrínsecos.)

⁴¹ Ibidem, p. 881. (os fundam sobre finalidades sociales, justificando as instituições políticas e jurídicas somente como males necessários para a satisfação de interesses vitais dos cidadãos.)

⁴² Ibidem, p. 882. Cf. tb. CADEMARTORI, op. cit., p. 91-169. Sobre a autopoiese e heteropoiese ver FERRAJOLI, 1995, op. cit., p. 162-3.

⁴³ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 883. (É de per si um desvalor, quer dizer, um mal menor submetido como tal à carga da justificação externa e a posteriori. O que quer dizer que seus poderes não se concebem como "justos" somente segundo quem os detêm, mas sobretudo segundo o por quê, o quando e o como sejam ou não por sua vez

A justificação do Estado para o Garantismo passa necessariamente pela garantia dos Direitos vitais dos cidadãos. Ao defender este raciocínio, FERRAJOLI lança mão da diferença existente entre democracia formal - marcada pelo consenso dos contratantes - e democracia substancial - fundada sobre a garantia de seus Direitos. Os Direitos fundamentais, portanto,

corresponden efectivamente a aquellas facultades o expectativas de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: piénsese en el derecho a la vida, en los derechos de libertad, en los derechos sociales a la subsistencia, a la salud, a la instrucción, a la conservación del ambiente y otros similares⁴⁴

Em um estudo posterior à obra *Derecho y Razón*, FERRAJOLI apresenta uma definição teórica, formal ou estrutural de Direitos fundamentais. Direitos fundamentais são, portanto, segundo esta definição, "*aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del **status** de personas, de ciudadanos o personas*

exercidos. Não é, em suma, a fonte ou a forma das normas, mas seus conteúdos concretos os que justificam ou não justificam politicamente sua produção.)

⁴⁴ Ibidem, p. 883. (correspondem efetivamente a aquelas faculdades ou expectativas de todos que definem as conotações substanciais da democracia e que estão constitucionalmente subtraídas do arbítrio das maiorias como limites ou vínculos intransponíveis das decisões de governo: pense-se no direito a vida, nos direitos de liberdade, nos direitos sociais à subsistência, à saúde, à instrução, à conservação do ambiente e outros similares.) Sobre a diferença entre garantia e Direitos fundamentais CADEMARTORI, op. cit., p. 85-6, afirma o seguinte: "o Garantismo pode referir-se a uma organização jurídica ou a uma atitude dos vários tipos de operadores jurídicos em sua atividade voltada a aplicar ou a modificar o Direito. Uma organização jurídica pode-se dizer garantista quando inclui estruturas e institutos aptos a sustentar, oferecer reparo, defesa e tutela das liberdades individuais e aos Direitos sociais e coletivos".

con capacidad de obrar⁴⁵. Direito subjetivo, para o autor italiano, é qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) adscrita a um sujeito por uma norma jurídica⁴⁶. E *status* é a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas⁴⁷.

Após a análise apresentada acima, o Garantismo se depara com outra aporia, desta vez política, a irreduzível ilegitimidade política do poder no Estado de Direito. Ou seja, os fins e valores justificantes do Estado de Direito, por não poderem estar nunca plenamente realizados, demonstram a própria natureza tendencial e irremediavelmente imperfeita da legitimação política do poder no Estado de Direito⁴⁸.

Decorre dessa aporia a mensurabilidade da legitimidade política em graus nos modernos Estados de Direito. A legitimidade dos modernos Estados de Direito provém de fora e de baixo, ou seja, é sempre relativa, condicionada e mensurável em graus. Isso se dá dessa forma porque a legitimidade nos modernos Estados de Direito depende do grau da efetiva realização das funções externas que justificam os poderes (grau de representatividade, grau de satisfação dos direitos garantidos e dos interesses representados); bem como da imperfeição estrutural dos instrumentos institucionais dispostos para esse fim (representação indireta, princípio da maioria, garantias jurisdicionais e outras técnicas jurídicas de tutela)⁴⁹.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 37. (aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de obrar.)

⁴⁶ Ibidem, p. 37.

⁴⁷ Ibidem, p. 37.

⁴⁸ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 887.

⁴⁹ Ibidem, p. 887.

3.7. A garantia no Estado Constitucional de Direito

A chave para novas pesquisas a partir do Garantismo Penal é dada por FERRAJOLI logo após traçar os elementos de uma Teoria Geral do Garantismo. Observa o autor italiano que os elementos listados não valem somente para o Direito Penal, podendo ser utilizados em outros setores do ordenamento jurídico. Consequentemente é possível elaborar, por exemplo, tendo por referência outros Direitos fundamentais e outras técnicas ou critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade de Direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho, estruturalmente análogos ao penal por ele elaborado⁵⁰.

É, por certo, de PEÑA FREIRE a primeira pesquisa garantista que foge ao âmbito do Direito Penal. Em sua tese de doutorado, intitulada *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, o jurista andaluz se ocupa da Garantia como conceito jurídico no contexto dos atuais sistemas constitucionais.

PEÑA FREIRE defende a idéia de que a Constituição que é a norma que orienta o Estado e o Direito frente à sociedade, é a primeira instituição garantista dos sistemas políticos atuais.

A segunda parte da tese dá especial atenção aos distintos elementos ou valores cuja garantia ou preservação se pretende no Estado Constitucional. Assim, tanto os direitos fundamentais quanto os direitos subjetivos e os interesses legítimos são analisados enquanto garantias da manutenção da posição central da pessoa no direito e frente ao Estado e enquanto instituições ou instrumentos que vão permitir que o sistema jurídico e a atuação dos poderes públicos estejam

⁵⁰ Ibidem, p. 854.

abertos a todo momento às exigências e expectativas que se formulam *ex parte populi*.

A terceira e última parte da tese estuda a garantia desde um ponto de vista institucional e procura sua análise a partir das funções típicas dos sistemas jurídicos complexos. Desta forma, são analisados os três processos jurídicos básicos nos quais a garantia se manifesta ou é negada, processos esses que se correspondem com outros tantos momentos e poderes do sistema jurídico constitucional, como o legislativo, o judiciário e o executivo⁵¹.

3.7.1. O lugar da garantia frente aos atos da administração

O exercício do poder executivo do Estado, através da administração pública, seja na estrutura judiciária, legislativa ou executiva, é o que tem maiores possibilidades de se tornar ao mesmo tempo garantia e anti-garantia de numerosos Direitos, alguns inclusive fundamentais.

Ao mesmo tempo em que a administração demonstra sua vinculação ao sentido político do poder legislativo, a sua subordinação institucional e a sua organização hierárquica, pesa sobre ela maior permeabilidade a incidências de interesses particulares ou setoriais não generalizáveis à sua atuação livre ou autônoma e sua propensão ao desvio das determinantes jurídicas que a afetam.

Estas características estão mais visíveis na administração pública do Estado Social do que do Estado Liberal, devido ao maior incremento das ações sob responsabilidade do Estado quando assumiu em seu

⁵¹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 193.

ordenamento princípios éticos sociais como direitos fundamentais da pessoa humana. Toda problemática da administração pública contemporânea, envolta em propostas de reformulações, modernizações voltadas para a eliminação de formalismos burocráticos, novas formas de controle, novos modelos administrativos e as decorrentes da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro serão objeto de análise no próximo capítulo. Todavia convém adiantar a necessidade de uma dupla garantia simultânea frente à ação administrativa, como assinala PEÑA FREIRE: "*pleno sometimiento a derecho de actividad de la administración*" e "*control judicial integral de actividad administrativa*"⁵².

3.7.2. A sujeição da Administração Pública ao Direito

A plena sujeição da Administração Pública ao Direito é uma exigência axiológica e estrutural do Estado Constitucional de Direito e de seus valores fundadores. Decorre da natureza unitária da constituição e do ordenamento jurídico que obriga aos seus poderes/funções se desenvolverem vinculados aos seus valores e princípios, corrigindo-se ou reduzindo-se qualquer prática desviada que possa ser produzida. Assim, quanto aos atos de execução, próprios da atividade administrativa de qualquer um dos poderes/funções, pode-se verificar constantemente sua conexão e relação com todas as outras normas do ordenamento. A apreciação do caráter substancial dessas normas possibilita que a validade dos atos do poder executivo ou suas normas possa ser afetada se este cai em algum tipo de desvio ou ilegitimidade jurídica em relação às determinações dos planos jurídicos superiores.

Como afirma PEÑA FREIRE

⁵² PEÑA FREIRE, op. cit., p. 273.

En concreto, el sometimiento de la administración al derecho se verifica en primer lugar, a partir de su vinculación rigurosa a las habilitaciones y limitaciones legales, de tal forma que la actuación administrativa sólo sea posible cuando esté legalmente prevista y con el sentido y extensión que se deduzca de la norma habilitante⁵³.

Mesmo quando a administração atua sob o manto da discricionariedade, o faz sob a habilitação legal e nas margens em que a norma legal não defina nem precise com claridade o que fora programado. Nos sistemas presidencialistas, como o brasileiro, os órgãos superiores do poder executivo gozam de uma certa legitimidade democrática direta que lhes possibilita uma reserva de um âmbito normativo específico que pode imprimir um sentido determinado que pode ser distinto do maioritário na sede representativa⁵⁴.

Cumprem papel fundamental no exercício da função administrativas os limites que lhe impõe não só a norma habilitante mas todo o direito. Assim, os princípios constitucionais administrativos são sede dos valores fundamentais e dos limites primeiros que vinculam a administração ao interesse geral ou interesse público. Todavia, como é próprio da natureza dos princípios e valores que a sua utilização se dê mediante juízos argumentativos, muitas vezes, o que poderia ser uma garantia do cidadão frente ao poder, pode ser tornar um espaço para o arbítrio.

A dupla sujeição da administração à lei e ao direito não demonstra incompatibilidade, mas complementaridade, que não coloca em risco, de forma alguma, o princípio da

⁵³ Ibidem, p. 274. (Em concreto, o submetimento da administração ao direito se verifica em primeiro lugar, a partir de sua vinculação rigorosa às habilitações e limitações legais, de tal forma que a atuação administrativa só seja possível quando esteja legalmente prevista e com o sentido e extensão que se deduza da norma habilitante.).

⁵⁴ Sobre o assunto cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993. 270 p. Principalmente o capítulo 3 que trata do Executivo e a atividade normativa secundária: os regulamentos. p. 215-252.

hierarquia administrativa. "Podríamos afirmar que hacia el lado del legislador la administración está únicamente sometida a la ley, pero del outro lado, hacia los ciudadanos o el poder judicial su sometimiento lo es al derecho⁵⁵."

3.7.3. O Controle da atividade administrativa⁵⁶

O que fora dito acima pode se resumir a uma simples falácia caso não hajam mecanismos eficazes de controle da atividade administrativa nos ordenamentos jurídicos dos Estados Constitucionais.

O Controle da atividade administrativa do Estado constitui uma exigência intrínseca à estrutura dos Estados Constitucionais, pois

*El modelo normativo del Estado constitucional exige la **superación de la teoría de los actos políticos del gobierno** (...). Todos los actos de gobierno, como cabeza de la administración, han de ser controlables, sin que su contenido político sea motivo que justifique la carencia de control.⁵⁷*

⁵⁵ PEÑA FREIRE, op. cit., p. 278. (Podríamos afirmar que comparada ao legislador a administração está unicamente submetida à lei, mas de outro lado, comparada aos cidadãos ou ao poder judiciário seu submetimento é ao direito.).

⁵⁶ Sobre o conceito de controle da administração pública veja-se: CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves. **Controle da Administração Pública: pressupostos teóricos para uma revisão conceitual**. Florianópolis. 1992. 162 p. Mestrado em Ciências Humanas - especialidade Direito - UFSC.

⁵⁷ Ibidem, p. 279. (O modelo normativo do Estado constitucional exige a *superación da teoria dos atos políticos de governo* (...). Todos os atos de governo, como cabeça da administração, não de ser controláveis, sem que seu conteúdo político seja motivo que justifique a carência de controle.). Sobre a Teoria dos Atos Políticos de Governo no direito brasileiro pode-se afirmar com Itiberê de Oliveira RODRIGUES que "no direito brasileiro existem atos políticos derivados diretamente da Constituição e como manifestação do exercício da função política ou de governo - popular ou do próprio Governo. Mas eles não se caracterizam pela insindicabilidade; esta é possível em todos os casos para a proteção - lesão ou ameaça - dos direitos subjetivos individuais ou coletivos e para a proteção dos interesses difusos em virtude da garantia constitucional do direito de ação e da impossibilidade constitucional de denegação do exercício da jurisdição." RODRIGUES,

Outro ponto que merece destaque quando se trata do controle da atividade administrativa do Estado está na distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados na relação do ato com a norma que autoriza a atuação da administração. Assim, conforme assinalam GARCÍA DE ENTERRÍA E FERNÁNDEZ, o conceito jurídico indeterminado se configura quando *"la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto"*⁵⁸. Cita-se como exemplo os conceitos jurídicos de boa fé e falta de probidade. A discricionariedade, por seu turno,

*es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración*⁵⁹.

A constante confusão entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa abre margem a atuação administrativa à margem da Lei e do Direito, ampliando-se assim o arbítrio e diminuindo-se as garantias da pessoa frente ao Poder. No capítulo IV deste trabalho este assunto voltará a ser analisado com maior atenção.

A técnica do desvio de poder, consequência da estrita legalidade da atuação administrativa, também compõe o quadro do processo de controle da ação

Itiberê de Oliveira. **Atos políticos ou Atos de governo**. mimeo. Pelotas, 1995. p. 37.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, op. cit., p. 385. (a Lei refere uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisados em seu enunciado, não obstante o qual é claro que intenta delimitar uma hipótese concreta.).

⁵⁹ Ibidem, p. 386. (é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios

administrativa. A fórmula surgida da jurisprudência do Conselho de Estado francês, impõe que toda atividade "*administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente (y, por tanto, elemento necesariamente reglado), por la norma que atribuye la potestad para actuar*"⁶⁰.

Já o controle dos *hechos determinantes*, que na doutrina administrativista brasileira é conhecido como controle que diz respeito ao *motivo*⁶¹, funda-se na idéia que todo poder discricionário se apoia em uma realidade de fato que funciona como pressuposto fático da norma cuja aplicação se trata. Trata-se, portanto, de averiguar o nexo existente entre o ato administrativo e seus antecedentes de fato, possibilitando-se assim o controle jurisdicional dos antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levam à tomada de decisão em determinado sentido⁶².

Por último, cabe a análise do controle pelos princípios gerais de direito. Pode-se afirmar com GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ que a

*Administración (...) no es un poder soberano, sino un organización subalterna al servicio de la comunidad, y por esta simplicísima e incontesbale razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general del Derecho en la materia de que se trate*⁶³.

extra jurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.), não incluídos na Lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração.).

⁶⁰ Ibidem, op. cit., p. 393. (administrativa deve dirigir-se à consecução de um fim, determinado sempre, expressa ou tacitamente (e, portanto, elemento necessariamente regulamentado), pela norma que atribui o poder para atuar.).

⁶¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 418.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, op. cit., p. 397-400; MEDAUAR, op. cit., p. 418.

⁶³ Ibidem, p. 400. (Administração (...) não é um poder soberano, mas uma organização subalterna ao serviço da comunidade, e por esta simplíssima e incontestável razão não pode pretender apartar em um caso concreto, utilizando um poder discricionário, a exigência

Um estudo mais detalhado sobre este assunto será feito no quarto capítulo deste trabalho quando se abordará o recém criado Princípio da Eficiência administrativa. Por ora, convém apenas sublinhar que os princípios gerais do direito não se tratam de uma abstrata e indeterminada invocação da justiça ou da consciência moral ou da discricionariedade do juiz, mas a expressão de uma justiça material especificada tecnicamente em razão dos problemas jurídicos concretos e objetivada na lógica das instituições⁶⁴.

Pode-se concluir com PEÑA FREIRE que duas premissas básicas determinam o controle jurisdicional da administração no Estado Constitucional de Direito: a) o controle da administração faz parte da função jurisdicional, exclusivamente orientada à garantia dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos; e b) a administração está vinculada a estes direitos e interesses na medida em que não pode afetá-los e deve atuar para promovê-los e fazê-los efetivos⁶⁵.

3.8. A garantia no sistema constitucional brasileiro

Sérgio CADEMARTORI, introdutor do Garantismo no Brasil, em sua tese de doutorado, posteriormente transformada em livro, destaca a importância de se verificar em todo o texto constitucional, não apenas no Título que lhe concerne, garantias para a pessoa frente ao poder⁶⁶. Conforme ressalta o jurista garantista, o próprio texto constitucional no seu artigo 5º, § 2º afirma esta possibilidade:

particular e determinada que demanda de um princípio geral do Direito em matéria de que se trate.)

⁶⁴ Ibidem, p. 400. Veja-se também CASSAGNE, Juan Carlos. **Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. 111 p.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho**. Madrid: Civitas, 1996. 182 p.

⁶⁵ PEÑA FREIRE, op. cit., p. 287.

⁶⁶ CADEMARTORI, op. cit., p. 172-5.

Os Direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte⁶⁷.

O exame empreendido por CADEMARTORI salienta algumas garantias implícitas, relacionando-as com os Direitos fundamentais objetos de sua defesa e proteção. Compreende o autor que as garantias implícitas são, na realidade, garantias *fundamentais*. Ou seja, qualquer tentativa de supressão ou modificação das mesmas deve ser considerada como atentado ao Estado de Direito. São listados como exemplos os artigos, pelo jurista garantista: 19, I (garantia da laicidade do Estado, garantia da igualdade de tratamento às diversas religiões e garantia da liberdade de culto); 19, III - garantia ao Direito de igualdade; 20, II - garantia ao Direito de todos ao meio ambiente; 21, XXIII - garantia do Direito à vida e à segurança dos nacionais, mediante vinculação a fins pacíficos e autorização do Congresso Nacional de toda atividade nuclear em território nacional; 23, I - garantia assecuratória dos fins do Estado de Direito; 23, II - garantia à pessoa portadora de deficiência física de cuidado de sua saúde, de assistência pública e proteção por parte dos poderes públicos. Destaca-se ainda como exemplos do discurso normativo garantista em nossa Constituição: a) aprovação de emendas constitucionais mediante *quorum* qualificado (art. 60, § 2º); b) instituição de tributos mediante, tão somente, lei complementar (art. 146, III); c) a limitação de atuação do poder econômico (art. 173, § 4º).

Cumpram-se ressaltar ainda todo o rol de garantias processuais presentes no Título II da Constituição Federal, dentre as quais, destacam-se os instrumentos

⁶⁷ BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 18, de 05/02/1998. São Paulo: Saraiva, 1998. 236 p.

processuais do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), do mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXIX e LXX), do mandado de injunção (art. 5º, LXXI), *habeas data* (art. 5º, LXXII); ação popular (art. 5º, LXXIII).

A Administração Pública tem no *caput* do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil vários princípios que submetem sua atuação ao Direito: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Esses princípios são na verdade uma das formas mais originárias de garantia dos Direitos dos cidadãos, incorporados pelo Estado Constitucional de Direito.

Os próximos capítulos do presente trabalho se ocuparão especificamente da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro e da inserção no texto constitucional do valor eficiência como princípio da Administração Pública.

Capítulo IV
APARELHO ESTATAL:
REFORMA E EFICIÊNCIA

4.1. Introdução

Num primeiro momento deste capítulo aborda-se o Aparelho do Estado a partir de uma análise sincrônica, utilizando-se, para tanto, dos estudos de Max WEBER sobre a sociologia do Estado.

Em um segundo momento a abordagem passa a ser diacrônica e focaliza o surgimento e desenvolvimento da Administração Pública brasileira e suas reformas.

Por último, volta-se a atenção para a Reforma do Estado e sua Reforma do Aparelho do Estado, operadas pelo Governo Fernando Henrique Cardoso e o significado do valor eficiência nesse contexto.

4.2. O Estado, os tipos de dominação e as formas de legitimidade

Qualquer abordagem jurídica sobre assunto tão complexo quanto uma reforma estatal pressupõe abertura para incursões de outros saberes para dar conta do contexto sócio-político-econômico no qual aquela se produz. A utilização de estudos da sociologia compreensiva de vertente weberiana possibilita esclarecer conceitos que posteriormente serão objeto de análise no contexto das reformas propostas pelo governo Fernando Henrique Cardoso.

A inserção do valor eficiência como princípio constitucional-administrativo no ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, traz novas nuances para a legitimação do Estado através de sua função administrativa.

Deve se entender por Estado, "*un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro admnistrativo mantenga con éxito la pretensión al*

monopólio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente"¹ (ênfase no original).

A relação de domínio legítima se dá através de três tipos ideais² que têm por fundamento primário de sua legitimidade: "1. (o) carácter **racional**: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)"³. Neste caso a obediência às ordens e às pessoas se dá por elas serem impessoais e objetivas, legalmente estatuídas e repousarem no mérito da legalidade formal de suas disposições dentro do círculo de sua competência. A configuração de tal dominação pressupõe o exercício continuado, sujeito à lei, de funções, dentro de uma competência, significando: um âmbito de deveres e serviços objetivamente limitados em virtude de uma distribuição de funções, com a atribuição dos poderes necessários para sua realização e com fixação estrita dos meios coativos eventualmente admissíveis e a hipótese prévia de sua aplicação⁴. Este tipo de dominação é próprio do Estado de Direito;

2. (o) carácter **tradicional**: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional)⁵.

¹ WEBER, op. cit., p. 43-44. (um *instituto político* de actividad continuada, quando e na medida em que seu quadro administrativo mantenha com êxito a pretensão ao *monopólio legítimo* da coação física para a manutenção da ordem vigente).

² Weber esclarece que nenhum dos tipos ideais acostuma-se a se apresentar puro na realidade histórica. Dado este que não impede a fixação conceitual mais pura possível de sua construção. A tipologia sociológica apresentada por Weber possibilita poder dizer no caso particular de uma forma de dominação o que há nela de carismático, patriarcal, burocrático, estamental, etc. (WEBER, op. cit., p. 172)

³ Ibidem, p. 172. (o caráter racional: que descansa na crença na legalidade de ordenações estatuídas e dos direitos de mando dos chamados por essas ordenações a exercer a autoridade (autoridade legal)).

⁴ Ibidem, p. 174.

⁵ Ibidem, p. 172. (2. caráter tradicional: que descansa na crença cotidiana na santidade das tradições que regeram desde tempos lejanos e na legitimidade dos marcados por essa tradição para exercer a autoridade (autoridade tradicional)).

O que rege a obediência à pessoa do senhor chamado pela tradição e vinculado a ela é a piedade, dentro daquilo que é costumeiro;

3. (o) carácter **carismático**: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad carismática)⁶.

Aqui a obediência se estabelece a partir de razões de confiança pessoal na revelação, heroicidade ou exemplaridade de uma pessoa, dentro do círculo em que a fé em seu carisma tem validade.

Para WEBER, o tipo mais puro de dominação legal é aquele que se exerce por meio de um quadro administrativo burocrático⁷. Tal dominação tem por espírito o formalismo das ações burocráticas e a inclinação de seus burocratas a levar adiante suas tarefas sob critérios utilitário-materiais a serviço dos seus dominados. Suas características são: composição por funcionários individuais; dever de obediência dos funcionários somente aos deveres objetivos de seus cargos; hierarquia administrativa rigorosa; competências rigorosamente fixadas; contratação mediante seleção segundo qualificação profissional através de provas e de diplomas; retribuição dos serviços prestados mediante pagamento de soldo fixo em dinheiro; exercício do cargo como sua única ou principal profissão; organização da profissão segundo uma carreira que propicia a ascensão profissional segundo critério de tempo ou mérito de serviço; separação dos meios administrativos e

⁶ Ibidem, p. 172. (3. carácter carismático: que descansa na entrega extracotidiana à santidade, heroísmo ou exemplaridade de uma pessoa e às ordenações por ela criadas ou reveladas (chamada) (autoridade carismática).

⁷ Ibidem, p. 175.

impossibilidade de apropriação do cargo; sujeição a uma rigorosa disciplina e vigilância administrativa⁸.

Historicamente o quadro administrativo burocrático vem suplantar o quadro administrativo estatal-patrimonialista que se caracterizava pela organização do poder político pelo soberano de forma análoga a seu poder doméstico⁹, e portanto, o domínio sobre os homens e territórios extrapatrimoniais, sobre os súditos políticos se dá sem utilização da força física. A fluidez da transição do tipo de dominação tradicional mediante quadro administrativo estatal-patrimonialista para a dominação racional-legal através de quadro administrativo burocrático encontra terreno fértil nos "servidores" patrimoniais separados dos meios administrativos e a

⁸ Ibidem, p. 176.

⁹ FAORO é muito claro ao explicar as implicações do patrimonialismo: "A dominação tradicional, no subtipo patrimonialista, na época histórica do mundo moderno, não prescinde de um quadro administrativo, cujo recrutamento se dá dentro ou fora da casa do governante. O patrimonialismo, ao contrário do tipo racional-burocrático, no qual a igualdade jurídica e a defesa contra o arbítrio são as bases da racionalidade formal, o patrimonialismo - voltamos a observar - rege-se por uma racionalidade de tipo *material*. Enquanto na dominação racional prevalece a ação social orientada por meios e fins, no patrimonialismo a racionalidade obedece, em lugar de fins, a valores: valores éticos, valores religiosos e principalmente valores políticos. A economia, na dominação racional, na qual impera a igualdade jurídica e a defesa contra o arbítrio, que se traduz no comando por diretivas, se constitui em torno de uma estrutura autônoma - embora autonomia não seja a mesma coisa que independência - centrada no mercado livre. É claro que a distinção entre racionalidade forma e racionalidade material obedece um esquema mais conceitual do que real. Também na ordem racional (racional-burocrática) a racionalidade material está presente, muitas vezes nas próprias regras que definem, limitam ou regulamentam o mercado.

A racionalidade material, regida por valores, exige a presença de um poder ou de uma instância superior, que reja, regulamente e ordene a sociedade e a economia. Em outras palavras: a definição dos valores não é compatível com uma ordem jurídica ou racional que exclua ou limite, em termos definidos e estreitos, o poder público. A racionalidade formal, segundo a tipologia aqui em exame, coincide com o capitalismo, no qual se levam em conta, no seu funcionamento, a calculabilidade e a previsibilidade das ações sociais. A dominação patrimonial, ao contrário, por incompatível com a igualdade jurídica e as garantias institucionais contra o arbítrio, torna o indivíduo dependente do poder que lhe dita, pela definição de valores, a conduta. Aponta, em conseqüência, para um sistema autocrático, que, em lugar de se desenvolver segundo uma ordem em que a sociedade é autônoma, afirma a dependência ao poder da autoridade. Nessas circunstâncias, não é a sociedade civil a base da sociedade, mas uma ordem política em que os indivíduos ou são basicamente governantes ou são governados. O soberano e seu quadro administrativo controlam diretamente os recursos econômicos e militares do seu domínio - que é também seu patrimônio." FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista da USP. São Paulo: Edusp, 1997. p. 14-29.

burocracia moderna, que teve como seus precursores os servidores patrimonialistas separados dos meios administrativos, empresários capitalistas de exércitos, bem como os empresários capitalistas privados¹⁰. O surgimento daquela, por sua vez, é o gérmen do Estado Moderno Ocidental, segundo WEBER¹¹.

Além de ser o tipo mais puro de dominação racional-legal, a administração burocrática, mediante expediente, também é a forma mais racional de se exercer uma dominação. E o é, segundo WEBER, pelos seguintes sentidos: precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiança; calculabilidade, tanto para o soberano quanto para os interessados; intensidade e extensão no serviço; aplicabilidade formalmente universal a toda sorte de tarefas; e susceptibilidade técnica de perfeição para alcançar o ótimo em seus resultados¹². E em poucas palavras WEBER vai assinalar: "*La administración burocrática significa: dominación gracias al saber; éste representa su carácter racional fundamental y específico*"¹³. O que em geral socialmente significa: a tendência à nivelação no interesse de uma possibilidade universal de recrutamento dos mais qualificados profissionalmente; a tendência à plutocraticatização¹⁴ no interesse de uma formação profissional que tenha durado o maior tempo possível; a dominação da impessoalidade formalista: sem ódio e sem paixão, ou seja, sem amor e sem entusiasmo, submetida tão só à pressão do dever estrito;

¹⁰ WEBER, op. cit., p. 177.

¹¹ Ibidem, p. 178.

¹² Ibidem, p. 178.

¹³ Ibidem, p. 179. (A administração burocrática significa: dominação graças ao saber; este representa seu caráter racional fundamental e específico).

¹⁴ Considera-se como plutocrática aquela ordem social em que há dominação de uma classe sobre outra, mediante um sistema político que assegure à classe dominante o controle social e econômico.

sem acepção de pessoas, formalmente igual para todos que se encontrem em igual situação de fato¹⁵.

Muito mais que uma escolha, a administração burocrática passa a ser uma imposição da sociedade de massas. A ela WEBER destina tanto o sistema capitalista de sua época quanto o sistema socialista em formação na União Soviética¹⁶. A exigência de uma administração burocrática se faz pelo natural condicionamento de subsistência do capitalismo que necessita de uma administração mais permanente, rigorosa, intensiva e calculável. A existência de um quadro de funcionários portadores de um saber qualificado não só por sua formação profissional mas pelos conhecimentos específicos adquiridos na prestação do serviço administrativo, possibilitam a supremacia do funcionário profissional sobre o eleito. Todavia, a "(...) *cuestión es siempre ésta: quién domina el aparato burocrático existente?*"¹⁷

Essa questão levantada por WEBER é pertinente a alguns problemas das burocracias públicas modernas, em particular a brasileira e a sua relação com o sistema político. De modo que o breve histórico da Administração Pública e da Administração Pública no Brasil que será apresentado nos próximos parágrafos, traz para o estudo, ora empreendido, elementos do seu desenvolvimento, de suas peculiaridades e de seus problemas.

4.3. Organização e atuação da Administração Pública

Num primeiro momento, que vai do nascimento da Administração Pública Moderna com a Revolução Francesa até a primeira metade do século passado, a Administração

¹⁵ Ibidem, p. 180.

¹⁶ Ibidem, p. 178-80.

¹⁷ Ibidem, p. 178. ([...] questão é sempre esta: quem domina o aparato burocrático existente?).

Pública era igualada ao Poder Executivo, sendo então um regime jurídico especial desse Poder.

Em meados do século XIX, com o advento da personificação jurídica do Estado na Alemanha, concretizam-se os esforços dirigidos a garantir a autonomia do Novo Direito Público, abandonando explicações personalistas e místicas do feudalismo e do absolutismo. Tal personificação, como apontam GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, erige-se assim no pressuposto de toda construção jurídica do Direito Público¹⁸.

Esta mudança significou um novo norte para a Administração Pública que *"hasta aquí identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, el Poder Ejecutivo, pasa a ser considerada entonces como una **función** del Estado-persona"*¹⁹.

O Estado passa a ser visto, então, como uma pessoa jurídica única que realiza múltiplas funções, uma delas administrar. E é justamente sobre esta função que se dedicam as linhas seguintes, observando-se que as

*funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce*²⁰.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 3ª ed. Tomo I. Madrid: Civitas, 1981. p. 22. Ver também GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Revolución Francesa y Administración Contemporánea**. Madrid: Civitas, 1976. Estudo no qual ENTERRÍA aborda os elementos que vão construir o fundo ideológico da nova concepção política e jurídica que a Revolução inaugura. Também sobre o mesmo assunto ver MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998. p. 31-43 e da mesma autora **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 1992. p. 09-25.

¹⁹ Ibidem, p. 22. ([...] até aqui identificada com um dos poderes orgânicos e individualizados do Estado, o Poder Executivo, passa a ser considerada então como **função** do Estado-pessoa) (grifado no original).

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 23. (... funções e atividades a realizar pela Administração são algo puramente contingente e historicamente variável, que depende essencialmente de uma demanda social, distinta para cada órbita cultural e diferente também em função do contexto sócio-econômico no qual se produz).

A contingência e variabilidade histórica das funções e atividades da Administração Pública podem ser visualizadas, segundo GIANNINI, em três momentos históricos distintos: a) o surgimento de uma burocracia permanente; b) o surgimento dos direitos públicos subjetivos; e c) o surgimento do Estado de pluralidade de classes²¹.

4.3.1. Surgimento de uma burocracia permanente

O surgimento de uma burocracia permanente está ligado diretamente à configuração dos Estados Absolutos na Europa (século XVII) e suas primeiras e principais atividades administrativas são o exército e a administração dos tributos. Os exércitos passam a ser um monopólio do Estado e garantia da soberania Estatal interna e externa. A administração tributária tem por encargo a administração patrimonial dos bens de domínio da Coroa (bens imóveis que pertenciam à Coroa, enquanto senhor feudal) e dos bens de patrimônio privado da Coroa²².

A centralização do poder no Estado não teve por consequência a supressão dos poderes locais, mas o seu controle. Assim, as administrações citadinas como os burgos e condados ingleses mantêm-se. O Estado toma para si o poder de representação externa, de emissão da moeda, a marinha militar, o exército, alguns tributos e os impostos de fronteira, bem como a reserva de jurisdição dos assuntos de maior importância²³. Qualquer outra atividade administrativa, normativa e jurisdicional corresponde aos burgos e aos condados.

²¹GIANNINI, Massimo Severo. *El Poder Publico - estados y administraciones publicas*. Trad. Luis Ortega. Madrid: Civitas, 1991. p 09.

²² GIANNINI, op. cit., p. 42.

²³ GIANNINI, op. cit., p. 43.

Na Europa continental, os caminhos são outros. As administrações citadinas, derivadas de antigos municípios livres, têm vastos territórios, muito mais amplos que as cidades. Os Estados conservam as administrações que existiam e alguns Estados chegam até a garantir às administrações citadinas um verdadeiro *status libertatis*, através da concessão de cartas - que não eram direitos, e sim privilégios. Entretanto, o Estado guarda para si algumas atribuições que garantem a sujeição ao seu poder central: normatização primária; delimitação de circunscrições; revogação de antigos privilégios, concessão de novos.

A grande guinada que originou a consagração do modelo de Estado Absoluto se dá no século XVIII na Europa Continental, mais especificamente na Áustria e nos Países alemães e na Itália. Diminuem-se as tensões entre o poder central e os poderes locais, que passam a ser colaboradores do poder central. Mas o que, sobretudo, muda é a concepção de Estado, conforme assinala GIANNINI

En la Europa continental, prevalece primero, y luego se convierte en absoluto, el convencimiento de que el Estado puede y debe ocuparse de cualquier cosa que afecte al bienestar de los ciudadano(s) donde viene el nombre de 'Estado de bienestar' (wohfahrtsstaat), que sus mismos autores le atribuyen²⁴.

Neste momento surge para a dogmática publicista a dimensão de interesse: interesse nacional, interesse local (que vai se transformar rapidamente em atribuição de competência para construção de obras públicas) e institucionalmente o Estado assume um conjunto de novas

²⁴ GIANNINI, op. cit., p. 44-45. (Na Europa continental, prevalece primeiro, e logo se converte em absoluto, o convencimento de que o Estado pode e deve ocupar-se de qualquer coisa que afete o bem estar dos cidadão (s) donde vem o nome de "Estado de Bem Estar" (wohfahrtsstaat), que seus autores mesmos lhe atribuem.)

atribuições sob a regra geral e incontestável do interesse público. Assim, nesse período, os Estados assumem atividades empresariais como: fomento à indústria e à agricultura; armazéns gerais, zonas francas e outras formas de mercados locais; promoção da cultura e das artes por parte dos Estados; educação estatal; e grande presença na assistência aos pobres, aos órfãos e aos enfermos²⁵.

O ocaso do Estado absoluto se dá com a aprovação da Constituição dos Estados Unidos da América, com a Revolução Francesa e suas conseqüências para os outros países da Europa do fim do século XIX e com a revolução industrial que impõem novos contornos para o Estado em face da autonomia econômica desejada pelas classes produtoras de bens e serviços.

4.3.2. O surgimento dos direitos públicos subjetivos

O Estado que nasce no fim do século XIX tem por característica fundamental o resgate do aspecto democrático da legitimação do poder, consolidado na sua estrutura constitucional que assume ser este um ente representativo de uma coletividade, o povo, que o forma e constitui.

A sua caracterização liberal, presente tanto nos pressupostos filosófico-políticos quanto na adoção da separação dos poderes, do Parlamento, e dos direitos fundamentais dos cidadãos frente ao Estado, possibilita também chamá-lo de Estado Burguês (visto que a igualdade formal não fora suficiente para que se concretizasse uma igualdade real, muito menos uma democracia econômica e política, possibilitando às classes proprietárias dos meios de produção manterem sua hegemonia na representação

²⁵ Ibidem, p. 45-46.

parlamentar) ou, como prefere GIANNINI, Estado de Classe Única²⁶.

A atividade administrativa do Estado nesse contexto sócio-político-econômico nortear-se-á pela consagrada expressão do liberalismo: "*laissez faire, laissez-passer*"²⁷. De um Estado Absolutista passa-se a um Estado que prima pela absolutização do princípio da livre iniciativa, consagrado nas Constituições. Este princípio liberal apresentava dois valores: um valor positivo, enquanto garantia a liberdade de empresa; e um valor negativo, por quanto pugnava pela abstenção dos poderes públicos de intervirem na liberdade de iniciativa, limitando-a, seja através do Poder Legislativo ou por via administrativa.

A consequência desta nova orientação foi a destruição de grande parte do aparelho estatal que havia sido construído pelos Estados anteriores, principalmente o Estado Absolutista. Desta forma: a) liquidaram-se imensos patrimônios do Estado que não lhe fossem privativos, pautando-se essa ação pela idéia de que o Estado não deveria ser agente imobiliário; b) desmontaram-se todas as empresas sob controle público -

²⁶ Ibidem, p. 49-50.

²⁷ Segundo a síntese de ESTORNINHO, o Estado liberal pode ser apresentado com as seguintes características: a) o aparecimento das primeiras Repúblicas nos países ocidentais; b) a afirmação da idéia de contrato social, em substituição do primado da tradição; c) a consagração da plenitude do Estado-Nação, ou seja, da soberania nacional, em vez da soberania do príncipe; d) a adoção do sistema de governo representativo: em vez do exercício do poder por um só, ou pelos seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; e) a adoção do parlamentarismo; f) o aparecimento dos partidos políticos; g) a elaboração de constituições; h) a consagração das declarações de direitos e, em especial, a proclamação da igualdade jurídica de todos os homens, independentemente do nascimento ou de quaisquer outros fatores; j) a afirmação do princípio da separação de poderes; l) o entendimento da lei como expressão da vontade geral; a consagração do princípio da legalidade e, em especial, da subordinação do Estado à lei: em vez da razão de Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; m) o culto da separação entre o Estado e a Sociedade; n) o reconhecimento da existência de direitos do homem, anteriores e superiores ao Estado, que este deve respeitar: em vez de súditos, cidadãos; o) o reforço substancial das garantias individuais em face do Estado. ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o direito privado - contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 29.

locais ou estatais - inclusive as indústrias bélicas; c) considerou-se proibido constitucionalmente qualquer forma de ajuda política às empresas privadas, seja através de auxílio financeiro direto, seja através de auxílio administrativo indireto²⁸.

A defesa da regra do abstencionismo do Poder Público pelos economistas da época, através de diversas explicações teóricas²⁹, não conseguiu, porém, impedir por muito tempo o surgimento das suas primeiras exceções, que também contaram com as explicações teóricas dos mesmos economistas³⁰. De forma que o Poder Público: construiu grandes estradas, pontes, portos, faróis e obras de guarda costeira, grandes canais de navegação, ferrovias (reservando para si sua gestão ou concedendo a exploração do serviço a particulares³¹); estatizou as agências de correios e telégrafos³²; estatizou, universalizou e laicizou o ensino fundamental, médio e universitário (conforme cada Estado e em épocas diversas)³³; instituiu

²⁸ GIANNINI, op. cit., p. 60.

²⁹ "la presentaron como una regla de validez científica plena, reafirmada continuamente contra las prácticas ignorantes de siglos precedentes o de Estados que todavía no habían evolucionado; sin embargo, el abstencionismo, entendido en modo absoluto, implicaba que no se pudiesen adoptar, de ninguna forma, normas de tutela de la competencia: hubiesen significado instituciones distorsionantes de la libertad de mercado". GIANNINI, op. cit., p. 60.

³⁰ "Los economistas explicaron, en cambio, que eran bienes improductivos, además que de unas dimensiones tales que ningún particular habría podido asumir su construcción (al menos en el siglo pasado), por lo que no podían ser otra cosa que públicos, y, por ende, a cargo del Estado (sobre esta descarga de costes de lo privado a lo público no dejarían de apuntarse después las críticas liberaldemocráticas y socialistas)." GIANNINI, op. cit., p. 60-61.

³¹ "Pero, también esta vez, los economistas expusieron las razones de ello. En cualquier caso, permanece el hecho de que, con el ferrocarril 'estatizados', se constituyó nuevamente una empresa en manos públicas y, esta vez, sí que era en verdad una empresa pública." GIANNINI, op. cit., p. 61.

³² "Para justificar la atribución al Estado de los servicios de correos y telégrafos, los economistas deberán decir que las tarifas aplicadas por las organizaciones públicas no son remunerativas, sino que están fijadas con criterios políticos." GIANNINI, op. cit., p. 61.

³³ As justificativas desta atitude eram diversas, desde as dos ideólogos liberais da ilustração - defendendo que tudo que concorre para o aperfeiçoamento do homem não pode ser indiferente ao Estado -, passando pelas sociológicas que viam no analfabetismo uma praga social que prejudica a qualidade de vida de uma sociedade, e pelas anticlericais que viam na profissão da fé, notadamente a cristã-católica, um obstáculo à ideologia liberal, e chegando, finalmente, à motivação economicista - que via nos gastos com instrução possibilidades de melhor qualificar a mão de

órgãos de saúde pública e vigilância sanitária, pressionado pelo progresso tecnológico da ciência médica; criou institutos para lutar contra a pobreza e a exploração de emigrantes; criou órgãos encarregados da administração veterinária, etc.

O Estado Burguês trazia incoerências consigo que acabaram por lhe solapar suas próprias bases. Assim, ao prever em suas Constituições o princípio da igualdade perante a lei, o Estado Burguês não esteve imune à crítica que lhe fizeram por não lograr a igualdade material³⁴.

A possibilidade de apresentar à opinião pública as contradições que eram inerentes ao Estado Burguês - consequência direta da liberdade de expressão - criou para seus adversários a situação propícia para introduzir o sufrágio universal - pondo por terra o voto censitário e posteriormente reconhecendo o sufrágio feminino -, que por sua vez permitiu aos partidos políticos representantes dos interesses dos trabalhadores e dos camponeses pudessem participar das decisões políticas do Estado, seja através de representação parlamentar, ou de representantes eleitos para cargos executivos. Soma-se a esta representação o surgimento dos sindicatos de

obra de seus trabalhadores e conseqüentemente aumentar a produtividade e o lucro de suas empresas. GIANNINI, op. cit., p. 62-63.

³⁴"El resultado de la libertad contractual es, pues, en primera línea: la apertura de probabilidades de usarla, por medio de una hábil aplicación de la propiedad de los bienes en el mercado y salvando todas las barreras jurídicas, como medio para adquirir poder sobre otros. Los interesados en adquirir el poder comercial son los mismos interesados en un orden jurídico semejante. **En su interés reside primordialmente el establecimiento de "normas facultativas" que ofrecen esquemas de convenio válidos, los cuales, desde el punto de vista de la libertad formal, son accesibles a todos, aun cuando de hecho están a disposición de los propietarios y en realidad sólo garantizan su autonomía y la posición de poder en que se hallan**" [sem grifo no original]. WEBER, Max. **Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Trad. José Medina Echevarría. 4ª. ed. 11ª. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 586.

trabalhadores que passaram a exercer papel fundamental na implementação de direitos trabalhistas³⁵.

4.3.3. Surgimento do Estado de Pluralidade de classes

Com a consagração do sufrágio universal todas as classes tinham a possibilidade de, organizadas em partidos políticos, participarem das decisões políticas do Estado, dando surgimento, assim, ao Estado Pluriclassista³⁶.

A primeira consequência desta inserção de classes e interesses novos foi a expansão dos serviços públicos. É certo que no Estado de Classe Única já existiam serviços públicos, apesar de viger a regra do abstencionismo. Todavia, é através desta expansão administrativa que se pode visualizar mais claramente o que representou esta mudança de paradigma estatal.

A ampliação da participação política das classes trabalhadoras nos âmbitos de decisão política do Estado era pautada pela inserção de deveres estatais para com os cidadãos e de direitos dos cidadãos frente ao Estado e frente aos proprietários dos meios de produção. Dessa forma surgiram instituições "*dirigidas a limar las puntas agresivas del capitalismo*"³⁷ e que: a) proibiam a exploração da mão-de-obra; b) possibilitavam a reforma tributária, instituindo a tributação progressiva sobre a renda; c) proibiam os monopólios,

³⁵ GIANNINI, op. cit., p. 77.

³⁶ "El sufragio universal, en sí considerado, no es un factor de reptura, ni siquiera formal: es el sello de un cambio que ya estaba en curso por itinerarios propios. En todo caso, ya no será posible hablar de un Estado de clase única; estamos en el Estado de pluralidad de clases en el sentido de que los Parlamentos no contienen representantes de una sola clase: a través de los partidos políticos, virtualmente, cada clase debía tener sus exponents en los Parlamentos mismos y en los consejos de los entes representativos de grupos territoriales u otros menores". GIANNINI, op. cit., p. 78.

³⁷ GIANNINI, op. cit., p. 122. (*dirigidas a limar as pontas agresivas do capitalismo.*)

através de institutos antitrust; d) controlavam as sociedades comerciais e a sua produção. Por fim, o Poder Público trouxe para a sua esfera de domínio um grande número de atividades produtivas³⁸.

O novo paradigma de Estado oportunizou diversas denominações que tentavam lhe dar explicação mais específica. Para alguns se tratava de um Estado assistencial, para outros Estado de Bem Estar³⁹ e ainda para outros de Estado Neo Capitalista⁴⁰. Todavia, a denominação que aparece nos textos que tratam do assunto com mais freqüência é de *Welfare State*⁴¹.

A apresentação na Grã-Bretanha do primeiro relatório Beveridge em 1942 é colocada como ponto de partida para os debates sobre a implementação de políticas públicas que resultaram na adoção de providências no campo da saúde e da instrução, com igual condição de acesso e garantia de prestação dos serviços a todos os cidadãos, configurando assim o *Welfare State* a partir da Segunda Guerra Mundial⁴².

Contudo, as bases para a constituição do *Welfare State* já haviam se dado nos anos 20 e 30. Na década anterior a esse período, a Europa assistira durante a Primeira Guerra Mundial a uma maciça intervenção estatal na economia através da indústria, de um modo geral, e mais especificamente da indústria bélica. Já em 1929, o capitalismo se deparou com a sua primeira

³⁸ Ibidem, p. 123-126.

³⁹ Para Eros Roberto Grau a denominação Estado de Bem Estar é a tradução para a língua portuguesa de *Welfare State*. Cf. GRAU, Eros Roberto. **O Estado do Pós-Bem Estar e o Discurso Neoliberal (uma alusão ao caso do Brasil)**. Alter Ágora. n.º 1. Maio-1994. Florianópolis-SC. p. 09-13.

⁴⁰ GIANNINI, op. cit., p. 119-127.

⁴¹ O verbete Estado do Bem-estar do Dicionário de Política de BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, a cargo de Gloria REGONNI, é definido como "Estado que garante 'tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político' (H. L. Wilensky, 1975)". BOBBIO, Norberto. et al. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. vol. I. 4ª ed. Brasília: UnB, 1992. p. 416.

⁴² Ibidem, p. 416.

grande crise que pôs à margem do mercado de trabalho um sem número de trabalhadores e fez com que o Estado novamente interviesse para garantir condições mínimas de vida aos trabalhadores.

As intervenções, porém, tiveram caminhos distintamente traçados pelas orientações ideológicas que conduziram os Estados no pós Primeira Guerra. Os nazi-fascistas pautavam sua ação pela proteção do trabalho através de regimes totalitários e de estruturas corporativas. De outro lado, o *New Deal* norte-americano, realizava suas políticas assistencialistas por meio das instituições democrático-liberais⁴³.

O slogan do Partido Trabalhista Inglês em 1945, "Participação justa para todos", resume muito bem o conceito de universalismo da contribuição que é fundamento do *Welfare State*. O princípio que norteava a ação política estatal na Inglaterra e explicitava o conteúdo fundamental do novo paradigma estatal era:

*independentemente da sua renda, todos os cidadãos, como tais, têm direito de ser protegidos - com pagamentos de dinheiro ou com serviços - contra situações de dependência de longa duração (velhice, invalidez ...) ou de curta (doença, desemprego, maternidade...)*⁴⁴.

As principais conseqüências advindas do aumento das intervenções estatais foram o aumento do produto nacional bruto destinado à despesa pública; a maior quantidade e maior complexidades das estruturas administrativas voltadas para os serviços sociais; crescimento em quantidade e importância da classe dos profissionais do *Welfare State*, ou seja da burocracia; aperfeiçoamento de técnicas de descoberta de necessidades sociais e sua

⁴³ Ibidem, p. 417.

⁴⁴ Ibidem, p. 417.

avaliação; maior clareza no conhecimento do impacto das várias formas de assistência na redistribuição da renda e na estratificação social⁴⁵. Entretanto, não só de benefícios se constituíram as conseqüências do *Welfare State*. Já no fim da década de 60, países como Estados Unidos, Grã-Bretanha e Suécia sentiram as despesas aumentarem mais rapidamente que as entradas, provocando a crise fiscal do Estado. Com o aumento do déficit público veio a instabilidade econômica, inflação, instabilidade social, reduzindo a possibilidade de utilização do *Welfare State*⁴⁶.

Essa última conseqüência, segundo ARGÜELLO, é resultado da contradição primeira do *Welfare State*

que consiste em ter de realizar funções incompatíveis com relação ao subsistema econômico, ou seja, as suas políticas têm de reorganizar e restringir os mecanismos de acumulação capitalista para que estes se autoregulem⁴⁷.

4.3.4. O Estado anti-Social, uma nova configuração do Estado?

Em 1947, quando o *Welfare State* esboçava os seus primeiros passos, substituindo o Estado Liberal e seus pressupostos teórico-políticos, um grupo de intelectuais liberais se reuniu na cidade de *Mont Pèlerin*, na Suíça. Tiveram por anfitrião Friedrich HAYEK, autor do texto *O Caminho da Servidão (1944)*, que é apontado como o precursor teórico do neoliberalismo. Dentre os distintos participantes estavam não só os adversários do Estado de Bem Estar europeu, mas os inimigos mais ferrenhos do *New*

⁴⁵ Ibidem, p. 417.

⁴⁶ Ibidem, p. 417.

⁴⁷ ARGÜELLO, Katie S. C. *Dilemas do Welfare State e ordem periférica*. Alter Ágora. N.º 2. Novembro de 1994. p. 40.

Deal norte-americano. Sentaram-se à mesa neoliberal, recém posta, Milton FRIEDMAN, Karl POPPER, Lionel ROBBINS, Ludwig VON MISES, Walter EUPKEN, Walter LIPMAN, Michael POLANYI, Salvador de MADARIAGA, entre outros conforme narra Perry ANDERSON⁴⁸.

Os Neoliberais de *Mont Pèlerin* tinham por propósito "combater o keynesianismo e o solidarismo que imperavam e preparar as bases de um novo tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro"⁴⁹. Seus argumentos tinham por norte a desigualdade como valor positivo imprescindível, e a igualdade relativa, proporcionada pelo Estado de Bem Estar, era apontada como responsável pela destruição da liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos⁵⁰.

Apesar de semeadas na década de 40, as idéias neoliberais só encontraram terreno fértil para brotarem na década de 70 porque as décadas de 50 e 60, chamadas de décadas de ouro do capitalismo, devido ao seu mais rápido crescimento observado na história, se lhes mostraram muito áridas.

Com a grande crise econômica do modelo econômico do pós-guerra em 1973, momento no qual o mundo capitalista avançado enfrentou uma longa e profunda recessão, as idéias neoliberais encontraram solo fértil para se firmarem como resposta satisfatória para os problemas que estavam postos. A causa dos problemas econômicos, segundo as mentes neoliberais, era o poder excessivo e maléfico dos sindicatos e, de maneira geral, do movimento operário, que através de suas pressões reivindicativas sobre salários e com sua pressão parasitária para que o

⁴⁸ ANDERSON, Perry. **Balanço do Neoliberalismo**. in: GENTILI, Pablo et SADER, Emir (org.). **Pós-neoliberalismo - As políticas sociais e Estado Democrático**. 3 e. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 09-10.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 10.

Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais, corroeu as bases de acumulação capitalista⁵¹.

Esses dois processos foram, segundo a ótica neoliberal, os responsáveis pela destruição dos níveis necessários de lucros das empresas, desencadeando assim processos inflacionários que deram origem a uma crise generalizada das economias de mercado. Para atacar este problema, como aponta ANDERSON, o remédio neoliberal era claro:

manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas pouco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com bem-estar, e a restauração da taxa "natural" de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos. Ademais, reformas fiscais eram imprescindíveis, para incentivar os agentes econômicos. Em outras palavras, isso significava reduções de impostos sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas. Desta forma, uma nova e saudável desigualdade iria voltar a dinamizar as economias avançadas, então às voltas com uma estagflação, resultado direto dos legados combinados de Keynes e de Beveridge, ou seja, a intervenção anticíclica e a redistribuição social, as quais haviam tão desastrosamente deformado o curso normal da acumulação e do livre mercado. O crescimento retornaria quando a estabilidade monetária e os incentivos essenciais houvessem sido restituídos⁵².

Antes mesmo de ser utilizado nos países de capitalismo avançado, o ideário neoliberal foi posto à prova no regime Pinochet no Chile. Diferentemente da Europa, onde prevalecera a orientação neoliberal austríaca de HAYEK, no Chile o grande pensador neoliberal que inspirou e deu contornos teórico-econômicos próprios à ditadura mais severa da América Latina foi FRIEDMAN⁵³...

⁵⁰ Ibidem, p. 10.

⁵¹ Ibidem, p. 10.

⁵² Ibidem, p. 11.

⁵³ Ibidem, p. 19. Dentre as várias perspectivas teóricas abarcadas pelo

O receituário neoliberal chileno iniciou seus programas de maneira dura: desregulação, desemprego massivo, repressão sindical, redistribuição de renda em favor dos ricos, privatização de bens públicos. A união entre ditadura e neoliberalismo não foi mero acaso, nem tão pouco causava estranheza aos olhos dos ideólogos neoliberais. Para HAYEK, conforme ANDERSON,

a democracia em si mesma (...) jamais havia sido um valor central do neoliberalismo. A liberdade e a democracia (...) podiam facilmente tornar-se incompatíveis, se a maioria democrática decidisse interferir com os direitos incondicionais de cada agente econômico de dispor de sua renda e de sua propriedade como quisesse⁵⁴.

Os governos THATCHER na Inglaterra, muito próximos do governo PINOCHET, deram início à implementação do programa neoliberal nos Estados Europeus: contraíram a emissão monetária, elevaram as taxas de juros, baixaram drasticamente os impostos sobre os rendimentos altos, aboliram controles sobre os fluxos financeiros, criaram níveis de desemprego massivos, aplastaram greves, impuseram uma nova legislação anti-sindical e cortaram gastos sociais. Por fim e tardiamente iniciaram um programa de privatização, começando pela habitação pública e passando às indústrias básicas como o aço, a eletricidade, o petróleo, o gás e a água⁵⁵.

A onda neoliberal, aos poucos, dominou toda a Europa Ocidental. Mesmo os países que elegeram governos socialistas não conseguiram ficar imunes às exigências de redução do déficit fiscal e tiveram de se dobrar às novas

neoliberalismo destacam-se: 1. A Escola de Chicago; 2. A Escola Austríaca; a Escola virginiana do *public choice*; e a Anarco-capitalista. Sobre o assunto consultar TOLEDO, Enrique de la Garza. **Neoliberalismo e Estado**. In: LAURELL, Ana Cristina (org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Trad. Rodrigo León Contrera. São Paulo: Cortez, 1995. p. 71-89.

⁵⁴ ANDERSON, op. cit., p. 19-20.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 12.

orientações da economia mundial⁵⁶. O Leste Europeu, por sua vez, contou com os neoliberais mais intransigentes no mundo. Os neoliberais tchecos, movidos pelo ímpeto das Reformas dos Estados Socialistas, não aceitavam qualquer tipo de moderação na aplicação do seu receituário⁵⁷.

Na América Latina, porém, a hegemonia neoliberal só se concretizou após a presidência de Salinas, no México, em 1988, seguido de Menem, na Argentina, em 1989, da segunda presidência de Carlos Andrés Pérez, no mesmo ano, na Venezuela, e da eleição de Fujimori, no Peru, em 1990⁵⁸.

No Brasil as condições necessárias para a implantação do ideário neoliberal só se deram quando o país conheceu a hiperinflação⁵⁹. As primeiras medidas tomadas pelo breve governo Collor apontavam sua adesão ao Consenso de Washington⁶⁰: negociação bilateral com o

⁵⁶ Ibidem, p. 13.

⁵⁷ O primeiro-ministro tcheco, Vaclav Klaus, atacou publicamente o presidente do Federal Reserve Bank dos Estados Unidos no governo Reagan, Allan Greenspan, acusando-o de demonstrar debilidade e frouxidão lamentáveis em sua política monetária. ANDERSON, Perry. op. cit., p. 18.

⁵⁸ Ibidem, p. 20.

⁵⁹ ANDERSON relata uma conversa sua com um amigo no Rio de Janeiro, em 1987, que dá clareza desta necessidade: "Recordo-me de uma conversa que tive no Rio de Janeiro, em 1987, quando era consultor de uma equipe do Banco Mundial e fazia uma análise comparativa de cerca de 24 países do Sul, no que tocava a políticas econômicas. Um amigo neoliberal da equipe, sumamente inteligente, economista destacado, grande admirador da experiência chilena sob o regime de Pinochet, confiou-me que o problema crítico no Brasil durante a presidência de Sarney não era a taxa de inflação demasiado alta - como a maioria dos funcionários do Banco Mundial tolamente acreditava -, mas uma taxa de inflação demasiado baixa. 'Esperemos que os diques se rompam', ele disse, 'precisamos de uma hiperinflação aqui, para condicionar o povo a aceitar a medicina deflacionária drástica que falta neste país'. 'Depois, como sabemos, a hiperinflação chegou ao Brasil, e as consequências prometem ou ameaçam - como se queira - confirmar a sagacidade deste neoliberal indiano.'" ANDERSON, op. cit., p. 21-22.

⁶⁰ "Em novembro de 1989, reuniram-se na capital dos Estados Unidos funcionários do governo norte-americano e dos organismos financeiros internacionais ali sediados - FMI, Banco Mundial e BID - especializados em assuntos latino-americanos. O objetivo do encontro, convocado pelo *Institute for International Economics*, sob o título "Latin American Adjustment: How Much Has Happened?", era proceder a uma avaliação das reformas econômicas empreendidas nos países da região. Para relatar a experiência de seus países também estiveram presentes diversos economistas latino-americanos. Às conclusões dessa reunião é que se daria, subsequentemente, a denominação informal de 'Consenso de Washington'." BATISTA, Paulo Nogueira. **O consenso de Washington: A visão neoliberal dos problemas latino-americanos.** [s.l.:s.d.]. p. 5. "A avaliação que se procedeu no famoso encontro abrangeu dez

Estados Unidos de uma revisão profunda da legislação brasileira sobre informática e propriedade industrial; liberalização do regime de importações, com conseqüente abertura unilateral do mercado brasileiro; conclusão de negociações com a Argentina sobre um mecanismo de salvaguardas das respectivas instalações nucleares, aceitando de fato o Tratado de Não-Proliferação Nuclear no tocante ao regime de salvaguardas⁶¹.

As entranhas do governo "collorido" não tardaram a ser expostas, vindo a público os mais variados tipos de irregularidades da sua administração. Pela primeira vez na história do Brasil um governante foi deposto através do processo democrático do *impeachment*.

O governo transitório de Itamar Franco serviu para reorganizar política e economicamente o Estado. Pelas mãos do então Ministro Fernando Henrique Cardoso implementa-se o 12º Plano Econômico desde 1979. O "autor material do Plano Real", por sua vez, foi o escolhido para lhe dar prosseguimento, passando de Ministro a candidato vitorioso à Presidência da República no pleito de outubro de 1994⁶².

Apesar de querer afastar o caráter neoliberal de seu governo, Fernando Henrique Cardoso de fato implementou boa parte do receituário do Consenso de Washington e manteve durante muito tempo a legitimidade de suas

áreas: 1. disciplina fiscal; 2. periodização dos gastos públicos; 3. reforma tributária; 4. liberalização financeira; 5. regime cambial; 6. liberalização comercial; 7. investimento direto estrangeiro; 8. privatização; 9. desregulamentação; 10. propriedade intelectual. As propostas produzidas para as dez áreas foram regidas por um princípio onipresente: o da soberania absoluta do mercado auto-regulável nas relações econômicas, tanto internas, quanto externas. E para se atingir o mercado pleno trabalhou com dois objetivos básicos: por um lado, a redução drástica do Estado e a corrosão do conceito de nação; de outro, o máximo de abertura à importação de bens e serviços e à entrada de capitais de risco." FIORI, José Luís. **O Consenso de Washington**. São Paulo: informaCUT, n. 247, nov. 1994. p. 14-16. p. 14.

⁶¹ BATISTA, op. cit., p. 42.

⁶² Em 1998, durante a campanha eleitoral para a presidência da República, a disputa pela paternidade do Plano Real se travou entre Fernando Henrique Cardoso (Ministro da Economia do Governo Itamar Franco), Ciro Gomes (predecessor de Fernando Henrique

políticas atrelada ao sucesso da estabilização monetária⁶³.

4.4. Esboço histórico da administração pública brasileira

As próximas linhas buscam traçar os principais aspectos da dominação política sobre o aparato burocrático-administrativo e sua organização desde a incipiente Colônia até o Estado Novo, momento no qual se organiza pela primeira vez uma administração pública com critérios profissionais e públicos de recrutamento, organização e atuação.

Após o Estado Novo a história da administração pública brasileira é apresentada a partir das suas reformas até a Reforma do Estado empreendida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso desde 1995.

4.4.1. Da descoberta à República

Os trinta primeiros anos do território descoberto pelos portugueses que posteriormente veio a se chamar Brasil contaram com as aventuras e desventuras de náufragos, traficantes e degradados⁶⁴. Ao invés de metais preciosos e especiarias, os descobridores se depararam com índios e uma terra desprovida de ouro e prata, de trigo e de gado, de ferro e de vinho. Para o comércio a terra era imprestável, restavam apenas "coisinhas de

Cardoso) e Itamar Franco.

⁶³ Sobre o neoliberalismo consultar: ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Direito e Século XXI - conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna**. Rio de Janeiro: Luam, 1997. pp. 49-70, 73-89 e 93-120; SORMAN, Guy. **O Estado Mínimo**. Trad. Alexandre Damion Guasti. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1978. pp. 7-9 e 18-50; TOLEDO, Enrique de la Garza. **Neoliberalismo e Estado**. In: LAURELL, Ana Cristina (org.) **Estado e Políticas Sociais no neoliberalismo**. Trad. Rodrigo León Contrera. São Paulo: Cortez, 1995. p. 71-89; PETRAS, James. **Os fundamentos do neoliberalismo**. Trad. Amílcar D'Avila de Mello. mimeo; ARRUDA JR., Edmundo Lima de. et RAMOS, Alexandre (orgs.). **Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho**. Curitiba: Edibej, 1998. 298 p.

⁶⁴ BUENO, Eduardo. **Náufragos, traficantes e degradados: as primeiras expedições ao Brasil**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998. 200 p.

pouco valor", assinala desdenhosamente Caminha em sua carta⁶⁵.

Assim como a Índia e a África eram tidas como empresas para o Reino de Portugal, o Brasil, por muito tempo não passará de "um negócio do rei, integrado na estrutura patrimonial, gerida pela realeza, versada nas armas e cobiçosamente atenta ao comércio"⁶⁶. O comércio em território brasileiro se volta principalmente para a extração e exportação do pau-brasil e de especiarias como a pimenta. A falta de metais preciosos aliada aos crescentes negócios da Coroa Portuguesa na África e Índia levam o monarca D. Manuel a arrendar a exploração das terras encontradas na margem ocidental do oceano Atlântico. Tal arrendamento foi levado a cabo através de contrato entre o reino de Portugal e um consórcio de ricos mercadores lusitanos liderado por Fernando de Noronha em 1502⁶⁷.

A primeira unidade administrativa do império português no Brasil foi a feitoria, que consistia num "mero galpão de madeira, cercado por uma paliçada de toras pontiagudas, tendo por mobília somente arcas e caixotes e onde, ao longo do ano inteiro, ficavam apenas três ou quatro homens"⁶⁸. Seus funcionários tinham por função fiscalizar e guardar o pau-brasil extraído do território brasileiro. Todavia, esta pequena estrutura não daria conta da empreitada colonizadora que já se fazia necessária para assegurar a posse e exploração do território brasileiro em proveito do comércio europeu, verdadeiro sentido da colonização tropical, alimentada por açúcar, tabaco, ouro e café pelos séculos seguintes⁶⁹. A feitoria passa, então, ao status de agência de distribuição de terras, de cobrança de tributos, cumulando o poder administrativo com as funções bancárias e mantém-se até o surgimento das capitanias hereditárias.

Pela pena real surge o primeiro "programa"⁷⁰ colonizador do

⁶⁵ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder - formação do patronato político brasileiro**. 10ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Globo, 1996. p. 100.

⁶⁶ Ibidem, p. 107.

⁶⁷ BUENO, op. cit., p. 66.

⁶⁸ Ibidem, p. 79.

⁶⁹ FAORO, op. cit., p. 115.

⁷⁰ Muito mais do que um programa colonizador houve, de fato, uma reação às constantes ameaças internas e externas à posse do território português nos

território brasileiro: as capitanias hereditárias. "A capitania seria um estabelecimento militar e econômico, voltado para a defesa externa e para o incremento de atividades capazes de estimular o comércio português"⁷¹. O capitão recebia através da carta de doação território e atributos da autoridade soberana, exercendo seus poderes dentro dos limites da competência pública atribuída, quer pelas ordenações do reino, quer pelo conceito dos poderes centralizadores do soberano. Após, era entregue à capitania o foral que estipulava os direitos, foros, tributos e coisas que deveriam ser pagos ao rei e ao donatário. A constante vinculação dos poderes dos donatários à vontades do soberano permitiu aos historiadores concluir que o rei dava a terra para o donatário administrá-la como província ao invés de propriedade privada⁷².

As capitanias não conseguiram dar conta da defesa do negócio do rei das ameaças externas e internas e os dois núcleos que prosperaram, Pernambuco e São Vicente, serviram de modelo para a reforma do sistema. Através do *Regimento*, de 17 de dezembro de 1548, institui-se o Governo-Geral. "O governo-geral não nasce da ruína da colônia, mas da esperança de seus lucros"⁷³. A Carta de Nomeação de Tomé de Sousa, por sua vez, fixa os poderes do governador. Esta nova estrutura administrativa da colônia, centralizada na figura do governador-geral e hierarquicamente subordinada ao soberano português, absorve as capitanias, revogando os direitos públicos dos capitães. Contudo, respeita o instituto patrimonial dos mesmos e retoma esses direitos somente através de compra, renúncia dos proprietários ou justo confisco⁷⁴.

Os agentes coloniais são reduzidos a agentes do soberano. Ao Governador-Geral somam-se variadas atribuições que têm por finalidade reduzir o espaço econômico ao espaço administrativo⁷⁵. O Governador-Geral governava mas não podia fazê-lo sozinho, ao seu

trópicos.

⁷¹ FAORO, op. cit., p. 117.

⁷² *Ibidem*, p. 119. Cf. tb. nas págs. 121-122 a comparação feita pelo autor da experiência colonizadora inglesa na América do Norte e a experiência portuguesa.

⁷³ *Ibidem*, p. 141.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 145.

lado faziam uso de atribuições autônomas o ouvidor-mor (justiça), o provedor-mor (fazenda) e as juntas gerais (assessoria institucionalizada).

Com essas medidas completava-se a obra de incorporação e absorção dos assuntos públicos da colônia à autoridade real, por meio de seus agentes diretos. Era a unidade administrativa, judicial e financeira, assentada sobre a disciplina da atividade econômica⁷⁶.

Para combater o poder sem "rédeas" do fazendeiro ou do senhor de engenho e dominar as populações dispersas implantam-se os municípios, aumentando-se a malha burocrática a serviço do estamento⁷⁷ que geria a monarquia centralizada do século XVI. O esquema da administração pública na colônia estava completo: rei, governador-geral (vice-rei), capitães (capitanias) e as autoridades municipais. Autoridades estas servidas por agentes públicos e agentes por delegação⁷⁸. Todavia, a "objetividade, a impessoalidade das relações entre súdito e autoridade, com os vínculos racionais de competências limitadas e controles hierárquicos, será obra do futuro, do distante e incerto futuro"⁷⁹.

De colônia para metrópole, de vice-reino para império, de periferia para centro. Em 29 de novembro de 1807 emigra a corte

⁷⁵ Ibidem, p. 145.

⁷⁶ Ibidem, p. 146.

⁷⁷ "O estamento, quadro administrativo e estado-maior de domínio, configura o governo de uma minoria. Poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos. O grupo dirigente não exerce o poder em nome da maioria, mediante delegação ou inspirado pela confiança que do povo, como entidade global, se irradia. É a própria soberania que se enquista, impenetrável e superior, numa camada restrita, ignorante do dogma do predomínio da maioria". (FAORO, op. cit., p. 88)

⁷⁸ O funcionário será apenas a sombra real, não tendo o cargo como um negócio a explorar. Porém a sombra, como adverte o Padre Vieira, citado por FAORO, "quando está no zênite, é muito pequenina, e toda se vos mete debaixo dos pés; mas quando o sol está no oriente ou no ocaso, essa mesma sombra se estende tão imensamente, que mal cabe dentro dos horizontes. Assim nem mais nem menos os que pretendem e alcançam os governos ultramarinos. Lá onde o sol está no zênite, não só se metem estas sombras debaixo dos pés do príncipe, senão também de seus ministros. Mas quando chegam àquelas Índias, onde nasce o sol, ou a estas, onde se põe, crescem tanto as mesmas sombras, que excedem muito a medida dos mesmos reis de que são imagens". (FAORO, op. cit., p. 171-2).

⁷⁹ FAORO, op. cit., p. 172. A análise detida sobre os traços gerais da organização administrativa, social, econômica e financeira da colônia é feita pelo autor nas páginas 171-240.

portuguesa para seu refúgio seguro, distante das garras napoleônicas. Leva consigo metade do dinheiro circulante, ouro e prata, e de 10.000 a 15.000 pessoas, sem contar os militares. Para trás deixa um povo bestializado com sua atitude e um país abandonado sem sequer um combate.

As acomodações administrativas para a corte se dão com o modelo de organização lisboeta do poder soberano. Assim nobres portugueses tinham garantido o ofício exercido em Lisboa: "comer à custa do Estado e nada fazer para o bem da nação"⁸⁰. O eixo da política se manteria na direção dantes apontada: o reino deveria servir à camada dominante, ao seu desfrute e gozo⁸¹. O soberano e seus três ministros mantêm os precedentes absolutistas do sistema monocrático e reduzem os conselhos a órgãos quase decorativos. Também a aristocracia nativa é alijada dos altos cargos do embrionário Estado-nação que começa a se gestar no seio do crescimento comercial e industrial e da urbanização da capital do Império Ultramarino.

Mais do que finalidade, as condições político-econômicas para criação de um Estado-nação foram, sobretudo, imposições para a sobrevivência da Corte. O gradual e complicado retorno do rei para Portugal foi acompanhado pelos brasileiros que temiam um retrocesso através de uma recolonização, intenção essa subjacente à proposta de Reino-unido, alinhavada com o fio do liberalismo português e brasileiro nascentes. A instituição política ganha traços republicanos e as Cortes voltam a se reunir sob o Reino de Portugal, Brasil e Algarves. Apesar de admitirem os deputados brasileiros, as Cortes mantinham maioria parlamentar portuguesa e evitavam qualquer possibilidade de reversão da ação recolonizadora perpetrada pela Coroa mediante decisões como a da independência das províncias em relação ao Rio de Janeiro e a unidade do exército brasileiro que permitia remoção de tropas para e de Portugal. O cenário da independência aos poucos ia se formando e a ruptura com

⁸⁰ LIMA, Oliveira. *Dom João VI no Brasil*. vol. I. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1945. p. 203 e 204. *Apud* FAORO, op. cit., p. 251.

⁸¹ FAORO, op. cit., p. 251.

o reino de Portugal se inicia com o Fico do príncipe D. Pedro em janeiro de 1817.

À ruptura não se seguiu uma mudança na estrutura administrativa e ao passo que o agora Defensor Perpétuo do Brasil reorganizava as bases do Estado, auxiliado pelo gabinete José Bonifácio, a burocracia era transplantada guardando fidelidade ao molde do Almanaque de Lisboa, atrelada ao cortejo do futuro imperador⁸².

Os ventos da independência não conseguiram libertar o Brasil da Monarquia Absolutista e a primeira Constituição do Império brasileiro é outorgada por D. Pedro I em 1824. O monarca assegura para si o comando da administração e da política através do quarto poder do Estado, o poder moderador. E o

sistema criado pela Carta de 1824 e calcado sobre a tradição portuguesa assume caráter próximo à oligarquia que o imperador preside. A supremacia da coroa mitiga-se por órgãos de controle saídos das entranhas monárquicas, o Senado e o Conselho de Estado, e por via de um órgão dependente da eleição, a Câmara dos Deputados⁸³.

Enquanto a organização política do Estado brasileiro enfrentava suas contradições internas, ora tendendo à mão absolutista, ora aos anseios liberais, a organização administrativa era terreno vasto e fértil para o controle social através das práticas caudilhistas⁸⁴. As denúncias se faziam ouvir através da verve literária das Cartas do Solitário:

(...) os erros administrativos e econômicos que afligem o império, não

⁸² Ibidem, p. 279.

⁸³ Ibidem, p. 291.

⁸⁴ "A lei, para se impor, recorre aos seus instrumentos artificiais: artificial autoridade, artificial serão todos os elos de comando. O cargo público, a velha realidade do estamento, será o único foco de poder, poder que dá prestígio, enobrece, propicia e legitima a riqueza. Para conquistá-lo e para conservá-lo desencadeiam-se as energias, ferozes ou manhosas, de acordo com as circunstâncias e com a oportunidade. Mandar, e não governar, será o alvo - mando do homem sobre o homem, do poderoso sobre o fraco, e não o respeito a direitos superiores ao jogo do poder. O emprego público sagra-se na presa do vencedor, expressão de caudilhismo". (FAORO, op. cit., p. 310). Veja-se também na mesma obra a p. 309. Sobre o termo caudilhismo consultar BOBBIO, Norberto, et alli. Dicionário de Política. op. cit., p. 156.

são exclusivamente filhos de tal ou tal indivíduo que há subido ao poder, de tal ou tal partido que há governado: não; constituem um sistema seguido, compacto, invariável. Eles procedem todos de um princípio político afetado de raquitismo, de uma idéia geradora e fundamental: a onipotência do Estado, e no Estado a máquina central, e nesta máquina certas e determinadas rodas que imprimem movimento ao grande todo⁸⁵.

O cargo público ganha status nobiliário ao proporcionar ao seu ocupante exercício do poder usurpado da soberania popular. Todos estes fatores de organização administrativa e política vão compor o patronato. Ou seja, o instrumento em que a aristocracia burocrática, o estamento superior, se expande e sustenta.

Não se trata de uma classe, grupo ou camada que se apropria do Estado, do seu mecanismo burocrático, para o exercício do governo. Uma categoria social, fechada sobre si mesma, manipula lealdades com o cargo público, ela própria, sem outros meios, assentada sobre as posições políticas. Entre a carreira política e a dos empregos há uma conexão íntima e necessária, servindo o Estado como o despenseiro de recursos, para o jogo interno da troca de vantagens. Essa coluna parte do imperador e vai até às eleições paroquiais, articula-se na vitaliciedade e se projeta nas autoridades policiais e judiciárias donas dos votos, no manejo caricato da soberania nacional⁸⁶.

Esta situação perdura durante os dois reinados do Império brasileiro e passa a ser ameaçada somente no final do século XIX com a proclamação da República.

4.4.2. Da República Velha até o Estado Novo

A ruptura socio-política com o Estado patrimonialista e a dominação tradicional com quadro administrativo burocrático se dá de forma gradual e lenta, consumindo décadas de esforços abolicionistas e liberais na direção do Estado Federado com administração descentralizada, de caráter antiestamental e antiburocrático.

⁸⁵BASTOS, A. C. Tavares. **Cartas do Solitário**. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1938. p. 29. *Apud* FAORO, op. cit., p. 387.

⁸⁶FAORO, op. cit., p. 390-91.

O poder não seria mais a expressão do centro, da aliança entre o trono hereditário e as categorias vitalícias com a riqueza mobiliária e do crédito, unificadoras e asfixiantes. Ele deveria irradiar-se dos acampamentos territoriais, agrupados regionalmente nas províncias. Certo, apesar da retórica liberal, não será a inversão obra do povo, mas das camadas aptas, pela riqueza, a falar em nome dele, em tutelas dispersas, substituindo a tutela imperial, concentrada. **O estamento romperá, recuando ao segundo plano, dispersado mas não extinto, ocupando o lugar vazio uma constelação pactuada, sob o comando dos grandes Estados, ou de um grande Estado acaudilhado por algumas estrelas de pequena grandeza.** Para que se consagre a ruptura, será necessário que o estamento se divida, com a inimizade voltada contra seu setor mais vivaz, incompreendido e amordaçado dentro da ordem imperial esclerosada. Transição de poucos anos, que leva a um sistema federal, de caráter liberal mas não democrático. Em revide às tendências paternalmente democráticas, mas não liberais do velho sistema, abroquelado no capitalismo politicamente orientado, a estrutura republicana, contestado como oligárquica, enfrentará todos os desafios⁸⁷. (grifo acrescentado)

Para expandir o liberalismo econômico o sistema financeiro será organizado e o sistema político se sustentará na política dos governadores⁸⁸ baseada no aliciamento eleitoral do coronelismo⁸⁹.

⁸⁷ Ibidem, p. 467-68.

⁸⁸ A sustentação política do governo se estabelece através de apoio dos governadores dos Estados aos interesses da Presidência de Campos Sales em troca do apoio presidencial aos candidatos dos governadores nas eleições para a Câmara e Senado.

⁸⁹ "O fenômeno coronelista não é novo. Nova será sua coloração estadualista e sua emancipação no agrarismo republicano, mais liberto das peias e das dependências econômicas do patrimonialismo central do Império. O coronel recebe seu nome da Guarda Nacional, cujo chefe, do regimento municipal, investia-se daquele posto, devendo a nomeação recair sobre pessoa socialmente qualificada, em regra detentora de riqueza, à medida que se acentua o teor de classe da sociedade. Ao lado do coronel legalmente sagrado prosperou o 'coronel tradicional', também chefe político e também senhor dos meios capazes de sustentar o estilo de vida de sua posição. O conceito entrou na linguagem corrente por via do estilo social, inclusive na vida urbana, com predominância sobre sua função burocrática e política. 'Homens ricos, ostentando vaidosamente os seus bens de fortuna, gastando os rendimentos em diversões lícitas e ilícitas - foram tais 'coronéis' os que deram ensejo ao significado especial que tão elevado posto militar assumiu, designando demopsicologicamente 'o indivíduo que paga as despesas'. E assim, penetrou o vocábulo 'coronelismo' na evolução político-social do nosso país, particularmente na atividade partidária dos municípios brasileiros.' (...) O coronel, antes de ser um líder político, é um líder econômico, não necessariamente, como se diz sempre, o fazendeiro que manda nos seus agregados, empregados ou dependentes. O vínculo não obedece a linhas tão simples, que se traduziriam no mero prolongamento do poder privado na ordem pública. Segundo esse esquema, o homem rico - o rico por excelência, na sociedade agrária, o fazendeiro, dono da terra - exerce poder político, num mecanismo onde o governo será o reflexo do patrimônio pessoal. Mais um passo lógico: o coronel, economicamente autônomo, formará o primeiro degrau da estrutura política, projetada de baixo para cima. Se a riqueza é substancial à construção da pirâmide, não é fator necessário, o que significa que pode haver coronéis remediados, não senhores de terras, embora seja impossível a corporificação no pobre ou no dependente, destituível de sua posição a arbitrio alheio. Ocorre que o coronel não manda porque tem riqueza, mas manda porque se lhe reconhece esse poder, num pacto não escrito. Ele recebe - recebe ou conquista - uma fluida delegação, de origem central no Império, de fonte estadual na República,

Tal cenário, que conduz o país com um governo de oligarquias que se revezavam no poder central através da política do café com leite, só entrará em crise na década de vinte, movido pela quebra do pacto de alternância política no governo central, que ora pertencia a São Paulo, ora a Minas Gerais. Minas, Rio Grande do Sul e Paraíba formam a aliança liberal e lançam Getúlio Vargas a presidente e João Pessoa a vice, chapa que será derrotada pela de Júlio Prestes no pleito de março de 1930. Derrota sofrida apenas nas urnas, pois o poder central será tomado pela Revolução que depõe o presidente Washington Luís e transfere o comando do país para a Junta Militar que se encarregará de passá-lo a Vargas.

O Estado que começa a se formar no governo provisório de Vargas incorpora os problemas sociais em seu mecanismo, pacificando-os. Será um Estado orientador, alheio às competições, paternalista, sob o controle de um líder e sedimentado numa burocracia superior, estamental e sem obediência a imposições de classe⁹⁰.

graças à qual sua autoridade ficará sobranceira ao vizinho, guloso de suas dragonas simbólicas, e das armas mais poderosas que o governador lhe confia. O vínculo que lhe outorga poderes públicos virá, essencialmente, do aliciamento e do preparo das eleições, notando-se que o coronel se avigora com o sistema da ampla eletividade dos cargos, por semântica e vazia que seja essa operação." (FAORO, op. cit., p. 621-22) Ainda sobre a relação do coronel com o poder estadual: "O coronel fazia a política e complementava a administração pública, no âmbito municipal, dentro do partido, partido único mas não monolítico, tumultuado na base por dissensões de famílias e grupos, sedentos da conquista do poder, que, por não reconhecido burocraticamente, se volatiza, entregue às ambições e aos interesses. O coronelismo se manifesta num 'compromisso', uma 'troca de proveitos' entre o chefe político e o governo estadual, com o atendimento, por parte daquele, dos interesses e reivindicações do eleitorado rural." (FAORO, p. 631) Sobre a tipificação sociológica dos coronéis FAORO diz o seguinte: "são, essencialmente, *honoratioren*, pessoas que, graças à sua situação econômica, podem dirigir um grupo como profissão acessória não retribuída, ou mediante retribuição nominal ou honorária, sustentados pelo apreço comum, de modo a gozar da confiança dos seu círculo social." (p. 636). Veja-se também sobre o coronelismo LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 4ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978. 273 p.

⁹⁰ FAORO, op. cit., p. 693. Em inspirado ensaio sobre o liberalismo e a ordem patrimonialista, Faoro defende a idéia, já presente em *Os Donos do Poder*, de que "não seriam as classes que emergem nos tempos modernos o eixo da sociedade [brasileira], mas um antagonismo limitado a governantes e governados, debilitados estes, como escreveu Max Weber, diante de 'um grupo burocrático, burocraticamente estratificado', cuja tradução seria a ordem política autocrática. O poder estatal seria, diretamente ou de uma maneira derivada, o dono das terras e o regulador da economia. Este tipo social, alternativa do feudalismo, é o patrimonialismo, subtipo, na sociologia weberiana, da dominação tradicional (nesta incluída o patriarcalismo e a gerontocracia). É claro, adverte o criador da ordem triplíce de

4.5. Reformas Administrativas no Brasil

Neste item descreve-se a Administração Pública na perspectiva de suas Reformas Administrativas. Procura-se contextualizar as reformas administrativas no âmbito do aparelho estatal brasileiro e sua vinculação com os conceitos e pressupostos da administração pública praticados no Brasil ao longo de sua história.

A periodização adotada está adstrita à ordem cronológica das Reformas, que tiveram início, para efeitos deste estudo, no Estado Novo com a tentativa de implementação de uma Administração Pública com aparato burocrático, sob uma dominação racional-legal.

4.5.1. A Reforma Administrativa da década de 30

A primeira reforma administrativa acaba sendo desencadeada pela Constituição de 1934 que passa a assegurar a estabilidade no serviço público e o ingresso nos cargos públicos de carreira exclusivamente mediante aprovação em concurso⁹¹.

Seguem-se a este intento as medidas adotadas em 1935 pelo Governo Vargas, que criam o Conselho Federal do Serviço Público Civil - CFSPC em 1936, através da chamada "Lei do Reajustamento", e o Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP em 1938⁹².

dominação (tradicional, carismática e racional), que não há, na realidade, tipos puros: ao lado, ou dentro, de uma dominação carismática, convivem formas, traços ou aspectos da dominação tradicional, assim como na dominação racional-burocrática pode existir, com predomínio em muitos aspectos, a dominação tradicional. Ou, em outras palavras: um tipo pode desfigurar-se com a presença, real e não de fachada, de outro tipo." FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista da USP. São Paulo: Edusp, 1997. p. 14-29.

⁹¹ Brasil. Constituição. Constituições que marcaram o século XX: edição comemorativa: 1934, texto original; 1946, texto original; 1967, texto original; 1988, atualizada até março de 1999. Brasília: Senado Federal, 1999. p.60. Constituição de 1934 art. 168: "Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir." Art. 169: "Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa."

⁹² SANTOS, Luiz Alberto dos. **Reforma Administrativa no contexto da Democracia: A PEC nº 173/95, suas implicações e adequação ao Estado Brasileiro**. Brasília: DIAP, 1997.

Essas medidas foram as primeiras a serem tomadas com o objetivo de combater as práticas patrimonialistas, clientelistas e fisiológicas que permeavam o quadro administrativo burocrático brasileiro.

O diagnóstico da situação da administração pública veio à luz através do relatório da "Comissão Nabuco"⁹³ que fora incumbida pela Lei nº 51 de 14 de maio de 1935 de apresentar proposta de reorganização administrativa e revisão geral de vencimentos do funcionalismo público. Em 25 de setembro de 1935 o resultado dos trabalhos da Comissão é dado ao conhecimento público e revela uma situação caótica na administração de pessoal. As medidas apresentadas eram a redução de denominação de cargos, agrupando-os em classes iguais pela igualdade de atribuições. Ainda propôs a criação de um Conselho do Serviço Público Civil para promover concursos para provimento de cargos públicos⁹⁴.

Os resultados apresentados pela subcomissão não satisfizeram o Ministério da Fazenda, que determinou que o relatório fosse revisto por outra subcomissão presidida pelo Deputado José Bernardino. Essa segunda subcomissão apresentou um substitutivo ao relatório cuidando apenas do impacto financeiro das mudanças propostas pela Comissão Nabuco. O impasse se estabeleceu e a Comissão Mista encaminhou ao presidente a responsabilidade para resolvê-lo. Este designou uma comissão consultiva para apresentar sugestões para a solução do problema do reajustamento⁹⁵.

A *Comissão do Reajustamento*, como depois fora chamada, composta somente por representantes do Executivo, apresentou ao Presidente da República proposta que preservava, em traços gerais, o relatório da Comissão Nabuco. Os esforços dessa Comissão resultaram na promulgação da Lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, que criou o Conselho Federal do Serviço Público Civil - CFSPC -

p. 30.

⁹³ A Comissão Nabuco era uma subcomissão da Comissão Especial, composta por representantes do Executivo e Legislativo, criada pela Lei nº 51 e presidida pelo Ministro da Fazenda. Coube, então, ao diplomata Maurício Nabuco presidir a subcomissão que tinha por tarefa estudar a possibilidade de um ajustamento dos quadros do serviço público.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 32.

marco histórico inicial da reforma da administração de pessoal no Brasil⁹⁶.

As idéias da Comissão Nabuco ainda alcançaram o texto constitucional de 1937 e subsidiaram a redação do artigo 67⁹⁷, que determinava a criação de um Departamento Administrativo junto à Presidência da República, com atribuições de estudar pormenorizadamente as

repartições, departamentos e estabelecimentos públicos com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas no serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público⁹⁸.

dentre outros comandos normativos relativos ao orçamento público. Por força normativa constitucional surge o DASP - Departamento Administrativo do Serviço Público⁹⁹ - que se organiza segundo o Decreto-Lei nº 579, de julho de 1938, substituindo o CFSPC. Seguiu-se ao DASP o Decreto-Lei que criou o primeiro estatuto dos funcionários públicos do Brasil, nº 1.713, de 28 de outubro de 1939.

As condições sócio-políticas da época somadas à falta de apoio do Presidente Vargas à reforma deixaram em estado de latência as mudanças orientadas para romper com as práticas clientelistas da

⁹⁶ Ibidem, p. 32. O autor destaca ainda que a partir da reforma de 1936 deram-se os passos fundamentais para a institucionalização do sistema do mérito previsto na Constituição de 34. O CFSPC proporcionou a formulação de estudos para a organização dos serviços públicos. Os ministérios criaram dentre seus âmbitos de atuação Comissões de Eficiência, direcionadas para a análise e proposições de soluções para os problemas administrativos, e para proposição de lotação e relocação das repartições e transferências de funcionários.

⁹⁷ CF 1937, art. 67: "..."

⁹⁸ SANTOS, Luiz Alberto dos, op. cit., p. 32-33.

⁹⁹ O DASP, conforme informa SOUZA, citado por SANTOS, era a versão brasileira do *Service Commission* americano e tinha dois propósitos: melhoria dos padrões éticos, segundo critérios objetivos de recrutamento, seleção, classificação de cargos e promoção de pessoal, criando um serviço civil profissionalizado, fora do alcance dos políticos, e a garantia de aperfeiçoados padrões de competência técnica. Para alcançar este primeiro propósito era necessário a realização de uma reforma da administração de pessoal cujas características específicas contemplavam a igualdade de oportunidade para ingresso no serviço público; a ênfase nos aspectos éticos e jurídicos das questões de pessoal, valorizando-se a impessoalidade e coibindo-se privilégios; e a padronização classificatória e salarial dos cargos. SANTOS, Luiz Alberto dos, op. cit., p. 33.

administração pública. A situação perduraria mesmo após a promulgação da Constituição de 1946, que acolheu de forma tímida em seu texto o sistema de mérito na contratação dos servidores. É o que se observa nos artigos 23, 186, e 188 da Carta Magna vigente àquela época. O despertar se deu com o retorno de Getúlio em 1951 e através da aprovação do segundo Estatuto dos Servidores Públicos Civis - Lei nº 1.711/52 e da elaboração do anteprojeto de Reforma Geral da Administração Federal, que abordou pela primeira vez o tema da descentralização, da institucionalização do planejamento e da coordenação intragovernamental, e iniciou os estudos destinados à organização de um quadro de carreiras - materializado pela Lei nº 3.780/60. Data desse mesmo ano a criação da EBAP - Escola Brasileira de Administração Pública -, primeira experiência nacional de ensino superior de administração pública¹⁰⁰.

Apesar dos esforços demonstrados acima as práticas clientelistas e nepotistas se sobrepuseram à racionalização formal da administração pública e reafirmaram sua utilização como forma de viabilizar eleições e sustentar politicamente governos.

Com Kubitchek não fora diferente. Pelo contrário, viveu-se um momento político em que o Plano de Metas era dado como verdade incontestável e qualquer formalidade administrativa deveria ser deixada de lado em prol da eficácia das políticas públicas. Ao se deparar com uma máquina administrativa incapaz de implementar o Plano de Metas, e diante da impossibilidade de reformulá-la, visto que a base de sustentação política de seu governo passa pelo clientelismo, Kubitchek cria os Grupos Executivos, verdadeiras estruturas administrativas paralelas orientadas por uma ação pragmática e promessas de superação das formalidades da administração pública clássica¹⁰¹.

¹⁰⁰ SANTOS, Luiz Alberto dos, op. cit., p. 35.

¹⁰¹ SANTOS, Luiz Alberto dos, op. cit., p. 36.

4.5.2. A Reforma de 1963 - Comissão Amaral Peixoto

Com a designação do deputado Ernani do Amaral Peixoto para o Ministério Extraordinário para a Reforma Administrativa, criado pelo Governo João Goulart, retomam-se os trabalhos sobre a reforma.

Um dos principais projetos originários dos trabalhos da comissão foi o de Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal, posteriormente incorporado pelo Decreto-lei 200/67, assente em alguns princípios norteadores: fixação de responsabilidades, descongestionamento das chefias superiores, sistematização, racionalidade, controle, planejamento e orçamento, descentralização e coordenação¹⁰².

A força do clientelismo, porém, continuava dando sinais de supremacia. Em 1962, o Congresso Nacional derruba o veto presidencial sobre a flexibilização de requisitos para a inclusão no Plano de Cargos da Lei nº 3.780/60, dos extranumerários, interinos, recibados e outros que não preenchiam os requisitos mínimos, promovida pela Lei nº 4.069/62¹⁰³.

4.5.3. A Reforma de 1967

A reforma administrativa de 1967, feita sob o manto negro da ditadura militar, livre dos "empecilhos" do regime democrático para sua implementação, também veio a naufragar.

Apesar de dar continuidade aos trabalhos já realizados por outras comissões, a COMESTRA - Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa Econômica - constituída em outubro de 1964, teve de aguardar

¹⁰² SANTOS, Luiz Alberto dos, op. cit., p. 37.

¹⁰³ Ibidem, p. 37.

praticamente três anos para que visse seu anteprojeto convertido em lei pelo Decreto-Lei nº 200/67. Na opinião de MATTOS, o Decreto-lei 200/67 propunha a organização de um serviço público do tipo weberiano ao adotar a contratação mediante concurso público, a partir de critérios objetivos, assegurando uma carreira com boas perspectivas profissionais dentro de padrões disciplinados e éticos¹⁰⁴.

Porém a nova ordem jurídico-administrativa não foi capaz de abandonar o espectro do patrimonialismo¹⁰⁵ e tanto o decreto-lei 200/67 quanto a Constituição Federal de 1967 admitiam ainda a contratação sem concurso, conforme se afere dos artigos 96 e 97 do decreto e 177, § 2º, da Constituição.

Outro aspecto que caracterizou a Reforma Administrativa de 1967 foi a flexibilização da Administração Pública mediante a adoção de mecanismos de gestão mais próximos aos do setor privado. Dessa forma foram criadas diversas empresas públicas, autarquias e fundações que aos poucos foram se tornando espaço profícuo à autonomização frente ao controle da Administração Direta.

¹⁰⁴ MATTOS, Pedro Lincon. Racionalização Administrativa versus concepções patrimonialistas no provimento de pessoal no serviço público federal: o Ministério da Educação e Cultura entre 1960 e 1985. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV, vol. 28, nº 1, p. 70-86.

¹⁰⁵ FAORO adverte que: "O patrimonialismo, em certas situações, permanece atuante debaixo de uma ordem nominalmente racional-burocrática que encobre um tipo patrimonial. Em todos - ou quase todos - os casos de recepção do capitalismo, quer o comercial, quer o industrial, esse fenômeno torna-se visível. Em outros casos, quando o patrimonialismo se desenvolve num patrimonialismo de quadro administrativo, como nas monarquias ibéricas, o capitalismo adquire um caráter político, do qual dificilmente se desvinculará. Pode-se dizer - no caso da recepção do capitalismo de fora - que a ordem nominal racional-burocrática tem uma função pedagógica, instituindo, primeiro pela adoção de rótulos e medidas, um novo tipo, ao tempo que dissolve o quadro antigo. O exemplo clássico é a Índia. O Brasil tem as características de uma e de outra modalidade. Herdeiro do patrimonialismo português, recebeu, com a independência, o impacto do mundo inglês, já moderno, adotando a máscara capitalista e liberal, sem negar, ou, como se diria com mais propriedade, sem superar o patrimonialismo." FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista da USP. São Paulo: Edusp, 1997. p. 17.

A consequência direta desta postura foi a impossibilidade de contrapor-se à influência política na contratação de servidores públicos, haja vista a possibilidade de contratação de servidores públicos sob o sistema jurídico da Consolidação das Leis de Trabalho e a possibilidade de contratação de empresas para prestação de serviços temporários¹⁰⁶.

A efetivação destes trabalhadores contratados por prazo determinado se deu em virtude do reconhecimento do vínculo deles com a administração em 1969 e a limitação deste tipo de contratação viria surgir somente com o Decreto n.º 66.715 de 15/07/1970. Além de tardia, a limitação não conseguiu graus máximos de eficácia e as contratações continuavam sendo feitas, especialmente no âmbito das universidades federais¹⁰⁷.

Outro espaço da Administração Pública que se autonomizou frente à Administração Direta foram as chamadas "ilhas de excelência", grandes estatais que mantinham Plano de Carreira Administrativa próprio e profissionais muito bem qualificados nas suas especialidades, dificultando assim o controle pelo órgão ministerial responsável.

O espírito de corpo presente nestas estatais (Petrobrás, Cia. Vale do Rio Doce, Eletrobrás, etc.) e uma visão intra-governamental valorizadora da lealdade corporativa e organizacional, gerou um comportamento de

¹⁰⁶ É relevante, a esse respeito, o exemplo da empresa Audiplan - Auditoria e Planejamento Ltda., que contratava pessoal de qualquer especialidade, nominalmente indicada ou não por autoridades do Ministério da Educação, para trabalhar nesse ministério. Ao final do mês, o MEC passava à empresa o montante necessário para a folha de pagamento, acrescido de um percentual de comissão. Em 1971, os "contratados" foram absorvidos pelo MEC, em tabelas especiais regidas pela CLT. MATTOS, op. cit., p. 81.

¹⁰⁷ Conforme MATTOS, op. cit., p. 82, o Ministério da Educação mostrou-se não apenas criativo, mas verdadeiramente empenhado em utilizar-se de mecanismos "ágeis" de contratação de pessoal, à revelia das limitações legais ou constitucionais vigentes. Efeito disso foi a contratação de professores por prazo determinado e de "colaboradores eventuais" ou "horistas" e sua posterior inclusão no quadro permanente das universidades na condição de professores assistentes. p. 82.

submissão à eficiência técnica sem compromissos com a sociedade, e profundamente comprometida com o Governo¹⁰⁸.

4.5.4. A Reforma da Nova República

A Reforma Administrativa movida pelo governo civil se deu através da Comissão Geral do Plano de Reforma Administrativa, que em fevereiro de 1986 apresentou suas propostas, apoiadas em três eixos: racionalização das estruturas administrativas, formulação de uma política de recursos humanos e contenção dos gastos públicos¹⁰⁹.

Para atacar o estamento burocrático que dominava o poder do Estado, resultado da descentralização administrativa através da administração indireta, implantada durante o governo militar, a reforma investia no fortalecimento da administração direta. Este fortalecimento estava apoiado na reunificação do regime jurídico aplicável aos servidores, em torno do regime estatutário; a implantação de um plano de classificação de cargos e de carreiras para os servidores públicos federais; a criação da Escola Nacional de Administração Pública - ENAP - e a redução progressiva dos cargos comissionados de livre provimento¹¹⁰.

Desta vez a tão esperada reforma administrativa voltada para a implementação da administração burocrática não se concretizou, segundo MARCELLINO, por ter sido enfatizado o seu aspecto econômico, além de sua excessiva abrangência e superficialidade, bem como pelo momento político de transição democrática, somado à Assembléia Nacional Constituinte¹¹¹.

¹⁰⁸ SANTOS, Luiz Alberto dos, op. cit., p. 41-42.

¹⁰⁹ SANTOS, Luiz Alberto dos, op. cit., p. 44.

¹¹⁰ SANTOS, Luiz Alberto dos, op. cit., p. 44.

¹¹¹ MARCELLINO, Gileno. Administração Pública Brasileira: evolução, situação atual e perspectivas futuras. Revista do Serviço Público, vol. 117, nº 2, set-dez 1989, p. 105-116. p. 112.

Destacam-se, apesar da frustração da reforma, algumas inovações: Cadastro Nacional do Pessoal Civil, que posteriormente originou o sistema Integrado de Administração de Pessoal - SIAPE; criação de algumas carreiras do serviço público civil oriundas do projeto de profissionalização da Administração Federal como a de gestores governamentais e as carreiras de finanças e controle e orçamento¹¹².

4.5.5. A Reforma Collor

A Reforma administrativa do Governo Collor foi tão pífia quanto o próprio Governo do "Caçador de Marajás" que acabou cassado. As análises resumidas por SANTOS convergem para o mesmo ponto: uma estupenda incompetência governamental.

O problema dessa vez residiu no diagnóstico empírico equivocado do objeto de intervenção. A premissa de que partiu a Ministra Zélia Cardoso de Melo apontava a ocorrência de um processo de aviltamento dos servidores públicos nos últimos 10 ou 15 anos. Até então, o servidor exercia um cargo que se revestia de nobreza e devido à ocorrência de um processo de aviltamento do próprio Estado este "status" dos servidores públicos teria sido perdido. STORK denuncia a falsidade desta premissa ao defender que atribuir este aviltamento à história recente trata-se de sofisma, pois tal aviltamento foi característico de toda história administrativa brasileira, e o aviltamento se dava pelas mãos do estamento, do patrimonialismo, do rei, senhor das terras, das gentes e dos cargos¹¹³. Esta característica está afeita particularmente ao período que vai da Colônia ao Estado Novo, como pôde se observar nos

¹¹² SANTOS, Luiz Alberto dos, op. cit., p. 46.

¹¹³ STORCK, Vera Sueli. A Reforma Administrativa do Governo Collor. *Revista de Administração*, FGV, São Paulo, v. 27, nº 3, p. 66-77, jul-set 1992. p. 70.

itens 3.4.1. e 3.4.2 do presente estudo e não é exclusiva da Administração Pública do período contemporâneo ao início do Governo Collor, muito menos ainda a causa de todos os problemas da Administração Pública.

A meta de curto prazo do Governo era dispensar 360.000 servidores públicos, ou reduzir os quadros do funcionalismo, de modo que a Administração Pública contasse com poucos, mas bons funcionários. Esse ímpeto reformador, alimentado por um autoritarismo desorientado, desorganizou a administração pública através de confisco salarial (o arrocho salarial imposto mediante mudança legislativa implicou uma perda média acumulada de cerca 70% do poder aquisitivo das remunerações pagas em um período de 18 meses); extinção ou fusão de órgãos e entidades - acarretando perda da memória administrativa, dispersão dos bens patrimoniais, incremento de um processo de desorganização que contribuiu em muito ao aumento dos casos de corrupção¹¹⁴.

4.6. A Reforma do Estado - Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998)

Assim que tomou posse no cargo, o presidente Fernando Henrique Cardoso deu início à Reforma Administrativa, criando o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), mediante a edição de uma Medida Provisória, instrumento que iria tornar-se o motor de seu governo. Para o cargo de Ministro do MARE convidou o economista Luiz Carlos Bresser Pereira, ex-ministro da Fazenda no governo Sarney e "pai" do plano econômico que levou seu nome.

Tão logo se acomodou à cadeira ministerial, Bresser passou a defender medidas de flexibilização no âmbito do

¹¹⁴ SANTOS, Luiz Alberto dos, op. cit., p. 70.

serviço público, particularmente sobre a estabilidade, o regime jurídico único, a isonomia e às formas de organização da administração. A defesa compreendia também a unificação dos mercados de trabalho e a superação do modelo burocrático, adotando-se a chamada administração gerencial. Propunha, ainda, a chamada publicização dos serviços públicos através da transferência de atividades de alguns setores do Estado para organizações sociais, cabendo ao Estado o financiamento das atividades, com participação mínima nos colegiados responsáveis pelas organizações sociais que geririam estes recursos e serviços públicos, notadamente nas áreas de saúde, educação, cultura e ciência e tecnologia¹¹⁵.

A Reforma é gestada no MARE, discutida e aprovada na Câmara de Reforma do Estado e vem a lume através do Plano Diretor da Reforma do Estado com rubrica presidencial. O diagnóstico é de crise do Estado, definida como: 1) crise fiscal, caracterizada pela perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; 2) esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado de bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países comunistas; e 3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática¹¹⁶.

O Plano taxa o governo Collor de neoliberal e adepto da ideologia do Estado Mínimo quando trata da crise do Estado nos anos 80 e início dos 90. Por outro lado,

¹¹⁵ Sobre a Reforma do Estado consultar: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. Disponível na internet: <http://www.mare.gov.br/Anos90.htm>. Sobre Organizações Sociais ver: Organizações Sociais. <http://www.mare.gov.br/index2.htm>; MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil - as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Disponível na internet: <http://www.mare.gov.br/Artigos>.

¹¹⁶ Plano Diretor da Reforma do Estado. Disponível na internet:

credita para si a qualidade de resposta consistente para o desafio de superação da crise: a idéia da reforma ou reconstrução do Estado, de forma a resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas¹¹⁷.

Para alcançar a reforma desejada eram inadiáveis: 1) o ajustamento fiscal duradouro; 2) reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem as condições para o enfrentamento da competição internacional; 3) a reforma da previdência social; 4) a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e 5) a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua "governança", ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas¹¹⁸.

4.6.1. A Reforma do Aparelho do Estado brasileiro

A reforma do aparelho do Estado se fazia necessária, segundo as vozes palacianas, porque o modelo de administração pública é arcaico, burocrático ao extremo, tendo como principais características a centralização, hierarquização, rigidez, controle por processo e não por resultados e objetivos, destoando do modelo "moderno" de administração pública e de empresas baseado na substituição dos instrumentos de fiscalização formais e rígidos, que tornam a administração ineficiente, para um modelo fundado na fiscalização dos resultados alcançados.

http://www.mare.gov.br/publicacoes/plano/pl_dir-01.htm#introducao. p. 2.

¹¹⁷ Ibidem, p. 2. A desvinculação do Neoliberalismo operada por PEREIRA é designada de "conservadorismo disfarçado" por Christina W. ANDREWS e Alexandre KOUZMIN. Veja-se ANDREWS, Christina W. et KOUZMIN, Alexandre. O Discurso da Nova Administração Pública. *Lua Nova*. São Paulo, nº 45, p. 97-130, 1998.

¹¹⁸ Ibidem, p. 2.

É próprio deste novo modelo, desenvolvido e aplicado nos EUA nos laboratórios de "Reinventando o Governo"¹¹⁹, a utilização do princípio da eficiência para dispensar a aplicação das normas administrativas rígidas que caracterizam a administração pública burocrática clássica, alcançando, em tese, resultados muito melhores. Na administração pública o que deve imperar não é a desconfiança identificada com a fiscalização através do controle processual formal e rígido, mas a confiança na capacidade de autogestão, da honestidade e da autonomia do funcionário público e a fiscalização dos resultados alcançados. Em síntese,

uma administração descentralizada, baseada no pressuposto da confiança dos superiores nos subordinados e na responsabilidade assumida por estes, apoiada no controle dos resultados ao invés do controle dos processos, e voltada para a qualidade e a **eficiência** dos serviços prestados à população¹²⁰. (ênfase acrescentada)

A execução da Reforma deve ser tridimensional: a) uma dimensão institucional-legal, através da qual se modificam as leis e se criam ou modificam instituições; b) uma dimensão cultural, baseada na mudança dos valores burocráticos para os gerenciais; e c) uma dimensão-gestão¹²¹.

Na dimensão institucional, afirma PEREIRA,

será preciso modificar a Constituição, as leis e regulamentos. Em um país cujo Direito tem origem romana e napoleônica, qualquer reforma do Estado implica em uma ampla modificação do sistema legal¹²².

¹¹⁹ PEREIRA, **A Reforma do Estado nos Anos 90 ...**, p. 14-15. Título do livro de Osborne e Gaebler, publicado nos EUA no qual os autores analisam e ilustram com várias experiências os princípios da Nova Administração Pública.

¹²⁰ Ibidem, p. 16.

¹²¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, ano 47, vol. 120, n. 1, ENAP, Brasília, janeiro-abril

4.6.1.1. Os encaminhamentos da Reforma do Aparelho do Estado

Somente em 23 de agosto de 1997 o Governo Federal encaminhou sua Proposta de Emenda Constitucional ao Congresso Nacional, tratando da Reforma Administrativa, a qual recebeu o número 173. Após a apreciação pela Câmara o projeto recebeu várias propostas de aperfeiçoamento, que foram reunidas por seu relator, deputado Moreira Franco, no substitutivo que apresentou ao projeto original. Ao ser remetido ao Senado Federal o projeto recebeu o número 41. As mudanças introduzidas pelo substitutivo podem ser observadas no quadro comparativo que consta do Anexo I deste estudo. A principal mudança concernente ao objeto de estudo proposto nesta dissertação foi a inclusão do valor eficiência como princípio da Administração Pública.

A Reforma Administrativa finalmente foi implementada através da promulgação da Emenda Constitucional nº19, em 04 de junho de 1998.

4.6.2. A fuga para o direito privado

A Reforma do Aparelho do Estado brasileiro possibilita à Administração Pública a adoção de formas de organização e/ou formas de atuação jurídico-privadas, para com isso se furtar ao regime de direito público a que normalmente está sujeita. Tal tendência é designada por Maria João ESTORNINHO como a fuga para o direito privado em sua tese de doutoramento junto à Faculdade de Direito de Lisboa¹²³.

Com a tentativa de mudança do paradigma estatal do Estado Social para outro ainda em construção que

de 1996, p. 18.

¹²² Ibidem, p. 18.

¹²³ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado - Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

provisoriamente designou-se anti-Social¹²⁴, pois não há um termo adequado que lhe identifique, as reformas estatais realizadas em diversos países do mundo têm se pautado pela diminuição da atuação da Administração Pública de Direito Público e aumentado sua atuação de Direito Privado. No Brasil, por exemplo, surgem as Organizações Sociais¹²⁵ e as

407 p.

¹²⁴ Cf. item 3.3.4.

¹²⁵ "Entende-se por 'organizações sociais' as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária." **Plano Diretor da Reforma do Estado.** Disponível na internet: http://www.mare.gov.br/publicacoes/plano/pl_dir-08.htm . p. 02. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.591, DE 09 DE OUTUBRO DE 1997.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

Seção III

Do Contrato de Gestão

Art. 5^a Para os efeitos desta Medida Provisória, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas a formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas as áreas relacionadas no art. 1^a.

Art. 6^a O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora ou reguladora da área correspondente à atividade fomentada.

Art. 7^a Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas do contrato de gestão de que sejam signatários.

Seção IV

Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão

Art. 8^a A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

Agências Executivas¹²⁶, e ambas estabelecem seu vínculo com o Estado através dos Contratos de Gestão que objetivam diminuir a participação estatal em suas administrações.

Diante desta mudança a doutrina européia tem se posicionado com cautela e firmado convicção, quase unânime, em se evitar tal tendência para o Direito Privado. Segundo ESTORNINHO, a preocupação reside no risco do movimento para o Direito Privado possibilitar à Administração Pública libertar-se da vinculação aos direitos fundamentais, e por conseqüência dar a volta, de

§ 1º O contrato de gestão deve permitir ao Poder Público requerer a apresentação pela entidade qualificada, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, de relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que alude o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União ou à Procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

¹²⁶ "Agências Executivas é uma qualificação a ser concedida, por decreto presidencial específico, a autarquias e fundações públicas, responsáveis por atividades e serviços exclusivos do Estado." BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Agências Executivas**. Brasília: MARE, 1997. (Cadernos MARE da reforma do estado). p. 07. As Agências Executivas são disciplinadas pelo Decreto nº 2.487, de 2 de fevereiro de 1998.

forma elegante, à Lei e à Constituição, logrando um espaço de livre-arbítrio administrativo¹²⁷.

Duas são as soluções teóricas encontradas pela doutrina européia para evitar a fuga para o Direito Privado. A primeira assenta-se na idéia da proibição geral de recurso às formas de atuação jurídico-privadas pela Administração Pública. A segunda permite a atuação segundo o Direito Privado, mas obriga a Administração a, ao lado das normas jurídico-privadas, levar em consideração certas normas e princípios gerais do Direito Público¹²⁸.

No Brasil, devido à exigüidade do tempo de vigência da Reforma Administrativa, ainda são incipientes as contribuições da doutrina com relação à utilização de formas jurídico-privadas nas atividades da Administração Pública. Os estudos têm se limitado a sistematizar o recente direito positivo e dar conhecimento das mudanças ocorridas e a jurisprudência ainda está por ser criada. O que, de certa forma, autoriza que sejam feitas especulações sobre o alcance das reformas.

Com o intuito de especular elementos para a conceituação do Princípio Constitucional-Administrativo da Eficiência, o próximo Capítulo deste estudo ocupar-se-á com a problemática dos princípios jurídico-constitucionais, o valor eficiência, a legitimidade no Estado de Direito, os posicionamentos da doutrina brasileira a respeito do assunto, algumas decisões dos tribunais sobre eficiência administrativa.

¹²⁷ ESTORNINHO, op. cit., p. 160.

¹²⁸ Ibidem, p. 160-161.

Capítulo V
O Princípio
Constitucional da
Eficiência
administrativa

4.1. Introdução

A administração pública direta ou indireta, de todos os poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme dispõe o *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Outros princípios, porém, também orientam a atuação da administração pública: supremacia do interesse público sobre o interesse privado; finalidade; razoabilidade; motivação; devido processo legal e ampla defesa; controle judicial dos atos administrativos; responsabilidade do Estado por atos administrativos¹.

A inclusão do princípio da eficiência no ordenamento jurídico constitucional brasileiro se dá em um momento político muito peculiar, em que se questiona profundamente a ordem constitucional que abrigou a adjetivação Social ao Estado Democrático e de Direito brasileiro. Por um lado a legitimação do Estado passa pela concretização dos direitos fundamentais², por outro

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª e. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 54-75. A lista de princípios constitucionais do direito administrativo apresentada por Celso Antonio Bandeira de MELLO revela a existência de alguns princípios hermenêuticos, conforme o conceito apresentado por CANOTILHO no item 3.4.1. *infra*. Exemplo maior desta afirmação é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que, segundo BANDEIRA DE MELLO, se fundamenta na própria idéia de Estado.

² CADEMARTORI, op. cit., p. 175: "O garantismo enfoca como objeto privilegiado de sua análise os Estados de Direito contemporâneos, os quais se caracterizam pela estatuição de normas tendencialmente garantistas (isto é, que têm como escopo a plasmação a nível normativo de valores fundamentais para a pessoa humana) e, paradoxalmente, a realização de práticas tendencialmente antigarantistas. Até certo ponto, esta contradição é constitutiva da estrutura dos modernos Estados de Direito. O que o garantismo apresenta de utilidade para o teórico do Direito é a possibilidade de reduzir essa defasagem ao seu mínimo. O fato é que a dimensão das práticas antigarantistas têm assumido um tamanho incomensurável, comprometendo a própria legitimidade dos governantes. Tal legitimidade é vista aqui como *adequação da produção normativa e da ação administrativa aos valores plasmados nas cartas de Direitos fundamentais*. Entende-se que é a isto a que se refere Ferrajoli quando entende por legitimação substancial a instrumentalização dos poderes do Estado a serviço dos Direitos fundamentais." (ênfase no original)

lado, a administração pública tem de ser eficiente na prestação de seus serviços.

O esforço empreendido aqui sobre o assunto é direcionado à sua compreensão, ou seja, cognição do conjunto das propriedades teórico-jurídicas que compõe a idéia do princípio da eficiência.

Analisa-se adiante o papel dos princípios no sistema jurídico e o significado da eficiência para o Estado de Direito para finalmente tratar especificamente do Princípio da Eficiência.

4.2. Os princípios no Estado de Direito

Ao abordar este assunto de forma sucinta corre-se o risco de incorrer em superficialidade. Deixar de tratá-lo importa em omissão imperdoável. Dedicar-se com tempo e espaço que lhe é merecido seria tarefa para uma Tese. Espera-se que a abordagem possa fugir à superficialidade, sem, contudo, cair nas malhas da rede de questões profundas que envolvem a problemática dos princípios³.

A afirmação de que o sistema jurídico do Estado de Direito Democrático português constitui um **sistema normativo aberto de regras e princípios**, feita por GOMES CANOTILHO é pertinente também ao sistema jurídico do Estado de Direito Democrático brasileiro pelas mesmas razões apresentadas pelo constitucionalista português:

(1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma estrutura dialógica, (Caliess) traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade e da justiça'; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita

³ O assunto sob a ótica constitucional é tratado com profundidade e extensão por ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: RT, 1998. 274 p.

através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras"⁴.

Para distinguir princípios de regras, tarefa difícil e complexa, pode-se lançar mão de vários critérios: grau de abstração; grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto; caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito; proximidade da idéia de direito; natureza normogênética. Porém, como ressalta GOMES CANOTILHO, o esclarecimento de duas questões fundamentais podem diminuir o grau de complexidade da distinção: a) qual a função dos princípios? e b) são os princípios e regras suscetíveis de uma diferenciação qualitativa?⁵

Sobre o primeiro problema o autor lusitano distingue princípios hermenêuticos de princípios jurídicos. Àqueles cumpre a função argumentativa, que permite, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito. Aos últimos cabe a qualidade de verdadeiras normas, que se distinguem qualitativamente das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas⁶.

A distinção entre princípios e normas feita por GOMES CANOTILHO segue de perto o posicionamento de ALEXY, destacando os seguintes aspectos:

os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual

⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 1.033.

⁵ Idem, p. 1.035.

⁶ Idem, p. 1.035.

(Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se⁷.

Ao cuidar da estrutura das normas de direito fundamental, ALEXY enfrenta o problema da distinção entre princípios e regras, definindo os princípios como

*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son **mandatos de optimización**, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos⁸.*

Enquanto que regras

*son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de (be) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen **determinaciones** en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible⁹.*

Por serem exigências de otimização, os princípios, estão à mercê do balanceamento de valores e interesses, conforme o seu peso¹⁰ e à ponderação de outros princípios

⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1.035.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86. (normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por tanto, os princípios são **mandados de otimização**, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.) (ênfase no original). O autor ressalta que o conceito de mandato é utilizado em sentido amplo, que abarca também permissões e proibições.

⁹ Idem, p. 87.

¹⁰ "Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta

eventualmente conflitantes¹¹. As regras, por sua vez, não possibilitam qualquer outra solução senão a que extrai-se da exata medida de suas prescrições¹².

Por último, faz-se necessário distinguir princípios de valores, aparentemente estritamente vinculados entre si por duas razões: primeira, porque da mesma maneira que se pode falar de uma colisão de princípios e de uma ponderação de princípios, pode-se também falar de uma colisão de valores e de uma ponderação de valores; segunda, o cumprimento gradual de princípios tem como equivalente a realização gradual dos valores¹³.

A primeira diferença importante apresentada por ALEXY segue a divisão dos conceitos práticos de VON WRIGHT: conceitos deontológicos (de mandados, de proibição, de permissão e de direito a algo); conceitos axiológicos (do bom) e conceitos antropológicos (vontade, interesse, necessidade, decisão e ação)¹⁴. A partir desses conceitos pode-se traçar a diferença decisiva entre o conceito de princípio e o conceito de valor, conforme ALEXY, nos seguintes termos:

Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en nivel axiológico¹⁵.

A diferença apresentada acima, apesar de ser decisiva, ainda não é suficiente para dar conta da

dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene." (DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. 2ª ed. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989. p. 77.)

¹¹ Sobre ponderação de princípios e valores em conflito, ou em colisão, ver ALEXY, op. cit., p. 87-98 e CANOTILHO, op. cit., p. 1.055-1.061.

¹² CANOTILHO, op. cit., p. 1.035.

¹³ ALEXY, op. cit., p. 138.

¹⁴ *Ibidem*, p. 139-140.

¹⁵ *Ibidem*, p. 141. Tradução livre do autor: "Os princípios são mandados de um determinado tipo, quer dizer, mandados de optimização. Em quanto mandados, pertencem ao âmbito deontológico. Em quanto que, os valores têm que ser incluídos no nível axiológico".

relação do conceito de valor com o conceito de princípio, pois o uso do conceito de valor se dá de maneiras muito diferentes. Diante da polissemia, própria do conceito de valor, ALEXY se propõe a explorar a comparação entre princípios e valores a partir de algumas características estruturais gerais e, por vezes, elementais, dos valores. E essas características se apresentam quando "se toma en cuenta una diferencia fundamental en el uso de la palabra 'valor': la diferencia entre la determinación que algo **tiene** un valor y que algo **es** un valor" (grifado no original)¹⁶.

Ao se afirmar que algo tem um valor se está expressando um juízo de valor que leva a cabo uma valoração. Os juízos de valor e os conceitos de valor nesses utilizados podem ser classificados em três grupos: classificatórios (quando se classifica uma Constituição de boa ou má), comparativos (quando os objetos da valoração são contrapostos uns aos outros através de advérbios comparativos: tão quanto, melhor que, pior que, superior que, inferior que) e métricos (quando se atribui ao objeto que se quer valorar um número que indica um valor)¹⁷.

Do exposto acima, ALEXY conclui que:

¹⁶ Ibidem, p. 141. Tradução livre do autor: "se toma em conta uma diferença fundamental no uso da palavra 'valor': a diferença entre a determinação que algo tem valor e que algo é um valor".

¹⁷ Ibidem, p. 142-143.

Con la ayuda de conceptos de valor clasificatorios se puede decir que algo tiene un valor positivo, negativo o neutral; con la ayuda de conceptos de valor comparativos, que a un objeto que hay que valorar le corresponde un valor mayor o el mismo valor que a otro objeto y, con la ayuda de conceptos de valor métricos, que algo tiene un valor de determinada magnitud. Siempre se trata aquí de juicios acerca de que algo tiene un valor. Pero, ¿qué significa que algo es un valor? A una respuesta de esta cuestión conduce la distinción entre objeto y criterio de una valoración¹⁸.

Tanto os objetos quanto os critérios de valoração podem ser diversos, ou de múltiplos tipos. Assim, pode-se valorar objetos como, por exemplo, objetos naturais, artefatos, pensamentos, acontecimentos, ações e situações. E os critérios de valoração podem ser de diferentes tipos: um carro, por exemplo, pode ser valorado quanto à sua velocidade, economicidade, segurança, comodidade, preço e beleza. Todavia, a valoração total se estabelece somente quando os vários critérios de valoração são relacionados entre si. Desta feita, pode-se dizer que um carro, econômico, porém não veloz, em sua valoração total seja bom, o que demonstra entrarem estes valores em colisão¹⁹ e permite afirmar que o carro não é um valor em si. Como objeto de valoração, o

¹⁸ Ibidem, p. 143. Tradução livre do autor: "Com a ajuda dos conceitos de valor classificatórios se pode dizer que algo tem um valor positivo, negativo ou neutro; com a ajuda de conceitos de valor comparativos, que a um objeto que há que se valorar corresponde um valor maior ou o mesmo valor que a outro objeto e, com a ajuda de conceitos de valor métricos, que algo tem um valor de determinada magnitude. Sempre se trata aqui de juízos acerca de que algo tem um valor. Mas, que significa que algo é um valor? A uma resposta desta questão conduz a distinção entre objeto e critério de uma valoração".

¹⁹ Ibidem, p. 143-144. ALEXI aponta como exemplo para esclarecer situações em que há colisão de valores uma sentença sobre publicações do semanário *Der Spiegel*, em que os objetos de valoração são, dentre outras coisas, situações de regulação jurídica. "Son juzgadas, sobre todo, de acuerdo con dos criterios, el de la libertad de prensa y el de la seguridad externa. Una de las situaciones de regulación jurídica valoradas es aquella en la que existe 'un derecho de prensa a mantener en secreto el nombre de sus informantes, también en los casos [...] en los cuales [...] el objeto de la investigación es un delito doloso de traición a la patria y [...] los informantes pueden ser considerados como cómplices de este delito'. Si se parte exclusivamente del criterio de la libertad de prensa, una situación puede ser catalogada como 'buena'; si se parte exclusivamente de la seguridad externa, como 'mala'. Ambos criterios entran en colisión. Para poder llegar a una valoración total, hay que establecer entre ellos una relación".

carro, tem um valor, que será diferente conforme os critérios de valoração que entram em colisão entre si sejam valorados. Por isso, não são os **objetos da valoração**, mas os **critérios de valoração** que devem ser designados como **valor**²⁰.

Desta forma, as valorações podem apoiar-se em um ou em vários critérios de valoração. Voltando-se ao exemplo do carro, pode-se classificá-lo de bom, usando-se como único fundamento o critério valorativo da segurança. Mesmo assim, o critério valorativo segurança ainda comporta diversos graus. Estes graus podem ser estipulados a partir de critérios comparativos: o carro utilitário mais seguro; o carro mais seguro dos que oferecem maior segurança; e o carro com o máximo de segurança concebível²¹. Porém, utilizar-se apenas de um único critério de valoração pode apresentar traços de fanatismo, como ressalta ALEXY²².

A adoção de critérios de valoração não está imune à diferenciação entre **critérios de valoração que podem ser sopesados** e **critérios de valoração que são aplicáveis sem ser sopesados**. Aos primeiros ALEXY denomina **critérios de valoração**, que ao serem aplicados mediante sopeso correspondem a princípios. Os outros são denominados pelo jurista alemão como **regras de valoração**, as quais ao serem aplicadas não são sopesadas e correspondem às regras²³.

Tal diferenciação é fundamental para auxiliar a compreensão da Eficiência enquanto Princípio Constitucional da Administração Pública, visto que, só pode-se dizer que uma Autarquia Federal, p. e., é eficiente ou ineficiente a partir do conhecimento das

²⁰ Ibidem, p. 144.

²¹ Ibidem, p. 144.

²² Ibidem, p. 144.

²³ Ibidem, p. 144.

regras de valoração adotadas para tal. Tomar como único **critério de valoração** a produção dos mesmos resultados com menores custos pode afastar da apreciação do juízo valorativo os meios que foram adotados para se obter os resultados: democrático, autoritário, legal-formal, flexível, descentralizado, centralizado, entre outros que se podem elencar²⁴. Mesmo que o critério adotado para a valoração seja o métrico, ainda assim há possibilidades de se estabelecer **critérios de valoração**. Estipulando-se, p. e., que um carro será seguro conforme o valor numérico que alcance numa escala de 0 a 1, ao se afirmar que um carro "x" tem segurança 0,7, está se realizando, com meios métricos, uma valoração segundo o critério ou o valor segurança²⁵.

Finalmente, os princípios se diferenciam dos valores em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente. Como assinala ALEXY

*Lo que en el modelo de los valores es **prima facie** lo mejor es, en el modelo de los principios, **prima facie** debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido²⁶.*

Mas qual seria então a vantagem de se utilizar um ou outro modelo para a argumentação jurídica? A essa pergunta ALEXY responde que:

²⁴ "En las catalogizaciones clasificatorias según un único critério que se acaba de mencionar, se presupone un tipo de reglas de valoración. Tiene la forma: Cada vez que un automóvil presenta el grado de seguridad *i*, es bueno. De acuerdo con esta regla de valoración, la satisfacción de un criterio de valoración en un **determinado** grado es razón suficiente para su clasificación definitiva como 'bueno'. La mayoría de las veces, las reglas de valoración contienen varios presupuestos. Tienen entonces la forma siguiente: Si *x* presenta características *F*₁, ...*F*₂, entonces *x* es bueno. Este tipo de reglas de valoración son aplicables como reglas en el sentido definido más arriba". (ênfase no original) ALEXY, op. cit., p. 145.

²⁵ ALEXY, op. cit., p. 145-146.

²⁶ Ibidem, p. 147.

(...) el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones. Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como para preferir el modelo de los principios²⁷.

4.3. A Dogmática Administrativista brasileira e o Princípio da Eficiência

No Plano Diretor da Reforma do Estado o princípio da Eficiência está relacionado com a administração gerencial. Para seus autores no

setor das atividades exclusivas e de serviços competitivos ou não exclusivos, o importante é a qualidade e o custo dos serviços prestados aos cidadãos. O princípio correspondente é o da eficiência, ou seja, **a busca de uma relação ótima entre qualidade e custo dos serviços colocados à disposição do público**²⁸. (grifo acrescentado)

Poucos são os autores brasileiros que se debruçaram sobre o problema da definição do Princípio da Eficiência com a atenção que lhe é devida. As posições, muitas vezes, caminham entre a indiferença e a conceituação duvidosa. Espera-se que esta situação seja reflexo apenas da escassez do tempo de vigência da emenda nº 19/98, e que num futuro próximo o debate científico a respeito do tema possa ter as condições objetivas mínimas para se iniciar.

Um dos primeiros juristas brasileiros a tratar do assunto foi com certeza Hely Lopes MEIRELLES, porém em contexto muito diferente do atual e abordando alguns aspectos do que denominou **dever de eficiência**:

²⁷ Ibidem, p. 147. Tradução livre do autor: "(...) o modelo dos princípios tem a vantagem de que nele se expressa claramente o caráter de dever ser. A isso se agrega o fato de que o conceito de princípio, em menor medida que o dos valores, dá lugar a menos falsas interpretações. Ambos os aspectos são o suficientemente importantes como para preferir o modelo dos princípios".

²⁸ Plano Diretor da Reforma do Estado. Disponível na internet: http://www.mare.gov.br/pl_dir05.htm, p. 03.

Esse dever de eficiência, bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao "dever de boa administração" da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec. Lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25), V), fortalece o sistema de mérito (art. 25, VIII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial, quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente e disidioso (art. 100). (...) Assim, o princípio da eficiência, de alto significado para os serviços públicos em geral, deve ser aplicado em todos os níveis da Administração brasileira²⁹.

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, por sua vez, entende que

não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto³⁰.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO se limita a dizer que o princípio da eficiência "impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar"³¹. Adverte porém, que

a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito³².

Odete MEDAUAR entende que o vocábulo eficiência está ligado à "idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso"³³. De qualquer sorte, a Administração Pública ao aplicar o Princípio da Eficiência

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 90-91.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 75.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 73-74.

³² Ibidem, p. 73-74.

³³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 152.

deve agir de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão - características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções³⁴.

Adverte, porém, a administrativista paulista que a utilização do princípio da eficiência não exclui a observância do princípio da legalidade. Pelo contrário, *"Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade."*³⁵

Para Lúcia Valle FIGUEIREDO a inclusão do valor eficiência no texto constitucional atende muito mais à uma necessidade de justificação das mudanças constitucionais pretendidas com a Reforma Administrativa pelo Governo do que à uma nova configuração da Administração Pública e do Direito Administrativo via este novo princípio³⁶, e redundando em muito trabalho aos juristas para tentar compreender figuras emprestadas sobretudo do Direito americano.

Para a administrativista, eficiência se reduz à eficácia, conforme a indagação abaixo:

Mas que é *eficiência*? No Dicionário *Aurélio*, eficiência é "ação, força virtude de produzir um efeito; eficácia".

Ao que nos parece, pretendeu o "legislador" da Emenda 19 simplesmente dizer que a Administração deveria agir com eficácia. Todavia, o que podemos afirmar é que *sempre* a Administração deveria agir eficazmente. É isso o esperado dos administradores.³⁷ (grifado no original)

Germana de OLIVEIRA MORAES, por sua vez, denuncia que o princípio da eficiência está intimamente ligado à ideologia

³⁴ Ibidem, p. 152.

³⁵ Ibidem, p. 152.

³⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. rev. ampl. e atual. com as Emendas 19 e 20 de 1998. Cidade: Editora, ano. p. 60-61.

neoliberal e é expressão máxima da legitimidade que se quer impor ao Estado brasileiro. Para a jurista cearense

a *eficiência* é termo fluido e impreciso que traduz o senso comum de obtenção de resultados positivos nos desempenhos das atividades administrativas, seja das atividades fins de prestação de serviços públicos e de construção de obras públicas, seja das atividades-meio necessárias à consecução daquelas finalidades³⁷.

Para Alexandre de MORAES o

princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social³⁸.

Uadi Lammêgo BULOS compreende que eficiência

traduz idéia de presteza, rendimento funcional, responsabilidade no cumprimento de deveres impostos a todo e qualquer agente público. Seu objetivo é claro: a obtenção de resultados positivos no exercício dos serviços públicos, satisfazendo as necessidades básicas dos administrados³⁹.

Romeu Felipe BACELLAR FILHO entende que, independentemente da descoberta de sentidos do princípio da eficiência, deve-se enfrentar a questão do exame de conformidade com a Constituição. Segundo o administrativista paranaense, a interpretação conforme a Constituição e a ponderação dos diferentes princípios

³⁷ Ibidem, p. 61.

³⁸ OLIVEIRA MORAES, Germana de. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 128.

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa - emenda constitucional n°19/98*. 2° ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 28.

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Aspectos da Reforma Administrativa*. [http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/Direito Administrativo/Aspectos da reforma administrativa.htm](http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/Direito%20Administrativo/Aspectos%20da%20reforma%20administrativa.htm). p. 2.

quando da aplicação do princípio da eficiência devem ser destacadas pois *"Uma das regras básicas de um Estado Democrático e de Direito é aquela segundo a qual a maioria não pode tudo, porque sujeita à cláusulas constitucionais"*⁴¹.

Para Juarez FREITAS o princípio da economicidade, ou princípio da eficiência e da otimização da ação estatal impõe ao administrador público *"obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública."*⁴² A violação do princípio da eficiência se dá, segundo o jurista gaúcho, quando constata-se vício na escolha imperfeita dos meios ou parâmetros direcionados para a obtenção de determinados fins administrativos.

Entende ainda, FREITAS, que o princípio da economicidade está vinculado ao princípio da proporcionalidade, e tem por vantagem já estar expresso no *caput* do artigo 70 da Constituição Federal. Ressalta, todavia, que *"embora sendo, no fundo, faceta do princípio da proporcionalidade, carece de tratamento autônomo para que seja crescente e intensamente efetivado"*⁴³.

Dos posicionamentos acima apresentados, pode-se concluir que o termo eficiência é vago e impreciso, ou seja, polissêmico. Justamente sua vagueza e imprecisão, que caracterizam sua polissemia, ampliam o poder discricionário da Administração Pública, tornando seu controle dificultoso.

⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 194.

⁴² FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª e. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 85.

⁴³ *Ibidem*, p. 87.

4.4. A polissemia do conceito de eficiência

A utilização do valor eficiência enquanto princípio constitucional nos Estados Democráticos e Sociais de Direito não significa necessariamente uma intromissão neoliberal como se pode pensar inicialmente. É próprio dos Estados Sociais a prestação de diversos tipos de serviços e muitas vezes, em outros tempos, a produção de bens e serviços caros à iniciativa privada. Neste caso é difícil afastar as regras pertinentes ao Mercado, não significando, contudo, que as regras e princípios do Estado Social devam ser ignoradas.

Entretanto, o que preocupa é o "fanatismo" que pode resultar da adoção do valor eficiência como novo conceito de justiça. As transformações porque passam os Estados atualmente, resultado de mudanças de paradigmas operadas principalmente na década de 70 deste século e refletidas na nova configuração político-ideológica que se desenhou a partir da queda do muro de Berlim e do fim do "socialismo real" nos países do Leste Europeu, apontam para a superação do paradigma do Estado de Bem Estar Social. Muito embora não haja até o momento um novo paradigma que seja consistente o bastante para ser adotado, é nítido que a possibilidade de um retorno ao paradigma surgido após a Primeira Guerra não está na pauta da agenda política internacional.

4.4.1. Conceito de Eficiência: perspectivas econômicas e sociológicas

Conceituar eficiência é tarefa que envolve esforços de diversos saberes, notadamente das Ciências Econômicas e da Sociologia.

O primeiro ponto a ser pesquisado diz respeito a saber se a eficiência se coloca ao nível dos fins ou dos

meios. Adotando-se a primeira opção, caminha-se para um posicionamento político único, em que os fins deveriam ser os mesmos nas diversas sociedades, pautados pela tecnocracia e pela peritocracia. Com a segunda opção, sinaliza-se favoravelmente para um conceito formal de eficiência, oportunizando-se a escolha dos fins a serem alcançados, abrindo-se "o caminho para a irracionalidade dos fins"⁴⁴.

4.4.2. Eficiência e termos afins

Não é raro observar em textos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos a utilização de termos como economicidade, produtividade, racionalização, bom andamento, boa administração, eficácia e rentabilidade como sinônimos de eficiência. Apesar da proximidade que os termos guardam entre si, corre-se o risco de diluírem-se-lhes as diferenças, tornando-se-lhes imprecisos e afastando-se-lhes de seus significados particulares.

A produtividade geralmente é utilizada, tendo-se em conta a eficiência como uma relação meios-fins, como um sentido mais amplo ou mais estrito de eficiência.

GONÇALVES LOUREIRO apresenta como exemplo a respeito da utilização de produtividade como sinônimo de eficiência o caso de um estudo de avaliação do setor público-administrativo, feito por Bruno da Costa e Dias Sequeira. A produtividade (p), neste caso, é expressada através da seguinte equação: $p = \text{eficácia} + \text{eficiência}$; sendo que $\text{eficácia} = \text{resultados (o que se fez)} / \text{objetivos}$; e $\text{eficiência} = \text{resultados} / \text{o que se consumiu}$ ⁴⁵.

⁴⁴ GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos Simões. **O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia e a Garantia dos Particulares (algumas considerações)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 124-125.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 127.

Bastante difundido nos meios administrativos, a racionalização está afeita à critérios de rendibilidade, através de normas jurídicas como "racionalização dos meios a utilizar" que demandam a adoção de critérios necessários para a rendibilidade e organização ótimas dos serviços⁴⁶.

A eficácia, segundo SERRANO, comporta várias acepções, dentre as quais: efetividade, eficácia de cumprimento, eficácia de sanção e eficiência. A efetividade "*implica una concepción instrumental del ordenamiento jurídico al servicio de determinados fines y caracteriza la norma jurídica desde el punto de vista de su virtualidad para alcanzar un fin, su idoneidad como instrumento para lograr determinado objetivo*"⁴⁷. A eficácia de cumprimento ocorre quando os destinatários de uma norma jurídica a cumprem⁴⁸. Quando a sanção prevista para o descumprimento de uma norma ocorre adequadamente estar-se-á falando de eficácia de sanção desta norma. A não ocorrência da sanção adequada configura a impunidade⁴⁹. A eficiência se refere a "*aquelles casos en que una norma alcanza los fines que se propone con un coste razonable (...). La eficiencia implica la efectividad, una norma no puede ser eficiente si no alcanza sus objetivos.*"⁵⁰ Ressalta, porém, o jurista granadino que o problema da eficácia das normas jurídicas

⁴⁶ Ibidem, p. 128.

⁴⁷ SERRANO, op. cit., p. 20. (implica uma concepção instrumental do ordenamento jurídico ao serviço de determinados fins e caracteriza a norma jurídica desde o ponto de vista de sua virtualidade para alcançar um fim, sua idoneidade como instrumento para lograr determinado objetivo).

⁴⁸ Ibidem, p. 21.

⁴⁹ Ibidem, p. 21-22. Esta acepção está mais afeita às normas de direito sancionatório (penal, administrativo e tributário) e é um dos problemas fundamentais porque se reveste a descrença no Poder Judiciário. A respeito da impunidade, ou ineficácia de sanção, veja-se a tese de doutorado de Vera Volkmer de CASTILHO.

⁵⁰ Ibidem, p. 22. (aqueles casos em que uma norma alcança os fins que se propõe com um custo razoável (...). A eficiência implica a efetividade, uma norma não pode ser eficiente se não alcança seus objetivos).

é um problema fenomenológico do direito, tendo como ramo específico de investigação a sociologia do direito⁵¹.

Oriundo da doutrina italiana, o princípio do bom andamento está expresso na Constituição Italiana no art. 97: *"I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"*⁵².

Para preencher o conteúdo da fórmula constitucional, a doutrina italiana se divide em três orientações diversas: a) a tese da coincidência entre o bom andamento e boa administração - defendida por SANDULLI e MORTARI, traduz o bom andamento como *"(...) nella scelta di provvedimenti più opportuni agli i. primari individuali dall'organizzazione, con una ponderata (discrezionale) valutazione degli i.p. secondari"*⁵³; b) identificação entre o bom andamento e eficiência - defendida por RESTA, NIGRO E TRIMARCHI, não encontra sustentação, segundo ANDREANI, pois considera a dimensão organizatória e descarta excessivamente a perspectiva funcional, tendo um valor apenas técnico e metajurídico⁵⁴; c) o bom andamento como princípio constitucional na perspectiva de ANDREANI - para o jurista italiano o bom andamento aparece simultaneamente como princípio funcional e princípio estrutural⁵⁵.

⁵¹ Ibidem, p. 22-23. Neste ponto diverge-se parcialmente do posicionamento do autor, pois como fora visto anteriormente a eficiência, enquanto valor normativo constitucional (critério de valoração), é passível de regras de valoração que podem ser submetidas aos juízos de vigência e de validade em relação à normas de hierarquia superior, notadamente as de Direitos Fundamentais.

⁵² ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*. Padova, 1979. p. 21. *Apud* GONÇALVES LOUREIRO, op. cit., p. 129. (Os serviços públicos são organizados segundo disposição de lei, de modo que são assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração.)

⁵³ Ibidem, p. 129.

⁵⁴ GONÇALVES LOUREIRO, op. cit., p. 130.

⁵⁵ "Na primeira acepção - como princípio funcional ou norma de actividade - visa-se assegurar uma actividade e um resultado, ou melhor, nas palavras do administrativista, um *"risultato-funzione"*. Função que se traduz numa coordenação dos interesses públicos expressos pelos vários centros subjectivos, inseridos na visão plural do ordenamento jurídico italiano. Esta é indissociável de uma segunda acepção, de um sentido estrutural do preceito, sem o qual primeiro é demasiado

Previsto no *caput* do art. 70 da CF, a economicidade diz respeito à diminuição dos gastos da Administração Pública, distanciando-se da eficiência por não exigir a efetividade da Administração. Ou seja, o único ponto em comum entre os dois princípios é a redução de custos. No princípio da economicidade isto pode ser atingido diminuindo-se também a efetividade da Administração. Em relação ao princípio da eficiência, como já fora visto, não há o que se falar em Administração inefetiva (ineficaz) e eficiente, pela simples razão de ter reduzido seus custos.

4.4.3. A eficiência como superconceito: Oberbegriff

A polissemia que caracteriza o valor eficiência conduz a um conceito que compreende diversas dimensões com relevância jurídica, conforme GONÇALVES LOUREIRO⁵⁶. Assim, são quatro as acepções de eficiência: i) a realização eficaz de fins pré-dados - onde há coincidência entre eficiência e eficácia; ii) o modo de realização ótima dos fins da Administração⁵⁷; iii) as exigências de celeridade por que se deve pautar a Administração; iv) eficiência como sinônimo de economia⁵⁸.

genérico para a satisfação ponderada e equilibrada de todos os interesses públicos em jogo. Necessita-se, assim, de meios idôneos para a tarefa. Aqui, salienta-se o valor da actividade de coordenação - procedimental ou não - para a realização do bom andamento num ordenamento pluralístico". Ibidem, p. 130.

⁵⁶ Ibidem, p. 131-132.

⁵⁷ "Não se trata de uma transposição de critérios puramente económicos para o domínio da Administração, mas de uma exigência de optimização de meios.

Meios e fins estão numa relação de profunda interpenetração, podendo os meios normativos impossibilitar ou, pelo menos, conduzir a uma realização defeituosa dos interesses públicos secundários em jogo. A exigência de optimização coloca-se, como veremos mais detidamente, quer ao nível da normação, quer no plano concreto do *decision-making process*." Ibidem, p. 132.

⁵⁸ Importa ressaltar a esse respeito que existindo eficiência da Administração Pública, necessariamente haverá economia. Porém, o raciocínio inverso não pode ser tomado como verdadeiro, pois nem sempre que houver economia da Administração haverá eficiência.

A relação direta entre eficiência e legitimidade dá conta de outro problema que o princípio traz consigo: a adequação da eficiência como critério de legitimação da ação administrativa no Estado Social e de Direito brasileiro e sua interpretação como "novo nome de justiça"⁵⁹.

4.5. Estado de Direito: Legitimidade versus Eficiência

O modo de legitimação do Estado de Direito, como se observou no Capítulo II, é o legal-racional, no qual a autoridade legitima-se independentemente de quem ocupe a administração pública e quais sejam as suas intenções (legitimação formal na acepção garantista) e no qual a legitimação depende da funcionalização de todos os poderes do estado a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos (legitimação substancial na acepção garantista)⁶⁰.

Uma das principais dificuldades em relação à idéia de eficiência no Estado de Direito reside no fato dela ser proveniente do esboço teórico da Ciência da Administração. Conforme relata OFFE, nas disciplinas acadêmicas de administração de empresas e teoria organizativa, estabelece-se uma distinção entre eficiência e efetividade⁶¹. Os ganhos marginais de

⁵⁹ "No domínio do Direito, a figura foi adquirindo relevância a um duplo nível: de uma forma mais geral, configurou-se como alternativa global ao Direito, apresentando-se como o novo nome de justiça [...]." GONÇALVES LOUREIRO, op. cit., p. 124.

⁶⁰ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 856-857. Cf. item 2.3. supra.

⁶¹ "Eficiência, no sentido econômico puro, pode ser definida com base nos estudos de Pareto sobre os mercados competitivos. A chamada 'eficiência de Pareto' (ótimo de Pareto) é a situação em que, ao mesmo tempo, é impossível melhorar a situação de um indivíduo sem piorar a de outro, sendo três as condições para sua existência: eficiência nas trocas, na produção e na composição do produto. Esta última é sintetizada pela máxima de que a economia só deve produzir o que o consumidor quer comprar.

No contexto organizacional, agregam-se ao conceito de eficiência os de

eficiência realizam-se se for possível produzir a mesma quantidade de resultados com menos custos. A efetividade, por sua vez, mede a capacidade de uma organização para atingir suas metas explícitas. O dilema para a diretoria de uma empresa privada é encontrar uma combinação de ambos os conceitos operativos - freqüentemente relacionados inversamente - para elevar os lucros ao máximo. De modo que, tanto

*la eficiencia como la efectividad son sub-metas vinculadas a la meta principal de la **rentabilidad** de firmas privadas que compran y venden sus insumos (**inputs**) y productos (**outputs**) en **mercados**. Sin embargo, en el caso de las organizaciones gubernamentales o del Estado en general se hallan ausentes tanto el criterio de rentabilidad como las relaciones de mercado, y se hace difícil atribuir un sentido preciso a términos como eficiencia y efectividad⁶². (ênfase acrescentada)*

A complexidade do problema pode ser observada no exemplo de uma empresa postal estatal apresentado por OFFE: a eficiência poderia ser alcançada com o não funcionamento dessas empresas aos sábados, importando em uma economia de custos e redução do déficit crônico que assola a maior parte dessas instituições. Porém, diz ele, uma inspeção mais detida evidencia que não é necessariamente assim. O não funcionamento da agência postal acarreta mais

eficácia e efetividade, que, entretanto, nem sempre têm sido usados uniformemente. (...)

Segundo os conceitos mais difundidos, eficiência está ligada ao melhor uso dos recursos da organização, de forma a obter seu produto ou serviço. Poderia ser sintetizada na relação entre o *input* real e o *input* padrão (o desejado pela organização), cujo resultado tenderia a zero.

Eficácia, por seu turno, refere-se à *performance* externa da organização, ao seu produto, ou seja, sua contribuição para o alcance dos objetivos organizacionais. Pode ser sintetizada na relação entre o *output* real e o *output* padrão, cujo resultado tenderia ao infinito. ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 48, nº 3, p. 105-132, set-dez 1997.

⁶² OFFE, Claus. **Legitimidad versus Eficiencia**. in AAVV *Contradiciones en el Estado del Bienestar*, Madrid: Alianza, 1994. *apud* CADEMARTORI, op. cit., p.110-114. p. 126-7. (a eficiência como a efetividade são submetas vinculadas à meta principal da **rentabilidade** de firmas privadas que compram e vendem seus insumos (**inputs**) e produtos (**outputs**) nos mercados. Todavia, no caso das organizações governamentais ou do Estado em geral se encontram ausentes tanto o critério de rentabilidade como as relações de mercado, e se faz difícil atribuir um sentido preciso a termos como

inconvenientes para os usuários do serviço postal, bem como uma redução no número (ou o salário) dos funcionários dos correios, e somente um governo que estivesse em posição de considerar irrelevantes esses efeitos colaterais (tanto política quanto economicamente), poderia congratular-se por ter obtido um progresso na eficiência. Na falta dessa condição altamente improvável de irrelevância dos efeitos colaterais, a agência estatal deveria levar em consideração a troca implícita na economia de despesas e o incremento no desconforto do usuário. Mas como apenas uma das variáveis, ou seja, a despesa, pode ser calculada em termos monetários, enquanto a outra (o desconforto do usuário) não reflete um processo de mercado, a comparação entre as duas não é suscetível de cálculo. Por conseguinte, é de difícil demonstração que tenha havido um ganho de eficiência através de qualquer medida governamental⁶³.

Portanto, ao se atingir um ganho de eficiência, nem sempre se atinge a legitimidade constitucional, pois esta é condicionada à satisfação dos Direitos Fundamentais. Nos modernos Estados de Direito que incorporam em seus ordenamentos direitos como o pleno emprego⁶⁴ ou a busca do pleno emprego⁶⁵, atividades administrativas públicas orientadas a ganhos de eficiência mediante demissão de funcionários públicos não estão garantindo a concretização desse direito⁶⁶.

eficiência e efetividade).

⁶³ OFFE, op. cit., p. 126-7.

⁶⁴ O pleno emprego é previsto no art. da Constituição espanhola de 1978.

⁶⁵ Art. 170, VIII da CF de 1988: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VIII - busca do pleno emprego."

⁶⁶ A respeito do assunto Eros Roberto GRAU assevera que: "Princípio a seguir enunciado, no elenco daqueles que constituem os princípios da ordem econômica - além da *redução das desigualdades regionais e sociais*, do qual anteriormente cogitei - é o da *busca do pleno emprego* (art. 170, VIII). *Princípio constitucional impositivo* (Canotilho), cumpre também dupla função; como objetivo particular a ser alcançado, assume, igualmente, a feição de *diretriz* (Dworkin) - *norma-objetivo* - *dotada de caráter constitucional conformador*, a justificar a reivindicação pela realização de políticas públicas.

(...)

Não obstante, consubstancia também, o princípio da *busca do pleno emprego*, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da *valorização do trabalho humano* e reflete efeitos em relação ao

4.6. Os Tribunais e o Princípio da Eficiência

A menção explícita ao Princípio da Eficiência em decisões dos Tribunais, verifica-se em maior número até o atual momento no âmbito do controle externo feito pelo Tribunal de Contas da União, afeito à fiscalização contábil, financeira e orçamentária como prevê o art. 71 da CF.

Dentre as decisões pesquisadas para efeitos deste estudo, selecionaram-se para análise cinco auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União e um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que utilizam o Princípio da Eficiência como fundamento de suas decisões.

4.6.1. Eficiência do Programa de Ação na área de Saúde executado pelos órgãos e entidades de saúde do Estado da Paraíba

O Tribunal de Contas da União julgou procedente o Relatório de Auditoria feita na Secretaria de Estado de Saúde da Paraíba, FUNASA/PB, Escritório de Negócios da CEF/PB, Instância Colegiada Estadual de Saneamento, Comissão de Intergestores Bipartite, Gerência Estadual do Ministério da Saúde, Conselho Municipal de Saúde de Campina Grande e Patos que identificou falhas e irregularidades diversas na execução do Programa de Ação da Saúde.

Quanto à análise da eficiência administrativa o Relatório se reporta ao Princípio constitucional previsto no artigo 37 da CRFB para determinar várias correções e adequações da atividade administrativa desenvolvida pelos Órgãos auditados, visando implementar maior racionalização na utilização de recursos. Tal orientação está expressa no texto do relatório quando é reproduzido um parecer da SECEX/PB que determina à Secretaria de Estado da Saúde da Paraíba, Secretaria Municipal de Saúde de

direito social ao trabalho (art. 6º, caput).

Do caráter conformador do princípio decorrem conseqüências marcantes, qual, entre eles, o de tornar inconstitucional a implementação de políticas públicas recessivas." GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**

Campina Grande, Conselho Municipal de Saúde, Ministério da Saúde e Secretaria Municipal de Saúde de Patos que regularizem suas situações administrativas. Destaca-se do universo de determinações uma que faz referência a uma compra de veículo para ser utilizado no transporte de medicamentos e agentes de saúde.

(...)

c) compra de veículo utilitário de luxo com recursos do PAB:

"3.2.9 No que se refere à destinação da viatura, consideramos que possa ser acatada a justificativa, uma vez que a gestora alega que o veículo é utilizado pelas áreas de promoção à saúde e de prevenção, as quais se inscrevem no campo da atenção básica, consoante definido no item II do Anexo I da Portaria/GM/MS nº 3.925/98. Portanto, não se verificou contradição com o disposto no item 3-II do Anexo 1 da Portaria/GM/MS nº 3925/98.

3.2.10 Quanto ao fato do veículo possuir cabine dupla, entendemos que esta característica busca conciliar a necessidade de transporte de carga e de equipes de saúde, podendo-se aceitar as razões da responsável.

3.2.11 Contudo, no tocante ao modelo adquirido, concordamos com a SECEX/PB de que não se pode admitir a aquisição de veículo de luxo, mais caro do que a versão básica, com os recursos do PAB. Note-se que as especificações técnicas do modelo de luxo são plenamente supridas pelas do modelo básico e os equipamentos adicionais do primeiro não se configuram essenciais ao cumprimento dos objetivos do veículo (fls. 44/59).

3.2.12 Diante disso, entendemos que os recursos não foram aplicados de forma racional e com a parcimônia exigida pelas dificuldades de financiamento do setor saúde, estando caracterizado o cometimento de ato de gestão antieconômico.

3.2.13 Tendo em vista que a pick up em questão está sendo utilizada em atividades vinculadas à atenção básica, mas que a realização da despesa constitui ato antieconômico, sugerimos a exclusão da determinação e a aplicação de multa à gestora, nos termos do inciso III do art. 58 da Lei nº 8.443/92."

É o relatório.

VOTO DO RELATOR:

(...)

Quanto ao veículo adquirido, em que pese a sua aquisição também estar amparada pelo dispositivo citado ("expressamente se reporta a "veículos de qualquer natureza"), entendo cabível a aplicação de multa ao gestor responsável. Realmente houve excesso na escolha do veículo, "Pick-up GM S-10 de Luxo"; se as unidades de saúde precisavam de um "transporte utilitário para carga de abastecimento do material de consumo como enfermagem, odontologia, expediente, limpeza, higiene e principalmente medicamentos", como alegou a Secretária Municipal de Saúde, com certeza existiam no mercado outros modelos que atenderiam perfeitamente tais necessidades com menor custo para o sistema. Conforme demonstrado nos autos, as especificações técnicas do modelo de luxo são plenamente supridas pelas do modelo básico, enquanto que

os equipamentos adicionais não são essenciais para o cumprimento dos objetivos do veículo. Não houve racionalidade na compra realizada. É inconcebível que os escassos recursos destinados à saúde pública no Brasil sejam utilizados sem a parcimônia necessária. Assim, evidenciado o ato antieconômico, deve ser aplicada a penalidade prevista na Lei nº 8.443/92⁶⁷.

4.6.2. Auditoria de Desempenho feita no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA)

Para aumentar o desempenho das atividades administrativas desenvolvidas pelo IBAMA, foi-lhe recomendado pela Unidade Técnica do TCU que reduzisse a quantidade de vias recursais dos seus procedimentos administrativos:

V - em relação aos problemas com a demora na tramitação de processos de cobrança em função de sucessivas instâncias recursais administrativas:

a) estude a possibilidade de redução das instâncias recursais administrativas, com base no princípio da descentralização, previsto no Decreto-lei 200/67⁶⁸;

Recomendação que foi acolhida pelo Ministro Relator do TCU em seu Voto, acrescentando-lhe como fundamento de direito o Princípio da Eficiência:

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **EMENTA:** relatório de auditoria nos órgãos e entidades de saúde do Estado da Paraíba. Programa de ação na área da saúde. Falhas e irregularidades diversas. Determinações e recomendações. Aplicação de multa à Secretária Municipal de Saúde de Patos. Disponibilização dos trabalhos executados aos gestores interessados. **Natureza:** Relatório de Auditoria - Programa de ação na área da saúde. Interessado: Tribunal de Contas da União. PROCESSO 011.064/199-4 - GRUPO I - CLASSE III - 1ª CÂMARA. **Órgão de origem:** Secretaria de Estado da Saúde da Paraíba, FUNASA/PB, escritório de negócios da CEF/PB, Instância Colegiada Estadual de Saneamento, Comissão de Intergestores Bipartite, Gerência estadual do Ministério da Saúde, Conselho Estadual de Saúde de Campina Grande e Patos. UNIDADE TÉCNICA SECEX-PB. **MINISTRO RELATOR:** HUMBERTO SOUTO. T.C.U., Sala de Sessões, em 14 de dezembro de 1999. Publicado no Diário Oficial da União de 29/12/1999.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria 8.

16. Entendo conveniente, outrossim, que conste como fundamento para a redução das instâncias administrativas, preconizada pela equipe de auditoria (item V, letra a), o **princípio da eficiência**, acrescentado ao caput do art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 19, de 4/6/98.

4.6.3. Eficiência como parâmetro para remuneração dos servidores do TCU

O Tribunal Pleno do TCU apreciou e aprovou projeto de lei que dispõe sobre o Quadro de Pessoal e o Plano de Carreira dos Servidores da Secretaria do Tribunal de Contas da União.

Consta do Voto do Ministro Relator nova menção ao Princípio da Eficiência. Desta vez, afasta-se a possibilidade de aplicação do princípio em razão da inadequação de critérios de produtividade para a remuneração de servidor de carreira do TCU.

27. Além disso, cumpre observar que as atividades exercidas pela SRF e pelo TCU, embora tenham em comum o fato de serem de fiscalização, apresentam substanciais diferenças que devem ser consideradas.

28. A primeira e, talvez, mais notória diz respeito aos resultados alcançados por esses órgãos. A SRF trabalha com resultados mensuráveis quantitativamente, porquanto organiza sua atuação de forma a aumentar a arrecadação. Assim, a mera variação no volume de recursos arrecadados é suficiente para repercutir nos valores a serem recebidos pelos fiscais. O método é matemático.

29. Já no TCU a questão não é tão simples, pois as atividades aqui desenvolvidas são significativamente mais amplas, diversificadas e de difícil mensuração. O critério objetivo que se poderia adotar é o número de processos instruídos. No entanto, cada processo apresenta graus de complexidade e de dificuldade diferentes, o que inviabiliza a adoção desse parâmetro. Fora disso, qualquer outro critério conterá forte dose de subjetividade, o que não se mostra conveniente para fins de fixação de níveis de remuneração.

30. Entendo que o atual sistema de HDU não se tem mostrado suficientemente confiável para que se possa adotá-lo como critério seguro e capaz de influenciar níveis remuneratórios. Inúmeros são os problemas já detectados nesse sistema, como é cediço, o que dispensaria maiores considerações a respeito.

31. No entanto, apenas para ilustrar, lembro que, conceitualmente, o sistema de HDU já apresenta forte grau de subjetividade, porquanto contém avaliações perfunctórias acerca da complexidade de cada processo. Além disso,

incentiva demasiadamente a rapidez em detrimento da qualidade, pois quanto mais rápido o Analista concluir sua instrução, segundo o sistema, melhor será o seu desempenho. Isso gera alguns problemas, como, por exemplo, instruções carentes de maior pesquisa doutrinária ou jurisprudencial sobre determinado assunto.

32. As reservas que tenho em relação ao sistema de HDU não se resumem apenas a essas poucas que acabei de mencionar. Entendo, porém, que são suficientes para demonstrar a inviabilidade de se adotar tal critério para fins de fixação de remuneração dos servidores desta Casa.

33. Destaco que o exposto acima diz respeito à atividade-fim do Tribunal. Entretanto, é de se perguntar também qual seria o critério de fixação da remuneração dos servidores que trabalham na atividade-meio ?

34. Todas essas questões ainda permanecem sem resposta, não só aqui mas também em outros órgãos da administração pública, pois os critérios até então conhecidos apresentam forte grau de subjetividade, o que não recomenda vincular controle de qualidade à remuneração, pois seria delegar ao chefe imediato do servidor e, em alguns casos, aos seus colegas de trabalho também, o poder de decidir acerca da remuneração de cada servidor, com base em parâmetros muito pouco confiáveis.

35. Avaliações com esse grau de subjetividade gerariam situações bastante injustas e difíceis de administrar como, por hipótese, a de uma Secretaria em que a remuneração do TCU poderia ser mais alta porque os chefes e os colegas são menos rigorosos na avaliação.

36. Note-se que os critérios que permitem repercussão no salário do trabalhador, especialmente na iniciativa privada, são sempre objetivos, matemáticos, tais como, participação nos lucros, comissão sobre vendas, quantidade produzida, número de horas trabalhadas, etc. Geralmente tais critérios adotam como parâmetros resultados coletivos e não individuais. Não vejo como importar para o serviço público conceitos que exigem realidade diversa assim como não conheço critério confiável que consiga traduzir em números o resultado de avaliações subjetivas.

37. As avaliações subjetivas têm o seu valor quando se trata de promoção, progressão na carreira e controle de qualidade, pois, nesses casos, os resultados também são expressos de forma subjetiva (ex: regular, bom, muito bom, etc.).

38. Não estou, com essas observações, querendo dizer que os servidores do TCU não devem se preocupar com a produtividade. A

questão não é essa. Mas, com certeza, também não cabe tratar o TCU como linha de produção de empresa automobilística ou como a SRF, pois nesses últimos exemplos busca-se fazer crescer um "bolo" quantitativamente identificável, para depois dividir pelos responsáveis pelo seu crescimento.

39. O objetivo do TCU, contudo, não é aumentar a receita ou o número de carros montados. Em sentido lato, busca-se, na esfera administrativa, distribuir a justiça. De forma célere, sem dúvida, mas de forma justa e serena. O Tribunal lida com as pessoas, suas vidas funcionais e profissionais, e suas decisões alcançam patrimônio jurídico impossível de se quantificar, que é o nome do gestor público.

40. No caso do TCU, não cabe reduzir o **princípio da eficiência**, erigido a norma constitucional pela Emenda nº 19/98 no caput do art. 37 da Constituição, a uma questão preponderantemente de ordem quantitativa. Nesta Corte seu campo de incidência é muito maior, abrangendo aspectos de natureza eminentemente subjetiva, como a profundidade da abordagem do assunto pelo Analista, as técnicas de auditoria mais recomendáveis para o caso concreto, o bom senso, a observância aos princípios contábeis como, por exemplo, o do conservadorismo, e de direito, tais como o do devido processo legal, o da proporcionalidade, o da razoabilidade, o da celeridade, o do formalismo moderado, o da economia processual e tantos outros.

41. Por essas razões, entendo absolutamente inconveniente vincular a remuneração dos servidores do Tribunal à produtividade, motivo pelo qual, quanto a este ponto, deixei de seguir o critério de fixação da remuneração dos Auditores da SRF, especialmente no que concerne à gratificação vinculada a metas de arrecadação e resultados de fiscalização, que, entendo, não ser possível, por analogia, se aplicar ao Quadro de Pessoal do TCU, pelos motivos anteriormente expostos⁶⁹. (grifo acrescentado)

4.6.4. Eficiência em leilões de ações de empresas estatais: o caso da Tele Norte Leste S/A e o consórcio do Banco Opportunity e da Telecom Itália

As Unidades Técnicas do TCU formularam Representação contra o Programa Nacional de Desestatização coordenado pelo BNDES, denunciando possíveis irregularidades no processo de venda do controle acionário da Tele Norte Leste. Após audiência dos responsáveis acerca de atos de negociação direta com possíveis participantes do processo de desestatização da Telebrás, das gestões visando à formação e viabilização de consórcios para participar desse processo e da interferência dos mesmos em favor do Consórcio Telecom Itália, o Pleno do TCU entendeu que os fatos apresentados

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Projeto de lei que dispõe sobre o quadro de pessoal e o plano de carreira dos servidores da secretaria do TCU. Apresentação de substitutivo. Aprovação. DECISÃO Nº 749/1999 - TCU - Plenário. INTERESSADO: Tribunal de Contas da União. Ministro Relator BENTO BUGARIN. DECISÃO, T.C.U., Sala de Sessões, em 20 de outubro de 1999. Publicada no Diário Oficial da União de 04/11/1999. Publicada também no BTCU 65/1999 (c/ 1 volume).

como irregulares não foram comprovados e decidiu pelo arquivamento do feito e remessa de cópia ao MPF.

Questão que tomou conta do cenário político-econômico do país durante várias semanas, o caso "Banco Opportunity", rendeu a demissão de um Ministro de Estado, Luiz Carlos de Mendonça de Barros, e investigação por uma CPI no Congresso Nacional.

O Princípio da Eficiência, nesse caso, é invocado para legitimar a atuação administrativa em situações em que a forma Mercado é hegemônica e a Administração Pública tem que se adequar a ela.

Assim, dentre os vários aspectos ressaltados pelo Ministro Relator interessa para efeitos deste trabalho destacar os seguintes:

Também é de ver que as gestões empreendidas pelos responsáveis, embora de fato tivessem favorecido à competitividade, não tiveram influência no resultado do leilão.

Além disso, segundo as informações prestadas pelo ex-Ministro LUIZ CARLOS MENDONÇA DE BARROS ao Senado Federal (fl. 287) e segundo as conversas telefônicas gravadas clandestinamente, divulgadas pela Folha de S. Paulo em 25.5.1999, no sentido de que o lance do Consórcio do Banco Opportunity e da Telecom Itália para a Tele Norte Leste S/A seria superior ao preço mínimo em mais de R\$ 1 bilhão, se esse Consórcio não tivesse sido desclassificado por ter ganho o leilão da Tele Centro Sul S/A, o resultado do leilão poderia ter sido ainda melhor para o erário.

Enfim, em que pese a aparente violação do princípio da impessoalidade, não vislumbramos nas ações dos responsáveis a intenção de favorecer em particular o Consórcio composto pelo Banco Opportunity e pela Telecom Itália, mas antes a intenção de favorecer à competitividade no leilão da Tele Norte Leste S/A e, com isso, buscar melhor resultado para o erário na desestatização dessa empresa.

Tanto isso parece-nos verdade que, apesar da amizade pessoal dos responsáveis com os diretores do Banco Opportunity, não foi repassada a estes a informação privilegiada e relevantíssima que aqueles detinham sobre as dificuldades financeiras do Consórcio Telemar, que sinalizavam a impossibilidade de oferecimento, por parte deles, de lance superior ao preço mínimo (fl. 287).

Dissemos violação aparente do princípio da impessoalidade, uma vez que esta se configura quando a intenção do agente público, com seus atos, é beneficiar ou prejudicar alguém. O princípio da impessoalidade deve, nos dias atuais, ser examinado em situações concretas. Não há como querer examinar a sua possível violação em

situações abstratas ou meramente teóricas. São cada vez maiores os desafios que a sociedade moderna obriga-nos a enfrentar, e a velocidade com que novos fatos são impostos à Administração não mais permite que se possa querer resolvê-los com instrumentos jurídicos do passado. A atuação estatal não deve mais ser balizada apenas pelos critérios de legalidade, de moralidade e de impessoalidade. Exige-se que a gestão pública seja igualmente pautada pelos **princípios da eficiência** e da economicidade. A ênfase é dada na produtividade, na obtenção de resultados. Portanto, atuação administrativa legítima, nos dias atuais, será aquela que, além de realizar os princípios tradicionais da impessoalidade, da legalidade etc., igualmente dê ênfase à obtenção de resultados positivos sob o ponto de vista da eficiência, da economicidade.

Sob esse enfoque, ainda que a atuação dos responsáveis no presente caso possa causar certa perplexidade, haja vista não poderem ser consideradas atuações ortodoxas, as circunstâncias em que essas desenvolveram-se, e à luz dos esclarecimentos prestados, devem tais atuações ser consideradas perfeitamente legítimas.

Entretanto, no caso em exame, com base nos argumentos ora aduzidos, nos documentos constantes dos autos e nas informações conhecidas até a presente data, tudo indica que não houve tal intenção dos responsáveis, haja vista, como se disse, não agirem eles para beneficiar em particular determinado consórcio, mas para favorecer à competitividade no leilão e buscar melhor resultado para o erário.

Nossa opinião, entretanto, não impede a apreciação dos fatos pelo Ministério Público Federal. Por isso, manifestamo-nos integralmente de acordo com a proposta apresentada pela Unidade Técnica à fl. 291⁷⁰.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. DECISÃO Nº 765/1999 - TCU - Plenário. Representação formulada por Unidades Técnicas do TCU. Programa Nacional de Desestatização. BNDES. Possíveis irregularidades no processo de venda do controle acionário da Tele Norte Leste. Audiência dos responsáveis acerca de atos de negociação direta com possíveis participantes do processo de desestatização da Telebrás, das gestões visando à formação e viabilização de consórcios para participar desse processo e da interferência dos mesmos em favor do Consórcio Telecom Itália. Fatos não comprovados. Arquivamento. Remessa de cópia ao MPF. RESPONSÁVEIS: Luiz Carlos Mendonça de Barros, ex-Ministro das Comunicações, André Pinheiro de Lara Rezende e José Pio Borges de Castro Filho, ex-Presidentes do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Órgão de Origem: ÓRGÃO/ENTIDADE: Ministério das Comunicações e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES. **Ministro Relator** BENTO BUGARIN. DECISÃO, T.C.U., Sala de Sessões, em 27 de outubro de 1999. Publicada no Diário Oficial da União de 18/11/1999.

4.6.5. Eficiência do Plano Nacional de Qualificação Profissional – PLANFOR

No período de 25/08/1999 a 28/09/1999, foi realizada Auditoria na Secretaria de Formação e Desenvolvimento Profissional - SEFOR, do Ministério do Trabalho e Emprego, com vistas a verificar a aplicação dos recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, no Plano Nacional de Qualificação Profissional - PLANFOR, abrangendo os exercícios de 1997 e 1998.

A Equipe da 7ª SECEX encarregada da auditoria esclarece que:

o PLANFOR é um Plano de Qualificação Profissional que, de acordo com sua definição legal, utiliza recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador-FAT, oriundos do Programa do Seguro Desemprego, para qualificar trabalhadores em busca de emprego.

O Plano está vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, sendo executado atualmente pela Secretaria de Políticas Públicas e Emprego (SPPE). No período enfocado por esta auditoria o Plano era executado pela Secretaria de Formação e Desenvolvimento Profissional - SEFOR, que foi incorporada pela SPPE, por intermédio do Decreto nº 3.129, de 09 de agosto de 1999.

Quanto à avaliação do PLANFOR, a equipe de auditoria se manifesta da seguinte maneira:

dada a diferenciação de conceitos, podemos exprimir de imediato uma falha: não observamos uma avaliação da economicidade do PLANO, as avaliações restringem-se à eficácia e efetividade, não se preocupando com a **eficiência**, no sentido adotado pela Corte de Contas⁷¹. (ênfase acrescentada)

O Ministro Relator, em seu relatório, destaca que

Do que foi relatado, convém notar, quanto ao mérito, que as principais falhas apontadas referem-se ao critério de

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. (sem ementa). DECISÃO Nº 279/2000 - TCU - Plenário. Relatório de Auditoria. Órgão de Origem: Secretaria de Políticas Públicas e Emprego do Ministério Trabalho e Emprego, antiga SEFOR. **Ministro Relator** VALMIR CAMPELO. DECISÃO, T.C.U., Sala de Sessões, em 12 de abril de 2000. Publicada no Diário Oficial da União de 04/05/2000 (c/ 3 volumes).

distribuição dos recursos do PLANFOR, à ausência de metas com o objetivo de aumentar a eficiência e eficácia do Plano, à falta de integração do PLANFOR ao PROEP (Programa de Expansão da Educação Profissional), à desvinculação do PLANFOR do Sistema Nacional de Emprego, e às distorções na distribuição dos recursos destinados aos PEQs (Planos Estaduais de Qualificação)⁷².

Quanto àquelas relativas ao critério de distribuição dos recursos do PLANFOR e à falta de integração do PLANFOR ao PROEP, entendo que, para formular um juízo mais adequado, essas questões devem ser melhor esclarecidas. Para tanto, a diligência preliminar aos responsáveis faz-se necessária.

No que tange às propostas de metas de colocação para o PLANFOR, baseadas em treinados inseridos no mercado de trabalho em cada localidade, de criação de uma coordenação nacional das avaliações externas dos PEQ, de viabilidade de contratar o acompanhamento e avaliação externa dos PEQs sem a participação dos Estados, de vinculação do PLANFOR ao Sistema Nacional de Emprego, de uma rotina de avaliação sistemática da consistência das informações recebidas das Secretaria de Estado e Parcerias e de correção das distorções na distribuição dos recursos destinados aos PEQs, manifesto-me de acordo⁷³.

4.6.6. Acórdão do STJ

4.7. Ponte com considerações finais

⁷² Ibidem, p. 13. Disponível na internet: <http://www.tcu.gov.br/>

⁷³ Ibidem, p. 14.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação teve por finalidade, em primeiro lugar fazer um estudo do Estado de Direito enquanto estrutura normativa que se caracteriza pela vinculação e limitação do Estado para a proteção, garantia e realização efetiva dos Direitos Fundamentais. Em segundo lugar, analisar a eficiência administrativa em relação à garantia dos Direitos Fundamentais no contexto da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro em andamento.

Conforme se pode observar, o Estado de Direito é fruto de um processo histórico e expressão da legitimidade do tipo de dominação racional-legal que culminou na sua consagração na Modernidade. A fórmula Estado de Direito carrega consigo alto potencial emancipatório porquanto afasta do campo da dominação política o exercício do poder através da *raison de État* e firma vínculos para com os cidadãos e garantias dos Direitos Fundamentais frente ao Estado.

As diferentes contextualizações do modelo Estado de Direito demonstram as suas várias possibilidades de concretizações e sinalizam a universalidade do conceito de Estado *per leges* e *sub lege*.

As adjetivações Liberal, Social e Democrática tem por mérito classificar, respectivamente, o Estado de Direito enquanto privilegia: a) a limitação jurídica do poder dirigida à garantia dos direitos e liberdades fundamentais, onde seu papel é de estar obrigado a omitir todos os comportamentos violadores das esferas de autonomia dos cidadãos; b) a garantia da *integração existencial* dos cidadãos, permanecendo as garantias das liberdades e direitos fundamentais liberais, criando as condições que garantam o livre e igual desenvolvimento da personalidade individual e a realização da dignidade humana; c) a existência efetiva das regras da democracia

política como meio de realização e proteção dos Direitos Fundamentais do Estado de Direito Social.

O garantismo enquanto Filosofia do direito e crítica da política que impõe ao direito e ao Estado a carga de justificação externa, tendo como critério os bens e interesses a ser tutelados por eles, oportuniza, através deste ponto de vista externo, a legitimação e deslegitimação do Estado.

O Estado de direito se caracteriza pelo princípio da legalidade em sentido estrito, onde o poder está subordinado a leis gerais e a atividade do Estado é submetida a controle, característica de sua legitimação formal; e em sentido lato, através da funcionalização dos poderes a serviço da garantia dos Direitos Fundamentais, característica de sua legitimação substancial.

Para o Garantismo a Democracia está adstrita à regra sobre quem pode e como deve decidir, dizendo respeito à forma de governo. O Estado de Direito, por sua vez, na perspectiva garantista, tem por regra estabelecer limites intransponíveis sobre o que se deve e o que não se deve decidir.

A teoria geral do garantismo, mesmo que inacabada, apresenta-se como capaz de dar conta dos atuais problemas porque passam os modernos Estados de Direito e efetuar um resgate da legitimação do seu modelo. A defesa da centralidade da pessoa humana redimensiona o papel do Estado e condiciona a sua permanência à funcionalização dos poderes ao serviço da garantia dos Direitos Fundamentais.

O exercício do poder, nos tempos atuais, tenta legitimar-se através de uma racionalidade econômica que suplanta o jurídico e afasta o político. Tal movimento, já denunciado por CADEMARTORI como "uma verdadeira

'colonização' do jurídico pelo econômico"¹, revela a crescente utilização da Democracia Formal e a regra da maioria como véu acobertador de práticas ilegais e ilegítimas².

A Reforma do Aparelho do Estado brasileiro, como se viu, destina-se a superar o modelo burocrático de Administração Pública através da adoção do modelo gerencial. Tal modelo aumenta a utilização de formas jurídicas de direito privado em detrimento das formas jurídicas de direito público.

Um dos principais argumentos para esta mudança é o esgotamento do modelo burocrático e a modernização que o modelo gerencial pode trazer, através do controle dos resultados alcançados pela administração pública. Todavia, parece duvidoso que a implementação deste novo modelo possa suplantar a ordem patrimonialista subjacente no Estado brasileiro e em especial na sua organização

¹ CADEMARTORI, op. cit., p. 178.

² É paradigmático o exemplo da não cassação pelo Supremo Tribunal Federal da Medida Provisória nº 168/90 que confiscou as contas-correntes em prol de uma suposta eficácia de tal Medida para a contenção da inflação.

Em seu último livro, Paulo Bonavides denuncia, através de diversos artigos, a existência de um processo de derrubada da Constituição e recolonização por um golpe de Estado institucional. O Constitucionalista cearense assim se expressa: "Fora da Constituição, não há instrumento nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições.

A anomalia de um Executivo presidencial atuando como se fora senhor absoluto do poder, ignorando as leis e a Constituição, governando ao livre alvedrio das medidas provisória, desrespeitando a vontade nacional, esmagando as classes sociais, resultou, já, numa desfiguração do sistema jurídico sem símile nos anais republicanos e imperiais.

Fenômeno singular de tamanhas proporções, ameaça derrubar a Constituição com um golpe de Estado institucional - fazendo do Brasil, ao cabo de tão funesta caminhada, um País neocolonial.

Com efeito, acha-se em curso processo de recolonização e de esfacelamento da Constituição, que liquida os princípios fundamentais da Carta Magna, designadamente a separação de poderes, a soberania do Estado, a probidade administrativa, a isonomia, a justiça, a liberdade, a solidariedade." BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização por um golpe de Estado institucional)**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 13.

administrativa, conforme se viu durante o esboço histórico da Administração Pública brasileira.

Dentro desta ótica, parece acertado afirmar que a Administração Pública necessita ser publicizada. Um dos caminhos que se abrem para este fim é o da profissionalização do serviço público através de contratações mediante concurso público, treinamento adequado, controle de desempenho, ascensão na carreira através de critérios de mérito.

O aumento de atividades da Administração Pública que se utilizam de formas jurídicas privadas pode, como ocorrera na Reforma Administrativa de 1967, oportunizar nova apropriação privada do patrimônio e orçamento públicos e dificultar mais ainda o controle da atividade administrativa.

A implementação da Administração Pública Gerencial, segundo Bresser Pereira, ainda necessita de uma modificação da Constituição, das leis e regulamentos em razão da origem romana e napoleônica do Direito pátrio. A modificação da Constituição e as conseqüentes mudanças legais e regulamentares são naturais, visto que se propõe a alteração do paradigma administrativo e de fato já ocorreram com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19 de 06 de junho de 1998 e suas regulamentações. Todavia, a origem romano-germânica do sistema de Direito adotado e a influência napoleônica, não podem ser consideradas como causas dos problemas do Estado e do sistema legal brasileiros. Primeiro, porque o sistema romano-germânico organiza a vida social de vários países, como o Canadá, que não têm necessariamente os mesmos problemas que o Brasil. Segundo, porque esse sistema é adotado para resolver os conflitos desde que o Brasil foi descoberto e está enraizado em nossa cultura. Terceiro, o sistema romano-germânico, comparativamente ao sistema da

common law, que se entende ser o preferido por Bresser Pereira, possui vantagens que não podem ser desconsideradas como: a fundamentação das decisões a partir das normas constitucionais e legais; o papel da doutrina como fonte do Direito; a idéia de justiça constitucional; a separação dogmática entre o Direito Público e o Direito Privado; o papel não vinculante da jurisprudência dos tribunais superiores sobre as decisões dos outros tribunais e juizes em regra. Sobre a influência napoleônica, deve-se ressaltar que se trata de uma falsa questão, pois foi exercida predominantemente sobre o Direito Civil e há muito não se faz perceber na dogmática jurídica nacional. O que de fato é um problema são as orientações jurídicas normativistas e realistas, como se viu neste trabalho, que reduzem a validade das normas à sua vigência ou à sua eficácia, respectivamente. Contra essas orientações é que se apresenta o garantismo, entendido como positivismo crítico capaz de redefinir os âmbitos de vigência, validade e eficácia das normas e oportunizar a garantia dos Direitos Fundamentais da pessoa.

Em relação aos princípios no Estado de Direito, pode-se observar que são normas, assim como o são também as regras. Diferenciam-se destas por ser tratarem de **mandados de otimização**, ou seja, normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (cf. 4.2. *infra*). Seu cumprimento se dá em graus e suas possibilidades jurídicas estão limitadas por outros princípios e regras. Ainda caracterizam os princípios o balanceamento de valores e interesses jurídicos e a ponderação de outros princípios conflitantes. A adoção dos princípios, em detrimento dos valores conforme

observado às páginas 135 a 139, tem a vantagem de não induzir a falsas interpretações.

A eficiência, como visto, tem origem na Ciência da Administração e se refere à situação de uma empresa privada em que os ganhos marginais se obtém se for possível produzir as mesmas quantidades de resultados com menos custos. Junto a eficiência está a efetividade, que se obtém quando uma empresa atinge suas metas explícitas. Sua utilização em empresas privadas que compram e vendem seus insumos (**inputs**) e produtos (**outputs**) em mercados está diretamente relacionada à meta principal da rentabilidade (cf. 4.5. *infra*).

Utilizá-la como princípio da Administração Pública importa em uma adequação do sentido da palavra ao texto normativo estatal e ao contexto administrativo público. A primeira dificuldade reside na ausência tanto do critério de rentabilidade, quanto das relações de mercado no âmbito da Administração Pública em regra. Na Administração Pública Indireta ainda se encontram espaços em que a forma mercado prevalece, mesmo que isso não devesse ocorrer pois a Administração Pública Indireta também está orientada pelos mesmos princípios da Administração Pública Direta. Mesmo assim, uma instituição bancária estatal tem possibilidades de se utilizar do princípio da eficiência com mais propriedade do que uma Fundação Pública educacional, por exemplo. Muito embora, em nome da eficiência administrativa, a instituição bancária estatal brasileira possa limitar as suas linhas de crédito à renda mensal de seus futuros devedores, tomando por regra de valoração da eficiência o valor de R\$ 1.000,00, excluindo assim dezenas de milhões de pessoas.

Por outro lado, uma Autarquia Federal em regime especial destinada ao ensino superior encontrará diversas

dificuldades para otimizar a eficiência de sua administração, visto que, a possibilidade de universalizar a forma mercado é reduzida. O desempenho de um Professor universitário com contrato de quarenta horas semanais e dedicação exclusiva passa por outros critérios que não são necessariamente a produção dos mesmos resultados com menores custos. Uma pesquisa desenvolvida por esse Professor na área de literatura brasileira pode não ter nenhum valor enquanto produto para o mercado e mesmo assim ter um imenso valor acadêmico. Por outro lado, a mesma instituição, através de um grupo de Professores da área de engenharia pode vincular suas pesquisas aos interesses do mercado industrial da robótica, descurando-se do interesse público.

Pode-se observar das decisões dos tribunais pesquisadas que se apresentou, algumas utilizações do Princípio da Eficiência. Há questões administrativas, como a da compra do carro de luxo para o serviço de saúde pública do Estado da Paraíba, mais simples e na qual a aplicação do Princípio não oferece dúvidas. Todavia, casos como o da eficiência em leilões de ações da Tele Norte Leste S/A e o consórcio do Banco Opportunity e da Telecom Itália são extremamente complexos e a aplicação do Princípio da Eficiência parece duvidosa.

No caso do "Bando Opportunity", a decisão favorável do Tribunal de Contas da União em que a sua fundamentação socorre-se do Princípio da Eficiência, não a ponderando adequadamente com os outros princípios conflitantes (da legalidade, moralidade, impessoalidade) aponta os riscos que podem se apresentar com o uso indevido da eficiência. Pode-se arriscar que o Princípio da Eficiência quando em colisão com outros princípios constitucionais tenha peso menor, pois a sua aplicação não é tão universalizável quanto a aplicação do princípio da impessoalidade, por

exemplo. Assim, na ponderação de princípios conflitantes, a forma mercado, expressa no conteúdo do Princípio da Eficiência, deve ser relevada. A legitimidade do Estado de Direito está na garantia dos Direitos Fundamentais da pessoa e um dos valores fundantes do Estado é a supremacia do interesse público sobre o interesse privado (cf. 4.1. *supra*).

Estas perquirições em torno das possibilidades de aplicação do Princípio da Eficiência revelam a necessidade de se aprofundarem pesquisas a respeito das limitações jurídicas que lhe são impostas por outros princípios e outras regras.

O trabalho foi limitado pela novidade do tema, haja vista que a Reforma do Aparelho do Estado só se concretizou após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. A consequência direta deste fato foram a escassez de estudos e de jurisprudências sobre a eficiência enquanto princípio constitucional da atividade administrativa.

Por outro lado, reside aqui um de seus méritos, pois enquanto não se apresentar para discussão um conteúdo sistematizado a respeito da definição de eficiência e sua inserção no texto constitucional como princípio, dificilmente despertar-se-á interesse por novos estudos.

Também, acredita-se ser mérito desta dissertação a utilização da teoria garantista como teoria do direito aplicada ao direito administrativo, visto que oportuniza a ênfase da garantia dos Direitos Fundamentais frente à Administração Pública como categoria de fundamental importância na concretização daqueles.

Neste oceano de questões o caminho já havia sido traçado por um caminhante ao invocar o verso poético de

Antonio Machado: "*Caminante, no hay camino, sino estelas en la mar*"³.

Este novo caminhante se lançou ao mar seguindo as estelas já deixadas, em busca da "Ilha Desconhecida". Tal como no conto, apercebeu-se que ilhas desconhecidas sempre haverá e que a crença na existência delas deve estar gravada no casco da nau para que nunca se esqueça disso e para que não aporte em um porto pensando ter conhecido a "Ilha Desconhecida", que nada mais será do que mais uma ilha conhecida.

³ CADEMARTORI, op. cit., p. 170.

8.1. efetivamente utilizadas

A

- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDERSON, Perry. **Balanço do Neoliberalismo**. in: GENTILI, Pablo et SADER, Emir (org.). **Pós-neoliberalismo - As políticas sociais e o Estado Democrático**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p.
- ANDREANI, **Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione**. Padova, 1979.
- ARGÜELLO, Kátie S. C. **Dilemas do Welfare State e ordem periférica**. Alter Ágora. nº 2. novembro-1994. p.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Direito e Século XXI - conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna**. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. et RAMOS, Alexandre (orgs.). **Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho**. Curitiba: Edibej, 1998. 298 p.

B

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª e. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BASTOS, A. C. Tavares. **Cartas do Solitário**. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1938. p. 29.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia - uma defesa das regras do jogo**. 5ª e. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p.
- _____. **Estado, Governo e Sociedade - Para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

- _____. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- _____. **Teoria General del Derecho**. Bogotá: Themis, 1987.
- BOBBIO, Norberto, MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BUENO, Eduardo. **Náufragos, traficantes e degradados: as primeiras expedições ao Brasil**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1998.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Aspectos da Reforma Administrativa**. [http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/Direito Administrativo/Aspectos da reforma administrativa.htm](http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/DireitoAdministrativo/Aspectos%20da%20reforma%20administrativa.htm).
- BURDEAU, Georges. **O Estado**. Trad. Cascais Franco. Póvoa de Varzim: Euro-América, [197-].
- Brasil. Constituição. **Constituições que marcaram o século XX**: edição comemorativa: 1934, texto original; 1946, texto original; 1967, texto original; 1988, atualizada até março de 1999. Brasília: Senado Federal, 1999.

C

- CADEMARTORI, Sergio U. **Estado de Direito e Legitimidade - uma abordagem garantista**. Tese de Doutorado. UFSC, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1994.
- _____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- CASTANHEIRA NEVES, A. **O Instituto dos "Assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.

D

DÍAZ, Elias. **Estado de Direito e Sociedade Democrática**. Madrid: Divulgación Universitaria, 1979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 9ª e. São Paulo: Atlas, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. 2ª ed. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989.

E

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: RT, 1998.

ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o direito privado - contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

F

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Porto Alegre: Globo, 1984.

_____. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista da USP.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. "O Direito como sistema de garantias" in OLIVEIRA Jr., José Alcebiades de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIORI, José Luís. O Consenso de Washington. São Paulo: **InformaCUT**, nº 247, nov 1994. p. 14-16.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. com as Emendas 19 e 20 de 1998. São Paulo: Malheiros, 2000.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 2ª e. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

FUSTEL DE COLANGES, Numa Denys. **A Cidade Antiga**. Trad. de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Volumes I e II. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

G

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Revolución Francesa y Administración Contemporanea**. Madrid: Civitas, 1981.

_____. **Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. v. I e II. Madrid: Civitas, 1981.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere. in GIANFORMAGGIO, L. (org.) **Le Ragioni del Garantismo**. Torino: Giappichelli, 1993.

GIANNINI, Massimo Severo. **El Poder Publico - estados y administraciones publicas**. Trad. Luis Ortega. Madrid: Civitas, 1991.

GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos Simões. **O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia e a Garantia dos Particulares (algumas considerações)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

GRAU, Eros Roberto. O Estado do Pós-Bem Estar e o Discurso Neoliberal (uma alusão ao caso do Brasil). **Alter Ágora**. nº 1. Maio-1994. Florianópolis-SC. p.

GUASTINI, Riccardo. **I fundamentio Teorici e Filosofici del Garantismo**. in GIANFORMAGGIO, L. (org.). **Le Ragioni del Garantismo**. Torino, Giappichelli, 1993.

H

HABERMAS, Jürgen. **Teoría y praxis - estudios de filosofía social**. Trad. Salvador Mas Torres y Carlos Moya Espí. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

K

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: A. Amado editor-sucessor, 1979.

L

LASSALE, Ferdinand. **Manifiesto Obrero y otros escritos políticos**. Trad. Joaquin Abellan Garcia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 4ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1978.

M

MARCELLINO, Gileno. Administração Pública Brasileira: evolução, situação atual e perspectivas futuras. **Revista do Serviço Público**, vol. 117, nº 2, set-dez 1989, p. 105-116.

MATTOS, Pedro Lincon. Racionalização Administrativa versus concepções patrimonialistas no provimento de pessoal no serviço público federal: o Ministério da Educação e Cultura entre 1960 e 1985. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro: FGV, vol. 28, nº 1, p. 70-86.

MARX, Karl. **Manuscritos económicos-filosóficos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: edições 70, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. r. a. T. I. Coimbra: Coimbra, 1997.

MODESTO, Paulo. **Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil - as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais.** Disponível na internet: <http://www.mare.gov.br/index2.htm>.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa - emenda constitucional nº19/98.** 2º ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo.** Coimbra: Centelho, 1978.

N

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito - Do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito.** Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

NOGUEIRA, Paulo Batista. **O Consenso de Washington: A visão neoliberal dos problemas latino-americanos.** [s.l.] [s.d.]

O

OLIVEIRA MORAES, Germana de. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** São Paulo: Dialética, 1999.

OFFE, Claus. **Legitimidad versus Eficiencia.** in: AAVV *Contradiciones en el Estado del Bienestar*, Madrid: Alianza, 1994.

P

PELAYO, Manuel Garcia. **Escritos políticos y sociales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado Constitucional de derecho.** Madrid: Trotta, 1997.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos Anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle.** Disponível na internet: <http://www.mare.gov.br/Anos90.htm>.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, ano 47, vol. 120, n. 1, ENAP, Brasília, janeiro-abril de 1996.

PETRAS, James. **Os fundamentos do neoliberalismo**. Trad.

Amílcar D'Avila de Mello. [s.l.] [s.d.]

Plano Diretor da Reforma do Estado. Disponível na internet:

http://www.mare.gov.br/publicacoes/plano/pl_dir-01.htm#introducao.

R

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Atos políticos ou Atos de governo**. mimeo. Pelotas, 1995.

ROSS, Alf. **Por qué democracia?** Trad. Roberto Vernengo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

S

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Reforma Administrativa no contexto da Democracia: A PEC nº 173/95, suas implicações e adequação ao Estado Brasileiro**. Brasília: DIAP, 1997.

SERRANO MORENO, José-Luís. **Validez y vigencia - La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Trotta, 1999.

STORCK, Vera Sueli. A Reforma Administrativa do Governo Collor. *Revista de Administração*, FGV, São Paulo, v. 27, nº 3, p. 66-77, jul-set 1992.

SORMAN, Guy. **O Estado Mínimo**. Trad. Alexandre Damion Guasti. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1978.

T

TOLEDO, Enrique de la Garza. **Neoliberalismo e Estado**. in: LAURELL, Ana Cristina (org.). **Estado e políticas sociais no neoliberalismo**. Trad. Rodrigo León Contrera. São Paulo: Cortez, 1995.

V

VERDÚ, Pablo Lucas. **La lucha por el Estado de Derecho**.
Bologna: Real Colegio de España, 1975.

_____. **Estudio Preliminar**. in: JELLINEK, Georg. **Reforma y
mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster.
Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

W

WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. 2. ed. em espanhol. 11
reimpressão. Ciudad del México: Fondo de Cultura
Económica, 1997.

Z

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos y
justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin
Praefke-Aires Coutinho. 3^a ed. Lisboa: Fundação
Calouste Gulbenkian, 1997.

8.2. Consultadas**A**

AVELLAR, Hélio de Alcântara. **História Administrativa do
Brasil**. Vol. V. Brasília: DASP/CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO E
INFORMÁTICA, 1970.

_____. (coord.). **História Administrativa do Brasil**. Vol.
VII. Brasília: DASP, 1974.

B

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**.
São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro:
Campus, 1992.

_____. **A Teoria das Formas de Governo**. 8^a e.
Brasília: EdUnb, 1995.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. **Teoria do Estado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. **Do estado liberal ao estado social.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. **Ciência Política.** 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

C

- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991.

D

- DANTAS, Ivo. **Ciência Política - Teoria do Poder e da Constituição.** Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 1989.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanela. **Direito Administrativo.** 4ª e. São Paulo: Atlas, 1994.
- D'OLIVEIRA, Alexandre Lemgruber Portugal. **Parcerias Estado-Sociedade Civil nos serviços públicos: o modelo das organizações sociais.** Dissertação de mestrado. UFSC, 1998.

E

- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

F

- FERRAJOLI, Luigi. **Note critiche ed autocritiche intorno alla Discussione su Diritto e Ragione.** in GIANFORMAGGIO, Letizia (org) et alli. **Le ragioni del garantismo.** Torino, Giappichelli, 1993.
- _____. **El Estado Constitucional de derecho hoy.** in IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Corrupción y Estado de Derecho. El papel da la jurisdicción.** Madrid: Trotta, 1996.

G

GARCIA DE ENTERRÍA. Eduardo. Constituição como norma. **Revista de Informação legislativa.** São Paulo, n. 78, 5-17, abr./jun. 1986.

_____ . **La constitución como norma y el Tribunal Consitucional.** 2. ed. Madrid: Civitas, 1982.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GUEDES, João Alfredo Libânio, et RIBEIRO, Joaquim. **História Administrativa do Brasil. A União Ibérica - Administração do Brasil Holandês.** Ed. rev. e anotada por Vicente Tapajós. 2^a. ed. Brasília: EdUnb/FUNCEP, 1983. V. 3, Tomos I e II. 504 p.

GUEDES, João Alfredo Libânio. **História Administrativa do Brasil. Da Restauração a D. João V.** Ed. rev. e anotada por Vicente Tapajós. 2^a. ed. Brasília: EdUnb/FUNCEP, 1984. V. 4, Tomos VI. 176 p.

H

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Tradução de Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1963.

_____ . **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições - Épocas medieval e moderna.** Coimbra: Almedina, 1982.

J

JORI, Mario. La Cicala e la Formica. in GIANFORMAGGIO, L. (org.) **Le Ragioni del Garantismo.** Torino: Giappichelli, 1993.

K

L

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt.** S. Paulo: Cia. das Letras, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho.** Barcelona: Ariel, 1994.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** tradução de Walter Stöner. Porto Alegre: Villa Martha, 1980.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución.** tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

M

MACEDO, Roberto. **História Administrativa do Brasil.** V. VI, parte VIII. Brasília: DASP, 1964. 241 p.

MCLLWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

P

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos fundamentales. Teoría General.** Madrid: Universidad Carlos III, Ed. BOE, 1995/

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Interpretações sobre o Brasil.** in LOUREIRO, Maria Rita (org). 50 anos de ciência Econômica no Brasil. Petrópolis: vozes, 1997.p. 17-69.

PINTO FERREIRA, L. **Da constituição.** 2. ed. José Konfino, 1956.

POGGI, Gianfranco. **A evolução do Estado Moderno. Uma introdução Sociológica.** Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946.** 2. ed. 1953.

R

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** S. Paulo: Saraiva, 1977.

RIBEIRO, Fávila. **A Constituição e a realidade brasileira.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social. Ensaio sobre a origem das línguas.** v. I. Trad. Lourdes Santos Machado. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

RUSSOMANO, R. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo, 1972.

S

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Formação da Teoria Constitucional.** São Paulo: Forense, 1983.

_____. **Estado de Direito, liberdades e garantias.** Sugestões literárias, 1980.

SARTOR, Vicente Volnei de Bona. **Reforma Administrativa do Aparelho Estatal.** Dissertação de Mestrado. UFSC, 1996.

SIEYÉS, Emmanuel. **A constituinte burguesa: Que é o terceiro estado?** 2 tiragem. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** S. Paulo: Malheiros, 1992.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

T

TAPAJÓS, vicente Costa Santos. **História Administrativa do Brasil. A Política Administrativa de D. João III.** V. II, Tomo III. 2ª. ed. Brasília: FUNCEPE/EdUnb, 1983. 239 p.

W

WARAT, Luis Alberto. **Por quien cantan las sirenas - Informe sobre Eco-ciudadania, Género y Derecho - Incidencias del barroco en el pensamiento jurídico.** p. 134-173.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

_____. **Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

_____. **Pluralismo Jurídico - fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

_____. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

X

XIFRA HERAS, Jorge. La constitución como norma y como ley. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília/Senado Federal, n. 80, a. 20, 53-102, out./dez. 1983.

.....				
	2.4.1.1.3.2.	O	Princípio	da 41
<i>Legalidade</i>				
	2.4.2. Social.....			44
	2.4.2.1. A estatização da Sociedade e a socialização do			
Estado.....				44
...				
	2.4.2.2. Estado Social de			
Direito.....				48
....				
	2.4.3. Democrática.....			49
2.5. O Estado de Direito enquanto garantia.....				50
CAPÍTULO III - O GARANTISMO.....				51
3.1. Introdução.....				52
3.2. O que é o Garantismo?.....				52
3.2.1. As três acepções do Garantismo.....				55
3.3. Um Modelo Normativo de Direito.....				60
3.4. Democracia e Estado de Direito.....				63
3.4.1. Os Direitos Fundamentais: Liberdades e Expectativas.....				64
3.4.2. A redefinição do conceito de Democracia a partir do Garantismo.....				65
3.5. Uma Teoria do Direito.....				67
3.6. Uma Filosofia da Política.....				71
3.7. A garantia no Estado Constitucional de Direito.....				74
3.7.1. O lugar da Garantia frente aos Atos da Administração.....				76
3.7.2. A sujeição da Administração Pública ao Direito.....				77
3.7.3. O Controle da atividade administrativa.....				79
3.8. A garantia no sistema constitucional				