

CLÁUDIO EDUARDO REGIS DE FIGUEIREDO E SILVA

**ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL
E REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL**

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

CLÁUDIO EDUARDO REGIS DE FIGUEIREDO E SILVA

Dissertação apresentada ao Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, sob a orientação do professor Doutor Volnei Ivo Carlin.

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: INSTITUIÇÕES JURÍDICO-POLÍTICAS

ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL
E REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL

CLÁUDIO EDUARDO REGIS DE FIGUEIREDO E SILVA



Dr. Volnei Ivo Carlin
Professor Orientador

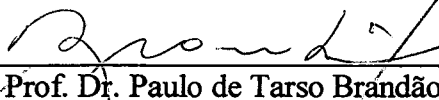
FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

TERMO DE ISENÇÃO DA BANCA**ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL E REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL**

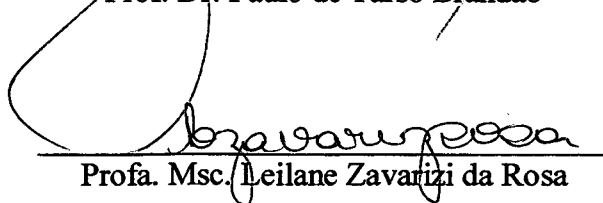
Os integrantes da banca avaliam este trabalho com isenção, sendo que seu conteúdo é de inteira responsabilidade do autor.



Prof. Dr. Volnei Carlin - Orientador



Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão



Profa. Msc. Leilane Zavatzi da Rosa

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL E REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL

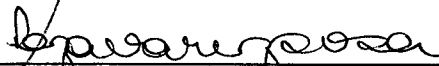
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de MESTRE EM DIREITO no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina com a seguinte Banca Examinadora:



Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin - Orientador



Prof. Dr. Paulo de Tarso Brandão



Prof. Msc. Leilane Zavarizi da Rosa

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

Dedico este trabalho a minha esposa Luciana, companheira de todas as horas, e a nossa filha Julia, pelas longas horas de convívio que lhes foram furtadas.

AGRADEÇO:

A meus pais, Oscar e Clarmi, que me iniciaram na luta pela justiça social e de quem herdei, dele, a paixão pelo direito e dela, o amor pela sala de aula;

A meu mestre e grande incentivador do primeiro ao último instante, Desembargador Volnei Ivo Carlin, sem o qual eu jamais teria tido coragem para enfrentar tamanho desafio;

Aos colegas e amigos Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Luiz Otávio Pimentel, Ney Alves de Arruda, Marcelo Dias Varela, Sérgio Peixoto Mendes, Ulisses Gabriel Martini e Mauro João Matté, pelas dicas, pelo valioso material que me franquearam, e pelas preciosas discussões que ajudaram a amadurecer este trabalho, acreditando no potencial deste trabalho desde muito antes do seu início.

SUMÁRIO

RESUMO.....	3
INTRODUÇÃO.....	3
CAPÍTULO 1.....	6
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM QUESTÃO.....	6
1.1 - Repensando o Direito Administrativo	6
1.2 - A Crise do Estado Social.....	16
1.3 - O Modelo Burocrático de Administração.....	28
CAPÍTULO II.....	38
A REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL.....	38
2.1 - O Modelo Gerencial de Administração	38
2.2 - O Plano Diretor da Reforma do Estado	49
2.3 - A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de Junho de 1998.....	56
2.3.1 - O Princípio da Eficiência	61
CAPÍTULO III.....	68
DESDOBRAMENTOS DA REFORMA ADMINISTRATIVA.....	68
3.1 - A Nova Política de Pessoal	69
3.1.1 - A limitação das despesas com o funcionalismo público	77
3.1.2 - Regime Jurídico e Estabilidade dos Servidores.....	81
3.1.3 - A Questão do Direito Adquirido.....	88
3.2 - O Programa Nacional de Desestatização e as Agências Executivas	96
3.3 - O Programa Nacional de Publicização e as Organizações Sociais.....	116
3.3.1 - O Contrato de Gestão.....	121
CAPÍTULO IV.....	129
O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO.....	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	148
BIBLIOGRAFIA.....	151

RESUMO

O trabalho se desenvolve sobre dois núcleos centrais, mencionados no título: a administração gerencial e a reforma administrativa brasileira.

A investigação parte de uma descrição sobre a atividade administrativa, desenvolvida dentro do modelo burocrático, com a constatação da necessidade de estabelecer novos conceitos, adequando a teoria à realidade.

A partir daí, descreve o modelo gerencial de administração, já praticado largamente em outros países, apresentando ao longo do texto os vários institutos em que baseia sua prática.

Passando para a realidade brasileira, apresenta o Plano Diretor da Reforma do Estado como documento inicial para a reforma administrativa que se iniciou nos anos 90, e cujos desdobramentos prosseguem até os dias atuais.

Das principais modificações inseridas pela reforma administrativa, destacam-se a aprovação da Emenda Constitucional n. 19/98, com a inclusão do princípio da eficiência na administração pública; a nova política de pessoal, com a limitação dos gastos com o serviço público que culminou com a edição da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei da Responsabilidade Fiscal), e com a regulamentação pela Lei n. 9.801/99 da exoneração de servidores por excesso de despesas; o programa nacional de desestatização criado pela Lei n. 8.031/90 e regulamentado pela Lei n. 9.401/97, que trouxe as agências executivas para a realidade nacional; e o programa nacional de publicização criado pela Lei n. 9.637/98, que insere duas novas figuras, as organizações sociais e os contratos de gestão, dirigidos às atividades não exclusivas do Estado.

Salienta-se, ao final, a importância cada vez maior que assumem as diversas formas de controle da administração pelos cidadãos, com a necessidade de desenvolvimento dos institutos já existentes ao lado do desenvolvimento de novos órgãos de controle.

RÉSUMÉ

Le travail se développe sur deux noyaux centraux, référés dans le titre: l'administration gestionnaire et la réforme administrative brésilienne.

L'investigation part d'une description de l'activité administrative développée à l'intérieur du modèle bureaucratique, avec la constatation du besoin d'établir de nouveaux concepts, en adaptant la théorie à la réalité.

À partir de cela, le travail décrit le modèle d'administration gestionnaire, fort pratiqué dans d'autres pays, en présentant au long du texte les différents instituts sur lesquels il appuie sa pratique.

En passant par la réalité brésilienne, il présente le Plan Directeur de la Réforme de l'État comme le document initial pour la réforme administrative qui a commencé dans les années 90, dont les dédoublements poursuivent jusqu'à nos jours.

Parmi les principales modifications insérées par la réforme administrative, se dégagent: l'approbation de l'Amendement Constitutionnel n°. 19/98, avec l'inclusion du principe de l'efficacité dans l'administration publique; la nouvelle politique de personnel, avec une limitation des dépenses dans le service public qui a culminé dans l'édition de la Loi Complémentaire n°. 101/2000 (Loi de la Responsabilité Fiscale), et dans la réglementation par la Loi n°. 9801/99 du licenciement de fonctionnaires en raison des dépenses excessives; le programme national de privatisation créé par la Loi n°. 8.031/90 et réglementé par la Loi n°. 9.401/97, qui a amené à la réalité nationale les agences exécutives; et le programme national de gestion créé par la Loi n°. 9.637/98, qui insère deux nouvelles figures, les organisations sociales et les contrats de gestion, dirigés aux activités non exclusives de l'État.

À la fin, on remarque l'importance chaque fois plus grande des différentes formes de contrôle de l'administration par les citoyens, accompagnée du besoin de développement des instituts déjà en fonctionnement, en parallèle au développement de nouveaux organismes de contrôle.

Há dez anos, o Estado era amplamente considerado como um instrumento destinado a resolver os problemas; hoje, para numerosíssimas pessoas, o problema é o próprio Estado.

*Charles Schultze*¹

INTRODUÇÃO

Num mundo em rápida transformação, a administração pública e o Direito Administrativo vêm-se defrontados com a necessidade de adaptação à nova realidade. São inevitáveis as mudanças, como preconiza GORDILLO: *O Direito Público que estuda a ação do Estado, não é mais nem pode ser o mesmo, posto que a ação do Estado mudou tanto.*²

Considerado tal quadro, trata a presente dissertação, acima de tudo, de um estudo sobre o Estado de Direito e as relações jurídicas características de sua atividade administrativa, ou seja, o exercício da autoridade delegada pelos cidadãos para a realização dos interesses públicos.³

Mais do que dogmática, a proposta do trabalho é conceitual, mesmo porque as categorias (muitas delas novas e apresentadas ao longo do texto) são permanentes e de grande utilidade instrumental, enquanto a legislação, dando continuidade às reformas em curso, ainda está sendo modificada, com a edição de diversas novas leis, fato diversas vezes registrado durante a realização desta pesquisa.

O método adotado é o indutivo e a pesquisa foi realizada tendo como base a doutrina nacional e estrangeira a respeito do assunto, a legislação recente e a que lhe antecedeu, a jurisprudência predominante sobre os assuntos tratados e documentos oriundos do governo e da imprensa, em especial, matérias jornalísticas que acompanharam o desenrolar dos fatos aqui narrados.

¹ SCHULTZE citador por ROSANVALLON, Pierre. A crise do Estado-providência. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UnB, 1997. p. 47.

Dentro da hipótese principal, que diz respeito à possibilidade ou não de se manter a administração nos moldes que lhe foram dados pelo chamado Estado social, encontram-se as hipóteses secundárias, que tratam da viabilidade da administração gerencial e do modo como ela vem sendo aplicada no Brasil.

A exposição, que se inicia com uma apresentação da atual realidade, partindo da constatação da crise instalada no seio da administração e seus reflexos no Direito Administrativo, é predominantemente descritiva, não só pela relativa escassez de obras críticas acerca da reforma, mas, principalmente, por estarem as mudanças, como já se disse, em pleno andamento.

Se, por um lado, o aspecto apontado acrescenta dificuldades à pesquisa, por outro lado, dá um caráter extremamente atual ao trabalho.

No primeiro capítulo, são expostas, de modo geral, as bases teóricas do funcionamento dos principais sistemas administrativos contemporâneos, constituídos a partir da forma burocrática de administração criada nos fins do século XVIII, passando pelo desenvolvimento do Estado Social até o ponto a que se chegou no final do século XX, registrando-lhes os aspectos favoráveis e também os desfavoráveis, de modo a possibilitar uma análise tranqüila e segura das mudanças que, no Brasil, são propostas pelo Governo Federal.

O desenvolvimento segue, no capítulo segundo, analisando a administração gerencial. Toma como base o Plano Diretor da Reforma do Estado, documento publicado pela Presidência da República em novembro de 1995, no qual são dadas as diretrizes para a reforma da administração pública e, em especial, do aparelho de Estado.

Após breve exposição das categorias fundamentais para a compreensão do real sentido da reforma administrativa, é traçada uma configuração do quadro administrativo atual no país, seguindo-se no terceiro capítulo a exposição de algumas medidas já tomadas e suas principais conseqüências, com suas repercussões positivas e negativas, da mesma forma que foi feito com relação à administração burocrática.

Ao final, no quarto capítulo, se ressalta a importância assumida pelas diversas formas de controle da atividade administrativa ante as mudanças que se

² GORDILLO, Agustín. Princípios gerais de direito público. Trad. Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 37.

³ CAETANO, Marcello. Princípios fundamentais do direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1996. p. 19.

apresentam, de modo a assegurar o respeito às garantias constitucionais dos cidadãos, em especial a efetividade dos direitos sociais.

À guisa de considerações finais, é retomado o tema do controle da administração, como principal meio de se adequar a teoria à prática, diante do descompasso que se evidencia. Saliente-se que as afirmações lançadas ao longo do texto são de inteira responsabilidade do autor.

Mais do que respostas, são apresentados alguns dos questionamentos que no futuro próximo o Estado brasileiro e todos aqueles que se dedicam ao Direito Administrativo inevitavelmente terão que se empenhar em responder, já que *parece difícil sustentar numa época de mudanças súbitas o imobilismo de um modo de ser do Estado. Certamente o Estado sofrerá mutações, mais rápidas na prática do que na elaboração teórica.*⁴

⁴ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 93.

CAPÍTULO I

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM QUESTÃO

1.1 - Repensando o Direito Administrativo

O momento atual retrata, sob muitos aspectos, a mais absoluta perplexidade, com a queda vertiginosa de valores ao redor de todo o planeta. Muitas são as tentativas de explicar esta difícil etapa, e, cumpre registrar, ainda não se tem idéia de sua exata dimensão, pois a transição está em pleno curso.

No estudo do Direito⁵ e, em especial, do Direito Administrativo⁶, apesar de serem inegáveis o desenvolvimento do Estado e de suas instituições e o conseqüente impulso dado ao Direito Público em geral no século XX, a situação não é diferente, apresentando-se, na fase atual, como de completo reordenamento.

Assim como a sociedade brasileira tem manifestado maciçamente sua insatisfação e desejo de mudança na forma de administração da coisa pública, apresentando cada vez mais demandas a exigir satisfação – mesmo porque contempladas

⁵ FERRAJOLI distingue três facetas da crise do Direito: 1. **CRISE DA LEGALIDADE**: manifesta como crise do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, que se exprime na ausência ou na ineficácia dos controles e, portanto, na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder. Revela-se notadamente na existência, ainda hoje, em todos os setores do Estado, do chamado Poder Invisível (conforme BOBBIO), ameaçando a própria democracia ao se manifestar, inclusive, dentro do ordenamento. 2. **CRISE DO ESTADO SOCIAL**: que se apresenta como uma inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do Welfare State, agravada pela acentuação do seu caráter seletivo e desigual. (...) Tal crise manifesta-se na inflação legislativa provocada pela pressão de interesses setoriais e corporativos, na perda de generalidade e abstração das leis pela crescente produção de leis-providência, no processo de descodificação e no desenvolvimento de uma legislação avulsa, até em matéria penal, sob o signo da emergência e da exceção. 3. **CRISE DO CONSTITUCIONALISMO**: intimamente ligada à crise do Estado Social, ...se manifesta na deslocação dos lugares de soberania, na alteração do sistema das fontes e, portanto, num enfraquecimento do constitucionalismo. (FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: *La Ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999. p. 15-7).

⁶ O futuro já não pode ser pensado como busca de uma tendência, realização de um movimento, desenvolvimento de um progresso cumulativo, realização de uma promessa fundamental. A esse respeito, é surpreendente constatar que a dúvida sobre o Estado-providência está ligada numa espécie de avaria da imaginação social. Atualmente, ele gira a esmo. Ninguém fala dos progressos sociais do futuro, ninguém formula os objetivos de uma nova etapa, ninguém se arrisca a descrever utopias concretas. O que domina é a perspectiva de manter conquistas que estão sendo ameaçadas. (ROSANVALLON, P., *op. cit.*, p. 28).

como garantias constitucionais, muitos autores nacionais começam também a reconhecer e a preconizar a necessidade de uma ampla reformulação do Direito Administrativo.

Dentre os doutrinadores atuais, Odete MEDAUAR é uma das mais sensíveis ao assunto, apontando o seguinte quadro:

À medida que se foram ampliando as funções do Estado, aumentaram as atividades da Administração; hoje adquiriu dimensões gigantescas e tornou-se fundamental na vida da coletividade, sendo fator condicionante de grande parte das relações econômicas e sociais dos indivíduos, com a responsabilidade, sobretudo, de buscar meios para a efetivação dos direitos assegurados pela Constituição.⁷

Tal situação não é privilégio dos brasileiros. No exterior, o fenômeno é, há muito tempo, descrito e estudado pelos mais conceituados administrativistas.

Jean RIVERO denuncia a inadaptação das estruturas existentes e das relações dos cidadãos com o Estado:

O equilíbrio que o direito administrativo quer realizar é difícil e precário. A vontade de poder é tentação de qualquer Administração: quanto mais ela tem consciência de defender o interesse geral, mais deseja aumentar a eficácia dos meios de que se arma para o fazer triunfar. Por isso só pode aceitar submeter-se à regra de direito se esta for especialmente adaptada à sua ação, e reconhecer os imperativos que a dominam.⁸

Prosper WEIL vai mais longe. Afirma tratar-se o Direito Administrativo de uma espécie totalmente diferente dos outros ramos do Direito, não só pelo seu caráter político, que não limita sua atuação à interpretação pura e simples da norma legal, mas, principalmente, por nascer no dia-a-dia das relações da autoridade com o cidadão.

Contudo, WEIL apresenta preocupação com a difícil adaptação do Direito Administrativo aos novos tempos, asseverando a necessidade de uma flexibilização que o torne mais eficaz e inteligível, pois tem apresentado soluções fragmentadas e descontínuas, mostrando-se desestruturado ante o

(...) espetáculo desorientante de uma disciplina que cada dia tomava mais importância, mas cuja natureza profunda se ignorava, cujo fundamento deixava de ser perceptível e cujos limites eram incertos: um domínio no qual era necessário entrar, mas do qual ninguém tinha a chave nem conhecia as fronteiras. A crise do direito administrativo não era uma palavra vã. A responsabilidade

⁷ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 29.

⁸ RIVERO, Jean. Direito administrativo. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. 8.ed., Coimbra: Almedina, 1981. p. 567.

*disso não é nem do Conseil d'Etat nem da doutrina, mas do emaranhado das realidades administrativas num Estado que quer ser ao mesmo tempo liberal e dirigista e no qual o aumento de poderes e a extensão das atribuições foram acompanhados por um pulular de novos tipos de intervenção.*⁹

A inadaptação do Direito Administrativo à realidade, decorrente principalmente da multiplicidade de atividades que passou a assumir a administração pública, em especial a partir da segunda metade do século XX, é também ressaltada por Agustín GORDILLO, bastante enfático ao anotar: *Se com otimismo pensáramos que logo o Direito Público se libertaria das suas velhas concepções, dever-se-ia começar a considerar os múltiplos novos problemas que a sociedade organizada apresenta: pois, ainda que a ciência jurídico-administrativa não se haja modificado, a sociedade e a Administração o fizeram.*¹⁰

Citando, dentre outros grandes problemas do Direito Administrativo, a falta de transparência, o desgaste do princípio da autoridade através do laxismo e o difícil relacionamento do poder público com os funcionários, Volnei CARLIN alerta que é cada vez maior a pressão social por alterações no tratamento dado à gestão da coisa pública:

*Com a coesão social minada por todos os modos de exclusão e o interesse geral sacrificado em proveito de certas categorias beneficiadas, torna-se urgente, para evitar-se outras aventuras demagógicas ou populistas, a readaptação de suas Instituições, a refundição da República com a redefinição do papel do Estado. Afinal, todos levantam a mesma questão: diante de tal ausência de identidade, que faz o Estado?*¹¹

Ante tão contundente realidade, não há mais como negar a necessidade de uma ampla modificação do Direito Administrativo.

Uma das mudanças que se apresenta como necessária diz respeito aos

⁹ WEIL, Prosper. O direito administrativo. Trad. Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977. p. 31-2.

¹⁰ GORDILLO, A., *op. cit.*, p. 35.

¹¹ CARLIN, Volnei Ivo. O declínio do Estado. In.: Seqüência nº 33. Florianópolis: UFSC, dez/1996. p. 14-9. Sobre a crise na Justiça, ver também “Deontologia Jurídica – Ética e Justiça”. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

chamados princípios informativos do Direito Administrativo¹², já que cada vez mais estão sendo contestados valores há muito dados como estabelecidos, como pondera Celso Antônio Bandeira de MELLO ao concluir sua exposição dos princípios da atividade administrativa do Estado:

*(...) a audaciosa, porque singela, exposição destes princípios, assim como o tímido e incipiente resultado obtido no esforço de encadeá-los nesta abordagem, foi imposta pela necessidade de procurar uma trilha simultaneamente nova e urgente e, por isso mesmo, pouco resguardada. Sua justificativa é a própria necessidade de deslocar o eixo metodológico de apreciação do Direito Administrativo e seus institutos.*¹³

A autonomia do Direito Administrativo está fragilizada pela imperiosidade das questões econômicas e pela força absoluta do mercado, situação em que até mesmo o princípio da legalidade se vê ameaçado pela enorme pressão por respostas imediatas da administração às rápidas mudanças na conjuntura nacional e internacional.

Um claro exemplo da relativização do princípio da legalidade, talvez um dos mais importantes orientadores da atividade administrativa, estreitamente vinculado às garantias individuais dos cidadãos desde a Magna Carta de 1215, vem sendo, no Brasil, o exercício de muitíssimos atos e principalmente das modificações estruturais da administração federal com base na edição e reedição de seguidas Medidas Provisórias.

¹² O reconhecimento dos princípios informativos do Direito Administrativo marca o surgimento da disciplina como ciência autônoma, a partir do célebre *arrêt Blanco*, de 01/02/1873. Segundo MELLO: **Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios: a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado; b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público; c) controle administrativo ou tutela; d) da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração; e) da publicidade; f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; g) do controle jurisdicional dos atos administrativos.** (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 11.ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 34-5).

¹³ MELLO, C.A.B. *idem*, p. 52-3.

Essa prática é fortemente criticada por diversos doutrinadores¹⁴, que afirmam carecerem tais atos de constitucionalidade ante a ausência de configuração dos requisitos da relevância e urgência (conceitos tidos como vagos e imprecisos), e, em especial, pela oposição tanto jurídica quanto política, que argumenta tratar-se de forma arbitrária de exercício do poder a deliberada emissão de normas pelo executivo, sem qualquer interferência do legislativo, portanto sem consulta à população, motivando, inclusive, a apresentação de projetos legislativos destinados a limitar sua edição.

Com relação à matéria, são alarmantes os dados trazidos pelo professor Paulo BONAVIDES:

*(...) considerar o problema das Medidas Provisórias, das quais uma foi reeditada mais de 40 vezes, e todas já somam, desde a sua instituição, há menos de dez anos, cerca de 2.000. São elas no campo legislativo o denominador comum da crise constituinte que ameaça aniquilar dois Poderes Constitucionais da República - o Judiciário e o Legislativo - concentrando-se porém no Executivo o epicentro da comoção política que os abala.*¹⁵

Pelos administradores, entretanto, a legalidade é apresentada como contrapartida à moralidade administrativa. Os governos, muitas vezes, possuem enormes

¹⁴ Em estudo bastante completo dedicado ao tema, AMÉRICO LACOMBE preleciona: Os pressupostos das medidas provisórias são a relevância e a urgência. A ocorrência deles deve ser apreciada pelos três Poderes da República, posto que por enfoques diversos. O Poder Judiciário, se provocado, deverá apreciá-los, visto que seus conceitos são extraídos do sistema constitucional. Em primeiro lugar, cumpre notar que tanto a relevância como a urgência não podem ser comuns. Tudo que é matéria de lei é relevante. Sempre que o legislador examine fatos que ocorrem na sociedade e valora-os, erigindo-os em hipóteses normativas está dando a esses fatos relevância jurídica. A relevância, portanto, não há de ser deste tipo, vale dizer relevância comum. A relevância capaz de justificar a emissão da medida provisória, por si só capaz de inverter a ordem de apreciação da matéria pelos Poderes Políticos (Legislativo e Executivo) - pois nela o Executivo se antecipa à aprovação legislativa - deve ser uma relevância em tudo e por tudo excepcional. (...) O outro pressuposto é o da urgência. Este é de averiguação bem mais fácil. É que pelo § 1º, do art. 64, o Presidente da República poderá solicitar urgência para a apreciação de projetos de sua iniciativa, e § 2º se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em quarenta e cinco dias, a proposição será incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação dos demais assuntos, para que se ultime a votação. (MELLO, C.A.B. (org.). 'Medidas Provisórias'. In.: Direito administrativo e constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997, p.117-8) Também MELLO discorre detalhadamente sobre o assunto: Já que são excepcionais, ou seja, fórmulas atípicas, anômalas, de introduzir normas primárias, só admissíveis para atender a interesses relevantes, resulta imediatamente claro que não é qualquer espécie de interesse que lhes pode servir de justificativa, pois todo e qualquer interesse público é, ipso facto, relevante. Onde - e como nem a lei nem a Constituição têm palavras inúteis - há de se entender que a menção do art. 62 à 'relevância' implicou atribuir uma especial qualificação à natureza do interesse cuja ocorrência enseja a utilização de medida provisória. É certo, pois, que só ante casos graves, ante interesses invulgarmente importantes, justifica-se a adoção de medidas provisórias. Isto, entretanto, não é o suficiente para o cabimento delas. Cumpre, ademais, que a cura de tal interesse deva ser feita sem retardamento algum, à falta do que a sociedade expor-se-ia a sérios riscos ou danos. Em suma: é preciso que exista a 'urgência' a que alude o art. 62. (MELLO, C.A.B. Curso de direito administrativo, p. 77-8).

Uma das críticas mais fortes à indiscriminada edição de medidas provisórias é feita pelo prof. Dalmo de Abreu Dallari no artigo 'Ditadura constitucional': O Senado e a Câmara, amolecidos por generosa entrega de dinheiro público a muitos de seus membros, não reagem nem mesmo para a defesa de suas competências constitucionais. Graças a isso, as MPs, que só deveriam ser usadas raramente, em emergências graves, substituem a legislação normal. (DALLARI, Dalmo de Abreu. Ditadura constitucional. <http://www.trlex.com.br/dalmo/ditad.htm>; 20/03/1998).

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Constituição, Democracia e Poder Judiciário. 'Encontro de Magistrados do Sul e Sudeste do Brasil'. Revista ESMESC-Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 6, p. 44, nov/1998.

despesas injustificáveis e claramente lesivas ao erário, embora protegidas pela legalidade, criando obstáculos para o saneamento das contas públicas e motivando o encaminhamento de inúmeras propostas de Emenda à Constituição Federal¹⁶.

Na mesma linha de revisão dos princípios administrativos seguem muitos doutrinadores que chegam a contestar valores tidos como axiomáticos, tais como o da *supremacia do interesse público sobre o particular*.¹⁷

Assim, ao lado do reconhecimento de novos princípios ainda não erigidos à norma constitucional, tal como o princípio da *razoabilidade*¹⁸, verifica-se também uma tentativa da administração de inovar seus princípios, como se constata pela adição do princípio da *eficiência*, ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, na Emenda Constitucional n. 19/98, questão que será estudada mais detalhadamente no capítulo seguinte.

As reformas demonstram, acima de tudo, a necessidade de se ver de uma nova forma a administração pública, diante dos sinais de esgotamento dos modelos existentes. As diversas tentativas assumem um caráter diferente de acordo com o local em que são aplicadas, com a orientação política dos mandatários e com o sistema de governo vigente, mas, ainda que com nuances distintas, pode-se dizer que hoje são a tônica na grande maioria das administrações.

Ainda tratando das mudanças necessárias ao futuro do Direito Público, Agustín GORDILLO aponta como causas principais a impor tais modificações o intervencionismo estatal na economia e o amadurecimento da sociedade através da consolidação da democracia, situações que se encaixam perfeitamente à realidade brasileira.

Ao analisar a intervenção reguladora do Estado na economia, por meio de preceitos de ordem pública, destaca dentre outras novas formas de intervenção estatal, o intervencionismo através da atuação direta, não só com os *entes autárquicos tradicionais*, mas também *as Juntas Reguladoras, corporações de desenvolvimento, empresas do*

¹⁶ Nos anos de 1995 a 1999 foram apreciadas pela Mesa do Senado nada menos que 68 (sessenta e oito) PECs, sendo que 34 (trinta e quatro) restaram aprovadas e outras 34 (trinta e quatro) foram arquivadas. (FIÚZA, Tatiana. A todo vapor. *Revista Consulex*, Brasília: ano IV, n. 37, p. 47, Jan/2000).

¹⁷ Neste sentido, ver o artigo de Humberto Bergmann Ávila 'Repensando o Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular', In.: (SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999. p. 99-127.

¹⁸ "Trata-se de princípio aplicado ao direito administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário." (DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 72)

*Estado, sociedades de economia mista, sociedades anônimas com participação estatal majoritária, sociedades anônimas com controle acionário do Estado*¹⁹.

Segundo o publicista argentino, esta ampliação do campo de ação estatal requer aperfeiçoamento da disciplina administrativa, pois *já não é suficientemente representativo da realidade estudar a 'organização administrativa' do Estado; agora há que estudar a organização econômica e administrativa*²⁰.

A mudança impõe-se justamente no campo de ação da intervenção estatal, não mais voltada unicamente para apoiar a empresa privada, na indústria e comércio, estes já suficientemente desenvolvidos para prover seu próprio sustento, mas sim para erradicar a desigualdade social e o imenso contingente de pessoas que sobrevivem sem as mínimas condições de dignidade, problemas *dos quais não se pode alegar ignorância ou irresponsabilidade: a pobreza, a miséria, a marginalização, a desigual distribuição da riqueza*²¹, problemas a alcançar não só por intermédio da ação social direta, como, principalmente, da ação pela via econômica.

Surge daí um novo campo de ação a demandar, de maneira cada vez mais evidente, atuação da administração: a *integração econômica entre os países*, com a formação dos blocos econômicos fomentadores de desenvolvimento, ainda em fase inicial na América Latina, mas já muito avançados entre os países europeus, com a consolidação definitiva da União Européia através da adoção de moeda única.

Trata-se de uma questão de sobrevivência imposta pela expansão dos mercados hoje mundializados, a exigir modificação no modo de atuação dos Estados, em especial daqueles ditos 'em desenvolvimento', como bem descreve Luiz Otávio PIMENTEL:

*O desafio aos países e às regiões integradas é melhorar o nível de vida da maioria da população. No entanto, na nova economia mundial, o acesso ao trabalho nas redes empresariais depende de conhecimentos especiais, o que requer educação e treinamento, assim como alimentação e saúde suficientes para permitir a aprendizagem – uma barreira quase intransponível, pelo menos para um quinto da população da terra que vive na pobreza extrema.*²²

¹⁹ GORDILLO, A., *op. cit.*, p. 36.

²⁰ GORDILLO, A., *Idem*, p. 37.

²¹ GORDILLO, A., *Idem*, *Ibidem*.

²² PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito industrial. As funções do direito de patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 68.

Aspecto que também resultou em inquestionável amadurecimento da sociedade foi a consolidação do processo de democratização ao redor do mundo²³, em razão do que passam a ser necessárias novas formas de participação social.

Novamente, GORDILLO alerta que *já não basta o império da autoridade de quem exerce ocasionalmente o poder; já não satisfaz a voz de comando, seja quem for aquele que manda. Agora se pretende conseguir uma sociedade participativa no mais pleno sentido da palavra: participação nos benefícios da sociedade, participação na tomada de decisões do poder*²⁴.

Insistindo na necessidade de criação de formas adicionais de participação popular, o autor apresenta três novos princípios para o direito público, resultantes da prevalência da ordem democrática:

- **consenso e adesão**, pressupondo *uma liderança fundada no consentimento dos liderados ou particulares* e exigindo a adesão não só do administrado como também do funcionário que executará a decisão administrativa, tal princípio surge como resultado imediato da fabulosa difusão dos meios de comunicação de massa e do poder da opinião pública, de forma nunca antes vista;
- **motivação ou explicação** dos atos decisórios como exigência política, conseqüência direta do princípio anterior, ou seja, o consensualismo como *base essencial do conceito democrático do exercício de poder*; e
- **participação do povo nas decisões administrativas**, através de uma *gestão tripartida dos serviços públicos*, integrada pelo poder administrativo, pelos usuários e pelas entidades prestadoras do serviço público, reunidos em comissões ou através de outros meios de consulta, tal como o orçamento participativo.

²³ Como destaca BOBBIO: **O estado liberal é pressuposto não só histórico mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.** (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5.ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 20).

²⁴ GORDILLO, A. *op. cit.*, p. 39.

Sistematizando o assunto, RIVERO²⁵ identifica quatro grandes modificações conceituais ocorridas na administração com o estabelecimento do estado intervencionista, a demandar adaptação por parte do Direito Administrativo:

1. *Manutenção dos quadros, transformação do conteúdo.* Muito embora as estruturas da administração (em especial, a direta), com o passar dos anos, tenham-se mantido praticamente inalteradas em sua estrutura hierárquica, o desenvolvimento das garantias concedidas aos agentes públicos e a atuação das organizações corporativas transformaram largamente as relações entre o superior e os seus subordinados.
2. *Complexidade.* Com a atenuação da diferenciação entre atividades públicas e privadas, muitas vezes atuando simultaneamente no mesmo domínio sob diferentes regimes jurídicos, e com a enorme gama de serviços que hoje são prestados, alteraram-se substancialmente as relações dos particulares com a administração, passando aqueles da simples condição de administrados para detentores das mais diversas exigências e também colaboradores.
3. *Desenvolvimento do direito e das garantias jurisdicionais.* Como conseqüência, a administração viu-se apertada entre o princípio da legalidade, agora enriquecido com um sem número de novas normas, e a possibilidade de sanção judicial às ações administrativas contrárias ao direito, com o desenvolvimento da responsabilidade administrativa e dos recursos pelo uso anormal do poder.
4. *Crise do Direito Administrativo.* As noções fundamentais previamente elaboradas já não dão conta das novas formas tomadas pela atividade administrativa, tais como planificação econômica, organização do território, gestão do extenso parque industrial, urbanismo, educação, saúde, proteção social, meio-ambiente, entre tantas outras. A multiplicação dos serviços é tal que a centralização imposta pelo Estado se torna cada vez mais intolerável, impondo-se novas formas de ação que contem com maior participação da sociedade.

²⁵ RIVERO, J. *op. cit.*, p. 32-4.

Conclui o autor: *é, pois, provável que a relativa estabilidade que evocamos esteja a chegar ao fim e que o direito administrativo conheça, em anos futuros, as transformações em profundidade que a sua adaptação a um mundo renovado exige*²⁶.

Da mesma forma, RIVERO é enfático ao destacar o papel da democracia como fator de transformação do Direito Administrativo, através da transformação do súdito em cidadão:

*(...) o aparecimento da democracia levou à tomada em consideração das necessidades das massas e ao desenvolvimento das tarefas econômicas e sociais; as transformações econômicas e sociais reagiram sobre os ideais da democracia: nascida individualista, ela tende a conceder um largo lugar aos grupos de interesses coletivos organizados (sindicatos); a princípio limitada ao domínio social (participação dos assalariados privados e dos funcionários na gestão das suas empresas).*²⁷

Muito embora não se possam confundir as mudanças que se fazem necessárias com as diferentes opções políticas que se oferecem, denunciando a inadaptação do Estado às necessidades da sociedade, RIVERO apresenta como corolário da inspiração democrática a transformação da submissão em consentimento, com a *adaptação dos processos clássicos a estas tarefas novas, ou mesmo a sistematização jurídica dos diversos processos que nesses setores aparecem espontaneamente, à margem do direito*²⁸.

É, sem dúvida a atuação da sociedade civil o novo elemento que, cada vez mais, tem emprestado dinamismo e eficiência às administrações, sendo um dos maiores desafios do momento encontrar a medida certa de relacionar o controle do Estado e a participação popular²⁹, assunto que voltará a ser abordado ao final deste estudo.

Passando para a situação político-institucional brasileira e suas mutações, MEDAUAR descreve um quadro de *caos no direito administrativo, em virtude da penetração, no seu âmbito, de elementos privatísticos*³⁰, incapacidade do Estado de responder às atuais demandas da sociedade, e a *radical insuficiência do direito administrativo para assegurar justiça e igualdade*³¹, com a necessidade de reconstrução

²⁶ RIVERO, J. *op. cit.*, p. 34.

²⁷ RIVERO, J. *Idem*, p. 32

²⁸ RIVERO, J. *op. cit.*, p. 569.

²⁹ Neste sentido, a afirmação de Adam PRZEWORSKI: *O que conta é que a probabilidade de um governo atuar bem é sensível à informação a que os cidadãos tem acesso*. 'Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agente x principal'. In.: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter. (org.) *op. cit.*, 3.ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 65).

³⁰ MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*, p. 66.

³¹ MEDAUAR, O. *Idem*, p. 68-9.

conceitual abrangendo não só a revisão das categorias clássicas como também a elaboração de novas categorias:

*O Direito Administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante transformação. Por isso, deve tornar mais acessíveis seus enunciados, para que traduza vínculos mais equilibrados entre Estado e sociedade e para que, metodologicamente, priorize o cidadão, isolado ou em grupo, e não a autoridade. O enfoque moderno e evolutivo significa, sobretudo, o intuito do constante aprimoramento do Direito Administrativo como técnica do justo e, por isso, da paz social.*³²

Tal tarefa, diga-se desde já, não apresenta nenhuma facilidade, pois se trata de um campo novo, quase totalmente inexplorado e em constante mutação, além de serem muitos os problemas apresentados a demandar, conseqüentemente, inúmeras soluções.

Tudo isto só vem demonstrar como é fértil o terreno das relações no Direito Administrativo, e como, mais do que nunca, é oportuno o seu estudo, sem dúvida um grande desafio para quem decide dedicar-se à matéria.

Adequada a observação de Maria Sylvia DI PIETRO: *o direito administrativo assume, pois, feição nova. Não é fácil discorrer sobre ele, porque a fase é de aprendizado, de interpretação, de assimilação de novos conceitos e princípios; o momento é de elaboração legislativa, doutrinária e jurisprudencial; muita coisa há por fazer*³³.

1.2 - A Crise do Estado Social

A partir da noção de bem comum, já indicada como objetivo do Estado desde Platão e Aristóteles³⁴, com precisão sintetizada pelo Papa João XXIII na encíclica *Pacem in Terris* como sendo *o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana*³⁵,

³² MEDAUAR, O. *Direito administrativo moderno*, p. 8.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 17.

³⁴ Nenhum governante, seja qual for a natureza da sua autoridade, na medida em que é governante, não objetiva e não ordena a sua própria vantagem, mas a do indivíduo que governa e para quem exerce a sua arte. (PLATÃO. *A república*. Trad. Enrico Corvisieri. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 25). O fim da sociedade civil é, portanto, viver bem; todas as suas instituições não são senão meios para isso e a própria Cidade é apenas uma grande comunidade de famílias e de aldeias em que a vida encontra todos estes meios de perfeição e de suficiência. (ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 47).

³⁵ DALLARI, D. A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 14.ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 91.

propiciou-se o desenvolvimento da noção de Estado social, também denominado Estado-providência por se destinar a substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência estatal³⁶.

GORDILLO conceitua Estado de bem-estar (Estado social ou welfare state³⁷) como sendo aquele que *intervém ativamente a favor dos cidadãos especialmente dos menos poderosos, os quais necessitam de sua ajuda. Seu campo de ação é especialmente econômico, a fim de obter a 'liberdade da necessidade'*³⁸, em oposição à forma anteriormente consagrada (o Estado liberal) fundada no direito de propriedade, onde o interesse geral consistia na liberdade de cada um obter o que melhor lhe aprouvesse com seu próprio esforço³⁹.

Iniciadas com a edição de normas sobre acidentes de trabalho, na Europa, em fins do século XIX, surgiram diversas normas de proteção social, em especial para amparo ao trabalhador em caso de doença, velhice, invalidez, desemprego e aposentadoria⁴⁰. O crescimento desse modelo administrativo acompanhou a evolução da ordem democrática dos direitos ao longo da história recente do sistema capitalista, como explica Norberto BOBBIO:

*O estado paternalista de hoje é a criação não do príncipe iluminado mas dos governos democráticos. (...) Quando os titulares dos direitos políticos eram apenas os proprietários, era natural que a maior solicitação dirigida ao poder político fosse a de proteger a liberdade da propriedade e dos contratos. A partir do momento em que os direitos políticos foram estendidos aos que nada têm e aos analfabetos, tornou-se igualmente natural que aos governantes, que acima de tudo se proclamavam e num certo sentido eram representantes do povo, passassem a ser pedidos trabalhos, medidas previdenciárias para os impossibilitados de trabalhar, escolas gratuitas e - por que não? - casas populares, tratamentos médicos, etc.*⁴¹

Essa forma de governo, que, como já se viu, obteve grande força com a consolidação das instituições democráticas e redobrado impulso no mundo ocidental após a 1ª Guerra Mundial, caracteriza-se notadamente como *a única diferença entre os poderes*

³⁶ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 22. O termo 'Estado-providência' foi cunhado por Émile Ollivier, como forma de crítica, em 1860 (ROSANVALLON, P. *Idem*, p. 121).

³⁷ A expressão inglesa é mais recente, da década de 1940 (ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 122).

³⁸ GORDILLO, A. *op. cit.*, p. 73.

³⁹ Conforme a leitura de Adam Smith e John Stuart Mill (ROSANVALLON, P. *Idem*, p. 50-3 e 156).

⁴⁰ Sobre as *Poor Laws* inglesas, ver ROSANVALLON, P. *Idem*, p. 122-25.

⁴¹ BOBBIO, N. *O futuro da democracia*, p. 122-23.

públicos do século XIX e os atuais: da preocupação com a ordem pública passa-se ao cuidado em auxiliar o indivíduo, como indica Odete MEDAUAR.⁴²

Sob a nova concepção do Estado como forma de correção das desigualdades, novos parâmetros passaram a gerir suas atividades, tais como a tentativa de se reduzirem os níveis de desemprego, controlar a inflação, minimizando as desigualdades sociais. Destaca a autora, a partir da leitura de Rosanvallon:

(...) a valorização do indivíduo pelo reconhecimento e garantia de seus direitos na esfera privada e pública; tais direitos tiveram interpretação historicamente reduzida aos aspectos da vida, propriedade e iniciativa privada; esse dado, visto de regra, como um dos benefícios do século XIX, possibilitou a luta pela extensão e garantia de outros direitos, além daqueles direitos políticos (inclusive o direito à formação de partidos políticos), direitos sociais (inclusive o direito à formação de sindicatos e associações) e direitos econômicos; na mesma linha evolutiva pode-se pensar no acréscimo posterior de outros direitos: direito ao lazer, direito à cultura, direito à boa qualidade de vida, direito de não ser lesado como consumidor. Tais direitos passam a ser encarados não somente como direitos-liberdade, mas como direitos-exigência.⁴³

A grande preocupação com a promoção do bem comum, contudo, acarreta igual preocupação com o controle da administração pública. Assim sendo, quanto maior a atuação do Estado, mais instrumentos deverão ser disponibilizados para evitar o desvio de finalidade do poder público. Já alertava James MADISON:

Como o povo é a única fonte legítima de poder, e é dele que provém a carta constitucional sob a qual os vários braços do governo detêm seu poder, parece estritamente compatível com a teoria republicana recorrer a essa autoridade original, não só sempre que for necessário aumentar, diminuir ou remodelar os poderes do governo, mas também sempre que um deles possa usurpar as competências constitucionais dos outros.⁴⁴

Um dos instrumentos de controle que possibilitou este rápido desenvolvimento verificado a partir do final do século XIX foi, em grande parte, a evolução do conceito e uso cada vez mais amplo do contrato administrativo, como indica Almiro do COUTO E SILVA⁴⁵, e é decorrente da divisão, pela doutrina francesa, da atividade administrativa em atos de autoridade e atos de gestão:

⁴² MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*, p. 82.

⁴³ MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*, p. 85.

⁴⁴ MADISON, J. et al. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, n. XLIX, p. 343.

⁴⁵ É irrecusável que somente a partir do século XIX é que se desenvolveu e se estreitou essa cooperação. Ela se estabelecia ordinariamente pela via do contrato, no princípio sempre considerado como instituto de direito

*O interesse geral exige antes do mais que as livres iniciativas dos particulares não vão ao ponto de comprometer a ordem, condição de toda a vida social. Pertence pois ao Estado impor-lhes a disciplina indispensável; a esta finalidade corresponde o exercício da polícia administrativa. Por meio do serviço público, a autoridade pública toma diretamente a seu cargo a satisfação de uma necessidade de interesse geral, assegurando, quer à coletividade, quer aos particulares individualmente, as prestações ou vantagens correspondentes. (...) No primeiro caso, exerce-se principalmente por meio de prescrições gerais ou individuais; no segundo, toma a forma de uma gestão.*⁴⁶

A difusão e ampla aplicação do contrato administrativo propiciou grande desenvolvimento na Europa, em especial com a construção de ferrovias, instalações portuárias, pontes, estradas, implantação de redes de distribuição de água, iluminação pública a gás e, mais tarde, eletricidade e telecomunicações, numa relação que COUTO E SILVA⁴⁷ descreve com as palavras de RIVERO como sendo *um casamento com separação de bens, vantajoso para ambas as partes*.

A este casamento, que permitiu tamanho incremento do desenvolvimento, adicionou-se nova função, a amortização das crises surgidas a partir de 1929 no sistema capitalista, com os seguintes resultados:

*Abandona-se a crença na justiça imanente da ordem econômica e social existente e entrega-se essa ordem aos cuidados dos Estados. Surgem, assim, as noções de Estado empresário, porque estatiza empresas, participa como capital privado de empresas mistas e cria empresas com capital público; e a de Estado distribuidor, porque, para a realização da justiça social, distribui bens econômicos e sociais.*⁴⁸

Eric HOBSBAWM, historiador contemporâneo, menciona tal evolução ao descrever a queda do liberalismo a partir da Grande Depressão, marcada pelo *crash* da bolsa de Nova York, em 1929: *O século XX multiplicou as ocasiões em que se tornava essencial aos governos governar. O tipo de Estado que se limitava a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil, e oferecer polícia, prisões e Forças Armadas para*

privado. A noção de contrato administrativo, regido pelo direito público, só começa a esboçar-se na França no fim do século passado, consolidando-se nas primeiras décadas deste século. (COUTO E SILVA, Almiro. 'Indivíduos-Estado: Realização de Tarefas Públicas'. In.: MELLO, C.A.B. (org). Direito administrativo e constitucional. p. 77-8).

⁴⁶ RIVERO, J. *op. cit.*, p. 473.

⁴⁷ COUTO E SILVA, A. In.: MELLO, C.A.B. (org). Direito administrativo e constitucional. p. 90.

⁴⁸ MEDAUAR, O. O direito administrativo em evolução, p. 87.

*manter afastado o perigo interno e externo, o 'Estado-guarda-noturno' das piadas políticas, tornou-se tão obsoleto quanto o 'guarda-noturno' que inspirou a metáfora.*⁴⁹

O modelo “keynesiano”⁵⁰, baseado nos imperativos de crescimento econômico e nas exigências de uma maior equidade social no âmbito de um Estado social e economicamente ativo, passou a promover uma política desenvolvimentista marcada pela valorização do consumo com a redução das taxas de desemprego.⁵¹

Para atingir esses objetivos, a administração pública criou instituições que lhe permitiam atuar diretamente no fomento da atividade econômica, inicialmente com as autarquias, que tiveram grande impulso na década de 40, e posteriormente com as empresas públicas e as sociedades de economia mista, juntamente com as concessões de serviço.

As ditas empresas ‘estatais’ desempenharam relevante papel entre os anos 50 e 70, através de um considerável alargamento do espaço público, num período que coincide com a denominada Era de Ouro do capitalismo⁵², onde foram registradas taxas altíssimas de crescimento econômico sem precedentes em todo o mundo.

Nas palavras de COUTO E SILVA, *as sociedades de economia mista e as empresas públicas, criadas com a finalidade específica de prestar serviços públicos de natureza comercial ou industrial, foram o meio encontrado para traduzir em termos práticos aquele pensamento, substituindo, em grande medida, os particulares que se ligavam ao Estado na qualidade de concessionários.*⁵³ Foi dessa forma que o Estado deu sua contribuição direta ao desenvolvimento econômico que caracteriza a fase de expansão do capital acima descrita, tendo tais empresas adquirido proporções consideráveis e inegável influência nas economias nacionais.

Fechando o círculo, a atuação direta do Estado acaba por demandar novas interferências, seja por consequência do avanço democrático e dos direitos sociais já

⁴⁹ HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos - O breve século XX 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2.ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 142.

⁵⁰ Assim chamado por ser inspirado no economista britânico John Maynard Keynes (1883-1946), que, junto com Otto von Bismark, é um dos maiores precursores do Estado-providência moderno. O argumento keynesiano consistia na eliminação do desemprego como meio propulsor do desenvolvimento da economia e de superação da recessão, através da renda dos trabalhadores (HOBBSAWM, E. Idem, p. 100).

⁵¹ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 38.

⁵² Utilizando-se a denominação de HOBBSAWM: **Mais precisamente, após 1945 eram quase todos os Estados que, deliberada e ativamente, rejeitaram a supremacia do mercado e acreditaram na administração e planejamento da economia pelo Estado.** (HOBBSAWM, E. *op. cit.*, p. 176).

⁵³ COUTO E SILVA, Almiro. In.: MELLO, C.A.B. (org). *Direito administrativo e constitucional*. p. 92.

descritos, seja por resultado do próprio desenvolvimento econômico, seja em função das regras do próprio capitalismo, que exige um crescimento constante.

Referindo-se ao quadro francês, RIVERO aponta importantes reflexos desse desenvolvimento da atividade estatal perfeitamente aplicáveis à realidade nacional brasileira ou de qualquer outro país que tenha adotado esse sistema, decorrente da profunda modificação nas tarefas tradicionais do Estado. A defesa nacional passa a implicar no controle sobre setores estratégicos da economia; as comunicações, amplamente desenvolvidas em proporções antes inimagináveis, vão muito além do controle sobre as pontes e estradas. O mesmo acontece com a geração de energia e a sua distribuição, já que o consumo foi potencializado.

Nas palavras do autor:

Mesmo quando faz 'a mesma coisa' que o Estado do século XIX, o Estado moderno é levado a estender consideravelmente a sua ação.

Mais decisiva ainda de que a extensão das tarefas tradicionais é o aparecimento de tarefas inteiramente novas: é todo o desenvolvimento dos serviços econômicos e sociais.

Finalmente, a própria natureza da atividade da administração modifica-se. Não se limita a gerir o presente: incumbe-lhe preparar o futuro. Esta atitude prospectiva exige instrumentos novos – planos de desenvolvimento, de urbanismo, diretivas, etc., e põe em causa numerosas soluções adquiridas.⁵⁴

A partir da crise do petróleo, em 1973, o modelo de Estado social começou a apresentar sinais de esgotamento, passando a receber críticas cada vez mais exacerbadas pelo evidente aumento de despesas e redução das receitas que acarretava, exigindo, conseqüentemente, um sacrifício cada vez maior do contribuinte.

São características da crise mundial iniciada em meados da década de 1970: *inflação mundial, explosão dos preços da energia, recessão prolongada, crescimento da rivalidade no comércio internacional, volatilidade do mercado internacional de divisas, disparada das taxas de juros, crescimento das dívidas dos estados nacionais.* Tudo isso, sem dúvida, modificou as formas de organização do trabalho, renda e emprego, como aponta Roberto Ribeiro CORRÊA.⁵⁵

Destaca o referido autor que o impacto da crise econômica na atividade administrativa foi agravado pelo resultado dos movimentos de massas iniciado em maio de

⁵⁴ RIVERO, J. *op. cit.*, p. 31-2.

1968, em que foram reivindicados *mecanismos mais amplos de promoção social, tais como a universalização do ensino superior e a garantia de pleno emprego*.⁵⁶

As empresas estatais, criadas para promover desenvolvimento, revelaram-se incapazes de enfrentar os novos desafios.

Particularmente no Brasil, tornaram-se “feudos” de grupos políticos, com a distribuição dos cargos diretivos aos correligionários e, até mesmo, familiares das lideranças locais, que as usavam como “cabides” de empregos e celebravam contratos vultosos, acarretando um déficit cada vez maior.⁵⁷

Chega o Estado a ser descrito como “colosso com pés de argila”.⁵⁸

Inicia-se, então, o movimento no sentido inverso, pretendendo a redução do tamanho do Estado ao mínimo possível, com o corte radical das despesas, ajuste fiscal e tributário, sob um pensamento nitidamente subsidiarista: *mercados, sempre que possível; o Estado, quando necessário*.⁵⁹

Tal movimento de reforma do Estado, que teve início na Inglaterra em 1979 e nos Estados Unidos em 1980, com a ascensão dos governos conservadores de Thatcher e Reagan, respectivamente, espalhando-se a partir desses países para a Nova Zelândia, Austrália, Suécia e, então, praticamente para todo o mundo capitalista, assumindo caráter hegemônico apenas com variantes de intensidade, de acordo com a realidade de cada país, é facilmente identificado com as idéias ditas neoliberais de Friedrich von HAYEK e Milton FRIEDMAN, por ter sido aplicado juntamente com uma política econômica que considera *qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, (...) como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política*⁶⁰.

Para HAYEK (1899-1992), em sua principal obra “O caminho da servidão” (1944), liberdade de mercado corresponde literalmente à liberdade do indivíduo. Criticando o intervencionismo causador do déficit estatal e predominante desde a Grande Depressão, em 1947, Friedrich HAYEK, Karl POPPER, Milton FRIEDMAN, Lionel ROBBINS, Ludwig Von MISES, Michael POLANY e outros promoveram uma reunião na

⁵⁵ CORRÊA, Roberto Ribeiro. *Welfare State: trajetória e crise*. http://www.mare.gov.br/publicações/artigos/costin_1.htm, 09/12/1999, p. 10.

⁵⁶ CORRÊA, R. R. Idem, p. 09.

⁵⁷ MEDAUAR, O. *Direito administrativo moderno*, p. 102.

⁵⁸ MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*, p. 71 e 90.

⁵⁹ Do Programa de Bad Godesberg para o SPD, 1959, PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 41.

estação de Mont Pèlerin, na Suíça, onde fundaram a Sociedade de Mont Pèlerin, para defender as virtudes do livre mercado.

Essas idéias, como já se disse, ganharam força renovada com o desenvolvimento da concorrência no capitalismo global, característico do desenvolvimento tecnológico sem precedentes visto nas últimas décadas.

Fernando Luiz ABRUCIO descreve alguns dos inúmeros fatores que conduziram à crise o modelo do *welfare state*, bem como as diversas formas de sua eclosão ao redor do mundo:

*Foi nesse contexto de escassez de recursos públicos, enfraquecimento do poder estatal e avanço de uma ideologia privatizante que o modelo burocrático entrou em profunda crise. Não obstante, é importante lembrar que esse processo não ocorreu nem no mesmo momento histórico nem da mesma forma nos diversos países. Mais do que isso, deram-se respostas diferenciadas a problemas muito parecidos. Contaram para isso a tradição administrativa, as regras do sistema político, o grau de centralização existente e a força do consenso pós-Welfare State presente em cada nação.*⁶¹

No Brasil, contudo, a reforma administrativa foi protelada por mais de dez anos, como relata o maior divulgador da reforma da administração pública brasileira, BRESSER PEREIRA:

*Entretanto, graças ao endividamento externo, foi possível para os regimes autoritários adiar a mudança da estratégia de desenvolvimento e a adoção de medidas de ajustamento fiscal. [...] Terminado o processo de endividamento, no final dos anos 70, o Estado se tornara não apenas excessivamente grande, mas também vítima de uma crise fiscal.*⁶²

Usufruindo das empresas estatais e do próprio aparelho estatal, estabeleceu-se toda uma elite burocrática, intimamente ligada às classes políticas, em especial às oligarquias regionais e aos militares. Semelhante relato é feito por COUTO E SILVA ao discorrer sobre o assunto:

É necessário que se diga, porém, que se na maior parte dos casos essas entidades eram instituídas por razões de ordem estritamente técnica e atendendo à conveniência do Poder Público, em muitos

⁶⁰ ANDERSON, P. 'Balanço do Neoliberalismo'. In.: SADER, Emir. (org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 9.

⁶¹ ABRUCIO, L. F. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático - a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. *op. cit.*, p. 178.

⁶² BRESSER PEREIRA, L. C. Crise e renovação da esquerda na América Latina. *Revista de Cultura Política Lua Nova*, São Paulo, CEDEC - Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 21, p. 50, 1990.

*outros os motivos que determinaram sua instituição eram apenas o de fugir aos controles internos e externos a que a Administração Pública em geral estava sujeita, de facilitar a contratação de pessoal ou de obras e serviços, dispensando o concurso público e a licitação, ou ainda de conceder melhor remuneração aos servidores da nova pessoa jurídica em relação aos padrões da pessoa jurídica-matriz.*⁶³

Assim, ainda segundo BRESSER PEREIRA, seja em razão do populismo dos anos 50, ou do nacionalismo do período militar, que, aliado às elites nacionais, tanto usufruíram em proveito próprio, na esteira das amplas modificações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 200, de 1967, e agravaram ainda mais o endividamento do país, a crise fiscal somente se fez sentir no Brasil após o fracasso do Plano Cruzado, em 1987.

Tal aspecto, contudo, passou despercebido pelos constituintes de 1988, mais preocupados em evitar novos excessos com a fixação de normas procedimentais à atividade administrativa. Apenas no governo Collor foram iniciados os primeiros programas de redução do serviço público e privatização de empresas estatais, programas estes que, contudo, não foram bem sucedidos, por não terem sido precedidos da devida reforma legal.⁶⁴

A situação estende-se ao momento atual, em que as reformas se apresentam à sociedade brasileira como uma dupla necessidade: *de enfrentar a crise econômica e de garantir a consolidação da democracia*. Esta lição é passada por Eli DINIZ:

*Na América Latina e em geral nos países do Terceiro Mundo, os desafios associados à crise dos anos 80 determinaram, entre suas conseqüências mais relevantes, além do questionamento do antigo modelo de desenvolvimento, a necessidade de uma ampla revisão de conceitos e noções que se supunha consolidados. Ao colocar em primeiro plano a questão da reforma do Estado, a discussão contemporânea impõe a busca de novas formulações teóricas acerca do Estado, de suas relações com a sociedade, o mercado e a política.*⁶⁵

Volta à ordem do dia a questão das reformas institucionais no Brasil, na esteira mundial da preocupação com o gigantismo do Estado que se seguiu às mudanças ocorridas no leste europeu, agravada pelo fato de *as empresas públicas e as sociedades de economia mista não terem tido, em muitos casos, desempenho satisfatório. Seus dirigentes*

⁶³ COUTO E SILVA, Almiro. In.: MELLO, C.A.B. (org). *Direito administrativo e constitucional*. p. 99.

⁶⁴ BRESSER PEREIRA, L. C. 'Da administração pública burocrática à gerencial'. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 245-50.

⁶⁵ DINIZ, Eli. Globalização, ajuste e reforma do Estado: Um balanço da literatura recente. Rio de Janeiro, *BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, nº 45, 1º sem., p. 3, 1998.

*eram tentados a abusar da relativa liberdade de que gozavam no regime preponderantemente privado que as disciplinava.*⁶⁶

Com todas essas modificações da estrutura social, completam-se as causas da ‘fissura cultural’ do Estado-providência⁶⁷, assim enumeradas por ROSANVALLON:

1. Relativização da procura de igualdade frente à procura de segurança através de um Estado-protetor, já que a cada dia se apresentam novas urgências (riscos tecnológicos, ambientais, violência urbana etc.).
2. Descompasso entre o crescimento da produção e o ritmo das despesas públicas⁶⁸.
3. Desproporcionalidade entre o inchaço dos ‘descontos obrigatórios’ e a redução das desigualdades, seu reflexo esperado. Com a ampliação do universo dos contribuintes, os pobres acabam pagando a maior parte do custo social pela falta de um critério justo de distribuição.
4. Direcionamento de benefícios, pelos programas sociais mais importantes, especialmente às classes médias, deixando muitas vezes ao desamparo os que realmente necessitam.
5. Surgimento de novos meios de proteção social, alheios ao Estado, como decorrência do ‘Estado clientelista’ apontado no item anterior.

A causa inicial desta superação do Estado como promotor do bem-estar social, segundo o sociólogo francês, reside na inquestionável dificuldade em se pretender a obtenção da igualdade dentro do sistema capitalista:

*A dinâmica do Estado-providência repousa num programa ilimitado: libertar a sociedade da necessidade e do risco. É ilimitado o paradigma da igualdade ...porque ele apenas transpõe, para uma linguagem econômica, o problema político da busca da felicidade. ‘O objetivo da sociedade é a felicidade comum’, dizia a Constituição de 1793. A definição do Estado-providência como agente de libertação da necessidade é a tradução utilitarista desta afirmação.*⁶⁹

⁶⁶ COUTO E SILVA, A. In.: MELLO, C.A.B. (org). Direito administrativo e constitucional. p. 99.

⁶⁷ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 30-2.

⁶⁸ Na América Latina o ajuste fiscal reduziu o gasto público para canalizar recursos para o pagamento da dívida e para controlar a inflação. No final dos anos 80, o gasto público como porcentagem do PIB era de 32,8% na Argentina, 31,2% no Brasil, 36,4% no Chile, 31,1% no México e 27,0% na Venezuela, isto é, cifras equivalentes às de cerca de vinte anos antes, sendo os cortes nos ‘gastos sociais’ os mais significativos. (BORÓN, A. In.: SADER, Emir. (org.). *op. cit.*, p. 86).

⁶⁹ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 27

ROSANVALLON rejeita explicações teóricas liberais ou marxistas de compromisso, tal como a ‘equação keynesiana’, atribuindo parte da responsabilidade à abertura dos mercados internacionais através do processo de globalização que transformou em questão de sobrevivência a participação no mercado internacional⁷⁰, gerando crise nas administrações ao redor de todo o planeta:

Este bloqueio da equação keynesiana se manifesta, primeiro, através da considerável redução dos efeitos sobre o crescimento das políticas de relançamento pelo apoio ao investimento ou ao consumo, redução ligada à abertura das economias que faz do ‘constrangimento externo’ a variável-chave da gestão econômica. Ora, neste contexto, a eficácia econômica (a competitividade) e o progresso social (redução das desigualdades e socialização crescente da demanda tornam-se contraditórios a curto prazo. Este fenômeno se acrescenta às modificações da estrutura social - os dados do compromisso social - que analisamos precedentemente.⁷¹

Considerando não ser mais possível a ampliação dos descontos obrigatórios, de modo a abranger todas estas responsabilidades, o autor apresenta em forma de questionamento o problema central: *há um limite sociológico para o desenvolvimento do Estado-providência e para o grau de redistribuição que o seu financiamento implica?*⁷²

Ante a evidente saturação fiscal, a resposta passa obrigatoriamente por uma ampla reformulação de ordem econômica, pois, como o próprio autor acrescenta, mesmo *o Estado-providência total (100%) de descontos obrigatórios não conduziria, paradoxalmente, a uma socialização transparente, mas, ao contrário, a uma opacificação generalizada e absoluta das relações sociais; não conduziria a uma solidariedade completa, mas a uma situação disfarçada de guerra de todos contra todos.*⁷³

Partindo da constatação de que o Estado moderno não pode existir sem economia e sociedade de mercado, a reação vem no sentido oposto, como relata MEDAUAR:

À ‘onipresença do Estado contemporâneo, que de tudo participa ou, pelo menos, pode participar’ contrapõe-se [sic] propostas numa linha de ‘encolhimento’ do Estado na elaboração do direito;

⁷⁰ Conforme PIMENTEL, L. O. (*op. cit.*, p. 64): A realidade da nova economia mundial é marcada pelo traslado fácil através das fronteiras, dos fatores de produção, dinheiro, tecnologia, plantas industriais, equipamentos, matérias primas, etc. As empresas, como os investidores, percorrem o mundo em busca de oportunidades lucrativas, cada vez se desvinculando mais do país de origem. Os produtos são feitos, muitas vezes, usando componentes e ingredientes de diversos países, sendo transportados regularmente através do planeta, o que demanda um fluxo constante de informações necessárias para coordenar a distribuição das mercadorias e concomitantemente a prestação de inúmeros serviços, num contexto onde se produzem incalculáveis transações.

⁷¹ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 43.

⁷² ROSANVALLON, P. *Idem*, p. 15.

⁷³ ROSANVALLON, P. *Idem*, p. 34.

no controle das atividades dos particulares, sobretudo econômicas (daí todo um movimento de 'desregulation', segundo alguns paralela a uma reregulation); em alguns setores da economia (daí as privatizações).⁷⁴

Frente à rede de injunções em que se encontra o Estado, BOBBIO caracteriza sua situação paradoxal, sofrendo de debilidade crônica, com a crescente ingovernabilidade, e recebendo críticas por todos os lados.

Marxistas chamam-no de 'muleta do capital', chegando o inglês Ian GOUGH a denunciar a *utilização do poder do Estado para modificar a reprodução da força de trabalho e manter a população não trabalhadora no capitalismo*⁷⁵.

Daí a justa indagação de Norberto BOBBIO: *Como então se pode definir uma situação em que a mesma forma de estado é condenada como capitalista pelos marxistas velhos e novos, e como socialista pelos velhos e novos liberais?*⁷⁶

Para o autor, há a necessidade do surgimento de um 'necontratualismo'⁷⁷, com a revisão do jogo dos direitos e dos deveres, posição compartilhada por John RAWLS em *A theory of justice*, com a proposta de uma justiça distributiva em que a liberdade é equivalente à igualdade de oportunidades⁷⁸.

Também MEDAUAR conclui pela inevitabilidade das mudanças, com *redução, de modo não regressivo, das demandas do Estado pela transferência a entidades não públicas (associações e grupos diversos) de alguns serviços públicos; sugere também a remodelação de certos serviços públicos para torná-los mais próximos dos usuários, sobretudo pelo aumento de atribuições e responsabilidades das coletividades sociais*⁷⁹.

Tais mudanças indicam um modelo híbrido, com manutenção dos mecanismos do Estado desburocratizado e a possibilidade de uma maior flexibilidade econômica, de modo a permitir a retomada do caminho do desenvolvimento, estabelecendo um tríptico compromisso, com o Estado, com a sociedade e com a ordem econômica⁸⁰.

Tal compromisso passa obrigatoriamente pelo consenso, elemento, como já se viu, de suma importância, que se concretiza através de novas formas de democracia

⁷⁴ MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*, p. 72.

⁷⁵ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 145. O próprio Marx, acerca dos projetos de Bismark, já dissera: **Acreditar que se pode construir uma sociedade nova, por meio de subvenções do Estado, tão facilmente como se constrói uma estrada de ferro, é bem digno da presunção de Lassale!** (ROSANVALLON, P. *Idem*, p. 143).

⁷⁶ BOBBIO, N. *O futuro da democracia*, p. 145.

⁷⁷ BOBBIO, N. *Idem*, p. 148.

⁷⁸ ROSANVALLON, P. *Idem*, p. 70 e ss.

⁷⁹ MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*, p. 93.

participativa (*soft administration*), nas quais o poder público chama os cidadãos ao debate antes da emissão do ato decisório, que, muito embora juridicamente lhe seja privativo, passa a ser de responsabilidade de todos⁸¹.

As reformas que se tem tentado promover na administração pública brasileira, inspiradas nos modelos inglês e americano, previamente aplicadas também no Chile⁸², dão-se pela aplicação de um movimento único em diversas áreas: reforma do Estado; redução do setor público; disciplina fiscal; priorização dos gastos públicos; reforma tributária; liberalização financeira, comercial e de regime cambial; valorização do investimento estrangeiro e da propriedade intelectual; *desestatização, desregulamentação, privatização*.⁸³

Antes da análise da reforma administrativa brasileira, contudo, impõe-se um breve estudo do modelo burocrático de administração, visto aqui sob a ótica sociológica de Max WEBER.

1.3 - O Modelo Burocrático de Administração

O espaço teórico que aqui se discute - a organização administrativa dos Estados democráticos - foi construído ao longo de vários séculos até chegar ao estágio atual, a chamada 'era constitucional'.

Por isso, na busca de conclusões efetivas no sentido de promover sua evolução, torna-se essencial uma investigação, mesmo que breve, de suas bases, eis que válida a advertência de Agustín GORDILLO: *Nenhuma justificação, nem jurídica e nem política, menos ainda ética, pode existir para pretender aplicar ao Estado moderno os critérios com os quais funcionaram os governos absolutistas do passado*.⁸⁴

⁸⁰ A esse modelo, ROSANVALLON, P. (*op. cit.*, p. 102-3) dá o nome de **pós-social-democracia**.

⁸¹ Conforme COUTO E SILVA, A. In.: MELLO, C.A.B. (org). *Direito administrativo e constitucional. op. cit.*, p. 102-3: *No nosso país, no plano federal, a administração consensual tem sido usada de forma muito tímida e só informalmente, expressando-se, sobretudo, nos acordos de cavalheiros que por vezes o Governo celebra com certos setores empresariais, visando quase sempre à contenção dos preços. (...) Ainda na esfera municipal, o orçamento participativo, prática adotada ao que parece pioneiramente por alguns Municípios gaúchos, ganhou notoriedade nacional, como nova via de colaboração dos particulares nas decisões do Poder Público. (grifei).*

⁸² Sobre o modelo do Consenso de Washington, ver BIAVASCHI, Magda. *As reformas do Estado em tramitação: breves considerações*. http://infojur.cj.ufsc.br/arquivos/filosofia_do_direito_e_ciencia_politica/doutria.09/12/1999.

⁸³ MEDAUAR, O. *Direito administrativo moderno*, p. 103. O assunto é tratado mais detalhadamente no segundo capítulo.

⁸⁴ GORDILLO, A. *op. cit.*, p. 34.

Partindo da premissa de que *não há pensamento sociológico possível no liberalismo, quando o postulado 'sociedade = coleção de indivíduos' já está formulado no ponto de partida*⁸⁵, a abordagem deste trabalho tem como referencial teórico a administração burocrática dentro da sociologia da dominação elaborada por Max WEBER⁸⁶.

A administração burocrática é típica na dominação racional-legal, tem como modelo a prática administrativa do exército prussiano, de onde foi copiada pelos principais países europeus no final do século passado, chegando ao Brasil em 1936, durante o governo Vargas, com a reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes, que criou o Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP.⁸⁷

É descrita por WEBER como forma pura, em razão de não ser rigorosamente encontrada na aplicação prática, recebendo tal denominação por efetivar a prática administrativa por intermédio de expedientes escritos, possuir um corpo de funcionários estáveis e profissionalizados (a burocracia⁸⁸) e fazer funcionar a dominação tendo como base o 'estatuto', legislação aprovada e sancionada conforme as regras do direito positivo, o que lhe dá a legitimidade para o exercício do poder sob uma forma que pressupõe a vontade de obedecer por parte dos administrados, que deverão pesar as conseqüências entre obedecer a legislação e usufruir das vantagens do sistema ou desobedecê-la, submetendo-se às sanções correspondentes.

Ao mesmo tempo em que é exercida pela lei através de regras gerais e abstratas (*per leges*), a dominação racional é também limitada pela lei, devendo o mandatário respeitar o ordenamento jurídico (governo *sub lege*), ambas características dos

⁸⁵ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 37.

⁸⁶ A referência a Weber é recorrente em diversos autores: A expressão 'burocrático weberiano' não é unanimemente utilizada por todos os autores, nem em todas as nações. Na Grã-Bretanha, o modelo administrativo adotado desde a segunda metade do século XIX é intitulado de *Whitehall*; nos EUA, ele é muitas vezes vinculado à 'era progressista', e portanto chamado de *progressive public administration*. Contudo, a escolha realizada justifica-se, uma vez que a burocracia weberiana é tomada como um tipo ideal classicamente referido às características do que hoje vem sendo classificado de antigo modelo administrativo – basicamente, uma organização guiada por procedimentos rígidos, forte hierarquia e total separação entre o público e o privado. (ABRUCIO, Fernando Luiz. 'Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente'. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 178).

⁸⁷ BRESSER PEREIRA, L. C. 'Da administração pública burocrática à gerencial'. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 241.

⁸⁸ Burocracia é a instituição administrativa que usa, como instrumento para combater o nepotismo e a corrupção - dois traços inerentes à administração patrimonialista -, os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional. (BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 26)

chamados Estados constitucionais, também denominados Estados de direito⁸⁹.

A administração burocrática apresenta-se como evidente progresso diante da administração patrimonialista, característica do feudalismo e dos regimes absolutistas e despóticos, marcada pelo poder ilimitado do soberano e pela confusão entre a sua propriedade particular e o patrimônio do Estado (*res publica*).⁹⁰

A nítida separação entre público e privado, *Estado e mercado*, até então inexistente, foi consequência direta do desenvolvimento do *capitalismo industrial*.⁹¹

Outra característica da forma administrativa patrimonialista, predominante no período feudal, era a chamada dominação estamental, a apropriação dos cargos administrativos por determinadas camadas sociais. Os servidores viviam na mais completa dependência do senhor, que os convocava e dispensava sem qualquer critério preestabelecido, em tempos de paz ou de guerra.

Em oposição, a administração burocrática demonstra ser muito mais avançada, ao possibilitar um exercício impessoal, programado e continuado do poder, com uma competência delimitada pela lei, onde os deveres e os serviços são determinados em virtude de uma distribuição de funções, com prévia atribuição dos poderes necessários ao seu exercício e fixação estrita dos meios coativos necessários à obediência.

O quadro administrativo é integrado pelos servidores públicos, dos quais WEBER elenca as seguintes características⁹²:

⁸⁹ Conforme BOBBIO: A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado 'constitucionalismo'). Por separação dos poderes, entendo – em sentido lato – não apenas a separação vertical das principais funções do Estado entre os órgãos situados no vértice da administração estatal, mas também a separação horizontal entre órgãos centrais e órgãos periféricos nas várias formas de autogoverno, que vão da descentralização político-administrativa até o federalismo. O segundo processo foi o que deu lugar à figura – verdadeiramente dominante em todas as teorias políticas do século passado – do Estado de direito, ou seja, do Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam (ainda que freqüentemente com certa margem de discricionariedade) suas decisões. Ele corresponde àquele processo de transformação do poder tradicional, fundado em relações pessoais e patrimoniais, num poder legal e racional, essencialmente impessoal, processo que foi descrito com muita penetração por Max Weber. (BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 148).

⁹⁰ Sobre o patrimonialismo brasileiro, Raimundo FAORO destaca a grande capacidade de adaptação da elite para permanecer no estamento detentor do mando administrativo: “Característico principal, o de maior relevância econômica e cultural, será a do predomínio, junto ao foco superior de poder, do quadro administrativo, o estamento que, de aristocrático, se burocratiza progressivamente, em mudança de acomodação não estrutural. O domínio tradicional se configura no patrimonialismo, quando aparece o estado-maior de comando do chefe, junto à casa real, que se estende sobre o largo território, subordinando muitas unidades políticas.” (FAORO, *Os donos do poder*. Vol. II, 11ª ed. São Paulo: Globo, p. 736)

⁹¹ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *Op. cit.*, p. 241.

⁹² WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Trad. José Medina Echavarría et. al. 11. reimpressão. Mexico: Fondo de Cultura Económica. 1997, p. 176.

1. são pessoas livres, vinculadas apenas aos deveres objetivos a que estão sujeitos pelo cargo (princípio da legalidade), não estando ‘apropriados’ pelo governo nem tampouco sendo considerados ‘empregados’ do governante;
2. estão organizados dentro de uma hierarquia administrativa rigorosa, com escalonamento desde os postos superiores até os inferiores, sendo-lhes possibilitada a ascensão;
3. possuem competências limitadas e rigorosamente fixadas pela lei, havendo sempre uma finalidade objetiva e impessoal;
4. estão vinculados à administração mediante contrato;
5. sua nomeação dá-se de acordo com a qualificação profissional apresentada através de processo seletivo, ou seja, o concurso público de provas e/ou títulos;
6. são remunerados em dinheiro, com vencimentos fixos proporcionais à responsabilidade do cargo e à posição hierárquica, assegurado o direito à pensão;
7. exercem o cargo como única ou principal profissão;
8. é assegurada a tais servidores a perspectiva de ascensão profissional na carreira, ou progressão com avanços após anos de exercício, pressupondo-se a aprendizagem com o exercício da função;
9. trabalham com completa separação dos meios administrativos, não representando o direito ao cargo uma apropriação pelo servidor, tampouco sendo facultado o livre intercâmbio de funções, muito embora, na maioria das organizações, esteja assegurada a estabilidade no cargo e a garantia contra transferências arbitrárias, a bem da independência e da continuidade da prestação do serviço público;
10. estão submetidos a uma rigorosa disciplina e vigilância administrativa, que deve exigir todo o rendimento do funcionário, mantendo-se um dever específico de fidelidade ao cargo.

Algumas conseqüências sociais da aplicação desse sistema administrativo, indicadas pelo autor e facilmente constatáveis na prática, seriam: a tendência à nivelção

de interesses dos servidores, pelo recrutamento dos mais qualificados profissionalmente através de concurso público; a tendência à *plutocratização*, ou seja, a formação de uma categoria social específica, em virtude da natureza das atividades desenvolvidas, categoria esta que tende a ocupar o maior número de cargos possível, limitando o amplo acesso pretendido; perda do entusiasmo e do interesse pelo serviço, que acaba por ficar restrito unicamente às obrigações funcionais, como conseqüência da *impessoalidade* formalista.

Ressalta ainda WEBER que nenhuma dominação é exclusivamente burocrática, pois que nenhuma administração é exercida exclusivamente por funcionários contratados, estando sempre os cargos mais altos reservados à indicação do soberano ou da corporação parlamentar⁹³.

Percebe-se aqui que, muito embora WEBER tenha tratado de um tipo ideal, como já foi dito, e mesmo datando seu relato do início do século, sua avaliação permanece completamente atual, pois ele próprio já alertava que os modelos ‘puros’ de administração jamais serão encontrados na empiria⁹⁴.

Em termos semelhantes, Prosper WEIL descreve as prerrogativas e os deveres dos funcionários públicos perante o direito francês:

O conjunto do direito da função pública baseia-se num equilíbrio original entre os poderes da administração e as garantias dos funcionários; ainda aqui encontramos, ao mesmo tempo, prerrogativas e sujeições:

a) A administração não dispõe de um poder discricionário de recrutamento dos seus funcionários. Deve respeitar o princípio da igual admissibilidade dos cidadãos aos empregos públicos e não pode ter em conta o sexo, a religião ou as opiniões políticas dos candidatos. Deve, em princípio, proceder ao recrutamento por concurso. Mas até estas regras são um tanto maleáveis e o interesse do serviço – palavra chave neste assunto – autoriza numerosas derrogações.

b) O funcionário deve poder contar com o normal desenvolvimento da sua carreira. Os textos e a jurisprudência estabeleceram regras precisas quanto à promoção e posições dos funcionários (atividade, comissão de serviço, disponibilidade, etc.). Em qualquer momento, o funcionário encontra o seu lugar numa organização complexa, feita de ‘corpos’ e de ‘categorias’; é titular de uma ‘classe’ e ocupa um ‘lugar’. A este título tem direito a uma remuneração, isto é, a um vencimento prolongado por uma pensão de reforma fixados em leis e regulamentos.

⁹³ WEBER, M. *op. cit.*, p. 708.

⁹⁴ WEBER, M. *Idem*, p. 173.

c) A liberdade de consciência é completa e a administração não pode ter em linha de conta as opiniões do interessado nas decisões que toma a seu respeito. A liberdade de expressão é posta de parte da execução do serviço, porque o funcionário deve observar nas suas funções uma atitude de estrita neutralidade; fora do serviço, o agente pode exprimir livremente as suas opiniões, nomeadamente aderir a um partido político, com a condição, todavia, de guardar uma certa 'reserva' a fim de não entravar, com a sua atitude, o funcionamento normal do serviço público. (...) A administração dispõe de poderes muito mais amplos em relação aos titulares dos 'empregos superiores na discricção do governo' (prefeitos, reitores, embaixadores, diretores da administração central, etc.), que estão obrigados a um total conformismo em relação ao governo.

d) As obrigações dos funcionários são sancionadas por uma repressão disciplinar, que apresenta garantias sérias para os interessados (direito de exame do processo e intervenção de um conselho disciplinar), mas que reserva sempre o poder de decisão à administração.⁹⁵

Apresenta-se a administração burocrática, nas palavras do próprio WEBER, como sendo *a forma mais racional de se exercer uma dominação*, pois *se exerce graças ao saber*, aliando a possibilidade de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiança; oferecendo calculabilidade para o governante e para os cidadãos, intensidade e extensão no serviço público, aplicabilidade formalmente a todo o tipo de tarefas; e suscetibilidade técnica de perfeição para se alcançar o ótimo em seus resultados.⁹⁶

Não havendo a apropriação característica do patrimonialismo, o desenvolvimento econômico é fomentado, já que a arrecadação tributária passa a ser feita em nome do Estado e não mais em nome do soberano ou do servidor, como ocorria nos modelos anteriores, garantindo a transparência no uso da coisa pública.

Assim, é favorecido o desenvolvimento quantitativo e qualitativo das tarefas administrativas, de modo a atender, de forma nivelada, com superioridade técnica e especialização, aos mais variados interesses dos administrados.

Por permitir o uso do aparato estatal como saber especializado a serviço da consecução do interesse geral é que o modelo burocrático tem sido aplicado ao longo do século em todos os regimes, democráticos ou não, e em todas as formas de produção, capitalista ou socialista, representando o gérmen do Estado moderno ocidental, sepultando todas as demais formas de dominação anteriormente conhecidas, em razão de não se ter apresentado qualquer outro modo que possibilitasse os mesmos resultados.

Contudo, quanto maior o espectro de ação do Estado, maior deve ser o aparato burocrático, o que determina aumento das despesas e, conseqüentemente, a necessidade de controle sobre o seu funcionamento, por tornar-se, em decorrência, presa fácil das práticas de *rent-seeking*, novas formas de apropriação da *res publica* praticadas por particulares em proveito próprio, já que facilmente conseguem seus intentos pelo fato de disporem de informações que não são controladas pelo poder público.⁹⁷

Tais formas de apropriação da coisa pública são bem descritas por Eli DINIZ: *O estreitamento dos vínculos entre as elites estatais e empresariais, em certos momentos no tempo e em determinadas agências burocráticas, sob os efeitos de um contexto não competitivo, gerou situações de intrincado entrelaçamento de interesses e de subordinação do público ao privado.*⁹⁸

Da generalização de tais práticas, nas mais diversas esferas da administração, surgiu a necessidade da criação de novas formas de controle, para tantas outras novas funções assumidas pelo Estado Social, o que acabou tendo por resultado a formação de uma estrutura extremamente rígida.

Tal fenômeno de reação às práticas patrimonialistas é constatado no Brasil, em especial, após a promulgação da Constituição de 1988:

*À medida que a estrutura do Estado tornava-se cada vez mais complexa, sem o aumento correspondente da capacidade de supervisão, tanto do Executivo, quanto do Legislativo, para não mencionar um Judiciário que não exerce, por razões estruturais, uma vigilância efetiva sobre os dois, foi criado um excesso de organizações, em resposta às necessidades políticas imediatas, mas sem qualquer determinação de 'impacto ambiental' para detectar e avaliar as conseqüências disto tanto nos negócios como na política econômica e na definição de políticas. Contudo, na maioria dos casos, externalidades importantes foram geradas no processo de expansão do Estado, que afetaram o ambiente, tanto positiva quanto negativamente.*⁹⁹

É exatamente neste ponto que o modelo passa a ser objeto de fortes críticas, por se apresentar inadequado às atuais pretensões da sociedade, com suas rápidas

⁹⁵ WEIL, P. *op. cit.*, p. 71-3.

⁹⁶ WEBER, M. *op. cit.*, p. 178.

⁹⁷ PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 43 e ss.

⁹⁸ DINIZ, Eli. Uma perspectiva analítica para a reforma do Estado. *Revista de Cultura Política Lua Nova*, São Paulo, CEDEC-Centro de Estudos de Cultura Contemporânea. n. 45, p. 40, 1998.

⁹⁹ GLADE, William. 'A complementaridade entre a reestruturação econômica e a reconstrução do Estado na América Latina'. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 131.

mutações, passando a ser considerado *inimigo comum* pelos defensores das propostas de reforma administrativa.¹⁰⁰

Tal fato, facilmente constatado na empiria e no senso comum¹⁰¹, é descrito por Adam PRZEWORSKI como decorrente da falta de controle sobre a burocracia:

*Os cidadãos só podem exercer um controle indireto sobre a burocracia, uma vez que as instituições democráticas não contam com mecanismos que permitam aos cidadãos sancionar diretamente as ações legais dos burocratas. No máximo, os cidadãos consideram o desempenho da burocracia ao sancionarem, pelo voto, os políticos eleitos. (...) Embora esperemos que a burocracia estatal preste serviços aos cidadãos, impomos a ela o dever de prestar contas aos políticos (ou a entidades cujos membros são nomeados pelos políticos, como os tribunais ou algumas agências administrativas de acompanhamento ou supervisão).*¹⁰²

Devido a esta falta de controle, a crítica recorrente acusa a burocracia de ser autocentrada, ‘voltada para si mesma’, ao invés de estar voltada para o cidadão.

Numa perspicaz análise denominada relação *principal x agent*,¹⁰³ PRZEWORSKI descreve o pacto existente entre políticos e burocratas. Estes últimos assumem o papel de *agents* por disporem de notável autonomia, seja em razão de sua estabilidade, seja em razão das informações privilegiadas de que dispõem, possibilitando a obtenção de privilégios *inacessíveis aos demais cidadãos, o que vem a exigir a criação de novas formas de controle, mais eficazes que o modelo burocrático de controle procedimental:

¹⁰⁰ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 9. A mesma categoria é utilizada por ABRUCIO, Fernando Luiz. ‘Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático’. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 175.

¹⁰¹ (...) a visão negativa a respeito da burocracia não se vinculava apenas a teorias intelectualmente mais elaboradas. De modo avassalador, a perspectiva do senso comum contra a burocracia, normalmente anedótica, se expandia rapidamente no final da década de 70 e no começo da de 80. (...) Contribuía ainda mais para piorar a imagem da burocracia o fato de ela ser classificada à época muito mais como um grupo de interesse do que como um corpo técnico neutro a serviço dos cidadãos. O *thatcherismo* aproveitou-se bastante dessa situação. (ABRUCIO, F. L. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 177).

¹⁰² PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 58.

¹⁰³ Suponha que seu carro comece a fazer barulhos estranhos. Você vai a um mecânico, explica o problema, deixa o carro e aguarda o resultado. No dia seguinte, o carro está pronto, o mecânico lhe diz que teve de trocar os amortecedores e que isso lhe tomou cinco horas. Você paga e sai com o carro da oficina. O barulho cessou. Você escolhe o mecânico e pode recompensá-lo voltando a usar seus serviços – se ficou satisfeito com o trabalho – ou puni-lo, procurando outra oficina, se não gostou do serviço. Mas o mecânico sabe de muitas coisas que você não sabe: se ele se empenhou para fazer o melhor trabalho possível, ou se fez o mínimo necessário; se o carro precisava de um pequeno ajuste ou de um conserto maior; se ele executou mesmo o trabalho em cinco horas, ou se bastou uma hora. Você é o *principal*, o mecânico é o *agent*. Você o contrata para que ele atue em defesa dos seus interesses, mas você sabe que ele tem também seus próprios interesses. Cabe a você premiá-lo ou puni-lo. Mas você dispõe de informação imperfeita para decidir o que fazer, porque o mecânico sabe de coisas que você não sabe e faz coisas que você não vê. O que você pode fazer para induzi-lo a prestar a você o melhor serviço de que ele é capaz?” (PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 45)

Em muitos sistemas políticos, inclusive nos democráticos, as burocracias parecem autônomas em relação a qualquer controle, como que completamente à prova de qualquer exame por parte do público. (...) [N]uma democracia, os burocratas nunca sabem com certeza que forças políticas estarão futuramente no controle do governo e têm motivos para temer que um futuro governo seja menos favorável aos interesses da burocracia que o que está no poder. Logo, para se proteger (...) a burocracia tenta se livrar de qualquer tipo de controle político. Por outro lado, o governo que está no poder pode temer que, não sendo reeleito, as novas forças políticas venham a querer usar a burocracia em proveito próprio. Logo, quando os governantes temem perder o poder, sentem-se incentivados a deixar a burocracia fora do controle político, mesmo que, para isso, tenham de sacrificar sua própria influência sobre os atuais burocratas. Em consequência, políticos e burocratas entram em conluio para dar autonomia à burocracia, o que significa que a burocracia não será bem projetada para atender a objetivos sociais e que os burocratas não terão incentivos para promovê-los.¹⁰⁴

É dessa maneira que se dão as já mencionadas práticas de *rent seeking*, ou oportunismo na administração pública: seja através de contratos incompletos pela falta de informações da administração na sua elaboração, seja pela impossibilidade de se monitorarem os resultados, igualmente por não ter a administração acesso aos dados necessários.¹⁰⁵

Importante aspecto de estudo passa a ser, então, verificar quais as tarefas que devem ser realizadas pela administração burocrática e quais podem ser delegadas, seja através de concessão de serviço público, seja através de contrato administrativo, ou das novas figuras que estão sendo criadas.

É esta a importante questão colocada por Donald F. KETTL: *Façam o que fizerem, no momento de reduzir o setor público, os reformadores têm de decidir o que o governo fará com o que sobrar. Quais as funções essenciais e irredutíveis do Estado?*¹⁰⁶

¹⁰⁴ PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁵ ANDREWS, W. & KOUZMIN, Alexander. O discurso da Nova Administração Pública. *Revista de Cultura Política Lua Nova*, São Paulo, CEDEC - Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 45, p. 122, 1990.

¹⁰⁶ KETTL, Donald. 'A revolução global: reforma da administração do setor público'. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 78

Conhecendo-se o modelo existente, sua evolução e suas vantagens e desvantagens, pode-se passar, com maior segurança, a estudar as modificações propostas à atual ordem brasileira e nela promovidas, e avaliar o modelo gerencial de administração como é sugerido e como vem sendo aplicado. Este será o assunto do capítulo que se segue.

CAPÍTULO II

A REFORMA ADMINISTRATIVA NO BRASIL

2.1 - O Modelo Gerencial de Administração

A idéia do modelo gerencial de administração, que será estudada a partir de agora apresenta-se, como não poderia deixar de ser, fundada num sistema de dominação racional-legal, ou seja, em conformidade com Estado de Direito e utilizando-se da administração burocrática, muito embora esta apareça em diferentes graus nos vários países onde tem sido aplicada.¹⁰⁷

A grande diferença, contudo, ocorre na procura de redução do grande ônus atribuído atualmente à administração e repassado aos contribuintes, buscando maior eficiência ao reproduzir aspectos da administração privada (daí o nome 'gerencial') assumindo, assim, ares de novidade:

*Ao invés de uma velha administração pública burocrática, uma nova forma de administração, que tomou que tomou de empréstimo os imensos avanços por que passaram, no século XX, as empresas de administração de negócios, sem contudo perder a característica específica que a faz ser administração pública: uma administração que não visa ao lucro, mas à satisfação do interesse público.*¹⁰⁸

Entretanto, como visto no estudo atinente ao desenvolvimento do Estado social, a proposta de colaboração dos particulares à consecução das tarefas públicas não é um novo modelo, tampouco uma criação do neoliberalismo. Pelo contrário, trata-se de uma

¹⁰⁷ Consta do Plano Diretor da Reforma do Estado: A administração pública gerencial constitui um avanço e até um certo ponto um rompimento com a administração pública burocrática. Isto não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a administração pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental.

¹⁰⁸ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 27.

noção desenvolvida no seio do intervencionismo estatal, que foi aplicada no Brasil ainda durante o regime militar.

Como informa o próprio ex-ministro Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, um dos criadores e maiores incentivadores da atual reforma administrativa: *No Brasil, a primeira tentativa no sentido de uma administração gerencial data de 1967 – muito antes de aflorarem as idéias neoliberais, em consequência da crise do Estado.*¹⁰⁹

Durante o governo do General Castello Branco, foi editado o Decreto-Lei n. 200, contendo a reforma idealizada por Hélio Beltrão e Nazaré Teixeira Dias, e conduzida por Amaral Peixoto.

O Decreto-Lei n. 200 continha uma série de inovações muito semelhantes às que hoje são propostas, tais como, a descentralização - com maior autonomia à administração indireta - e, até mesmo, a terceirização, que era expressamente recomendada no § 7º do seu art. 10, *para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa.*

O mesmo Hélio BELTRÃO, na qualidade de Ministro da Desburocratização, lançaria, em 1979, o Programa Nacional de Desburocratização, visando *a retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado.*¹¹⁰

Na mesma direção vão os comentários de uma grande referência para a época, Hely Lopes MEIRELLES, que se refere com entusiasmo ao *advento do Decreto-lei 200, de 27.2.1967, que derogou os princípios obsoletos do velho Código da Contabilidade Pública da União e seu Regulamento, atualizando, agilizando e simplificando esse procedimento, de modo a atender com mais eficiência e presteza às exigências do serviço público e às modernas técnicas de administração.*¹¹¹

Considerando-se que as idéias lançadas no Decreto Lei n. 200 eram tão avançadas para a sua época, investigar as causas de seu fracasso é uma interessante reflexão. Enquanto BRESSER PEREIRA justifica seu abandono pelo enfraquecimento do núcleo estatal em virtude de práticas patrimonialistas, clientelistas e fisiológicas, Christina

¹⁰⁹ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁰ BELTRÃO, Hélio *apud* BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *Idem*, p. 244.

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 7.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 5.

ANDREWS e Alexander KOUZMIN apontam como causa a falta de controle social, já que tais reformas foram promovidas justamente no período mais repressivo do regime autoritário.¹¹²

Não sendo este, porém, o objeto do presente estudo, não se alongará esta discussão. Tais informações são aqui expostas apenas com a intenção de comprovar que a idéia não é nova e vem sendo aplicada há várias décadas, nas mais diversas administrações públicas ao redor do mundo. Há quem diga, por exemplo, que o *managerialism* tem suas raízes nos Estados Unidos do século XIX.¹¹³

Como já se viu no capítulo anterior, as profundas reformas administrativas ocorridas, a partir de 1979, na Inglaterra com o governo Tacher, e, a partir de 1980, nos Estados Unidos com o governo Reagan, passam a ser o marco teórico da administração gerencial.

O caso norte-americano tem como peculiaridade as modificações inicialmente ocorridas na esfera dos municípios e condados durante a década de 70. Tais modificações foram sistematizadas e adotadas pela administração federal a partir do primeiro governo Clinton, sob o comando do vice Al Gore, profundamente inspiradas na obra de D. Osborne e T. Gaebler, “Reinventando o Governo”, publicada em 1992, que as descreve e é referência sobre o assunto.

Dentre os principais pontos diferenciais da administração gerencial apresentados pelos escritores como avanço em relação à burocrática, estão a confiança limitada que é depositada no gestor público, gozando de relativa autonomia para alcançar as metas, pré-fixadas e controladas a posteriori através dos resultados, em oposição à administração burocrática, que controla todos os procedimentos de compras e contratações, como consequência da desconfiança absoluta no administrador; e a orientação centrada no atendimento ao cidadão, que passa a ser visto como cliente, numa visão nitidamente mercadológica, em oposição à administração burocrática, que, como se viu, freqüentemente é acusada de ser auto-referente.¹¹⁴

É BRESSER PEREIRA quem resume as características fundamentais da chamada ‘nova administração pública’:

¹¹² ANDREWS, W. A. & KOUZMIN, A. *op. cit.*, p. 107

¹¹³ Onde se pretende dar à administração pública uma gestão ágil e eficiente nos moldes da gestão privada. Fernando Luiz Abrucio indica o artigo “*The study of administration*”, de Woodrow Wilson, publicado em 1887, como a origem do

- a) descentralização do ponto de vista político, transferindo-se recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais;
- b) descentralização administrativa [desconcentração], através da delegação de autoridade aos administradores públicos, transformados em gerentes cada vez mais autônomos;
- c) organizações com poucos níveis hierárquicos, ao invés de piramidais;
- d) organizações flexíveis ao invés de unitárias e monolíticas, nas quais as idéias de multiplicidade, de competição administrada e de conflito tenham lugar;
- e) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total;
- f) controle a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e
- g) administração voltada para o atendimento ao cidadão, ao invés de auto-referida.”¹¹⁵

Para compreensão dos processos de descentralização¹¹⁶ e demais transformações promovidas pela administração gerencial, é imprescindível um estudo prévio, ainda que breve, do instituto da *delegação de poder*, há muito utilizado no Direito Administrativo e aqui definido como sendo *a transferência da capacidade decisória de níveis superiores da organização para os níveis inferiores*.¹¹⁷

A doutrina administrativista clássica divide em duas as formas de atuação da atividade administrativa do Estado: a polícia, que consiste em limitar as livres iniciativas, de modo a garantir a ordem da vida social; e o serviço público, através do qual o poder público assume a satisfação de uma necessidade de interesse geral, assegurando à coletividade as prestações correspondentes.¹¹⁸

RIVERO alerta para a existência de uma terceira forma, que representa uma evolução do segundo modelo. Define como atos de *gestão* aqueles pertinentes ao Estado na prestação do serviço público, fazendo as seguintes observações:

debate entre a *Public Service orientation* e a *Public Management orientation*. (ABRUCIO, F. L. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 179-80).

¹¹⁴ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 29-0.

¹¹⁵ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 243, e também Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública, (BRESSER PEREIRA, L. C. Exposição no Senado sobre a reforma da administração pública. Brasília: Cadernos MARE, n. 3, 1997, p. 12.

¹¹⁶ Entendida aqui a descentralização administrativa dentro da definição de Donald F. Kettl: ‘Descentralização’ é a redistribuição de funções e tarefas centrais da organização para unidades mais periféricas, ou seja, diz respeito a ‘onde’ em uma organização as ‘funções são mais bem desempenhadas’. (KETTL, D. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 108).

¹¹⁷ (...) ou seja, diz respeito a ‘quem’, em uma organização, está em ‘melhor posição’ para ‘tomar decisões’. (KETTL, D. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *Idem*, *Ibidem*).

¹¹⁸ RIVERO, J. *op. cit.*, p. 473.

1º – *Trata-se antes do mais de certas atividades privadas cujo desenvolvimento é particularmente útil para a coletividade, do ponto de vista social, econômico ou cultural. A Administração respeita a sua autonomia, mas ajuda-as e colabora com elas, de maneira a permitir-lhes realizarem os seus fins. Esta colaboração, que normalmente vem acompanhada de um certo controle, reveste formas múltiplas. É o setor das atividades e das empresas privadas de interesse geral.*

2º – *Por outro lado, a autoridade pública pode achar que é útil subtrair à ação dos particulares uma empresa ou ramo de atividade, para ser ela mesma a assegurar sua gestão, sem que para tanto a torne objeto de um serviço público. Cria então uma empresa pública a quem confia esta gestão, mas a atividade correspondente nem sempre adquire, por esse fato, as características do serviço público.*¹¹⁹

Após ressaltar que as mesmas atividades podem ser prestadas tanto por empresas públicas como privadas, ao final, aponta a possibilidade da gestão de serviços, o que constitui uma diferença fundamental para o estudo da administração gerencial: “o serviço público, normalmente confiado a organismos públicos, pode sê-lo também a pessoas privadas ou a empresas de economia mista. Única exceção é a atividade de polícia que não pode ser transferida para pessoas privadas.”¹²⁰

Prosper WEIL constata também a evolução da noção de intervenção administrativa através da gestão privada no serviço público:

*À noção de gestão privada nos serviços públicos juntou-se, como já vimos, desde 1920, a noção de serviço público com gestão privada, quer dizer, serviço inteiramente submetido ao regime do direito privado. A atividade administrativa é, em boa parte, efetuada hoje por pessoas, públicas ou privadas, que dirigem serviços públicos industriais e comerciais nos termos do direito comum. (...) A diferença é considerável relativamente à gestão privada nos serviços públicos: já não são atos ou atividades isolados que deixam de revestir um caráter especial, mas sim atividades globais.*¹²¹

Descentralizar a administração delegando autoridade passa a ser a idéia central do pensamento reformista. A justificativa é dada pela absoluta impossibilidade de o Estado suprir todas as demandas públicas que se apresentam hoje.

Como afirma BRESSER, para a administração pública atual *não basta ser efetiva em evitar o nepotismo e a corrupção: ela tem de ser eficiente ao prover bens*

¹¹⁹ RIVERO, J. *op. cit.*, p. 474.

¹²⁰ RIVERO, J. *Idem*, p. 475.

¹²¹ WEIL, P. *op. cit.*, p. 78-9.

*públicos e semipúblicos, que cabe ao Estado diretamente produzir ou indiretamente financiar.*¹²²

A questão recorrente é, então, como definir os serviços que deverão ser diretamente prestados pela administração e qual o espaço que poderá ser objeto da delegação de poderes. Mais uma vez, é este o questionamento formulado por Donald KETTL quanto à delimitação do chamado núcleo mínimo do Estado: *A administração pública tradicional tendia a definir 'serviços públicos' como algo que só o Estado podia – ou devia – fazer. As reformas recentes do setor público já não impõem limites conceituais muito claros. Há um núcleo mínimo do Estado a ser preservado no qual não se possa fazer nenhum 'corte'? E como delimitar este núcleo?*¹²³

Tratando da delimitação do interesse geral quanto à criação do serviço público, RIVERO afirma ser a decisão de competência exclusiva do governante, assumindo assim um caráter exclusivamente político: *Por parte das autoridades do Estado essa apreciação é inteiramente discricionária.*¹²⁴

WEIL chega à mesma conclusão, no tocante à escolha entre gestão pública ou privada para a prestação do serviço:

*Regra geral, a escolha entre a gestão pública e a gestão privada é deixada à administração. Mas esta faculdade tem muitas limitações. Por vezes, é a lei que dita à administração os meios a empregar ('leis e usos do comércio' para as empresas públicas, por exemplo); mas a maior parte das vezes é o juiz quem decide, qualquer que seja a intenção da administração, que a natureza do ato ou atividade implica ou o regime exorbitante ou o regime do direito comum: é assim que a gestão de um hospital ou de uma repartição de H. L. M. não é de natureza a ser objeto de um serviço público com gestão privada; é igualmente assim que determinados contratos são administrados e que certos trabalhos são públicos pelo seu próprio objeto. A jurisprudência tende a travar deste modo a tendência para uma excessiva submissão da atividade administrativa ao direito privado.*¹²⁵

Mais especificamente quanto à forma da administração da *gestão do serviço*, RIVERO recomenda muita cautela nos processos de transição do serviço público para aquele prestado por particulares:

¹²² BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*, p. 27.

¹²³ KETTL, D. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*, p. 86.

¹²⁴ RIVERO, J. *op. cit.*, p. 495.

¹²⁵ WEIL, P. *op. cit.*, p. 79-0.

É o ponto mais delicado. Com efeito, se bem que continue a existir a favor da autoridade pública um poder efetivo sobre a gestão, a subordinação que daqui resulta comporta gradações. O serviço pode depender direta e exclusivamente da autoridade. Mas ela pode, ao contrário, descarregar numa pessoa privada a gestão corrente e limitar-se a intervir em alguns pontos fundamentais. Em caso extremo passa-se por uma transição pouco sensível, do 'direito de ter a última palavra', que a autoridade exerce sobre o serviço público mesmo confiado a um particular, para o poder que ela conserva de simples controle sobre certas atividades.¹²⁶

Dentro do regime de ampla discricionariedade que é conferida aos administradores, surge a possibilidade de até mesmo ser modificado unilateralmente pela administração o próprio regime de serviço em curso, o que leva a concluir pela viabilidade de alterações na forma mais ampla possível:

O interesse geral varia com o tempo; o regime dos serviços públicos deve portanto evoluir de acordo com as suas exigências. Desde logo, nem os agentes nem os utentes podem fazer valer um direito adquirido à manutenção do estatuto em vigor no momento em que entraram em relações com o serviço. Os aumentos das tarifas são imediatamente aplicáveis aos utentes, mesmo quando eles estão ligados ao serviço por um contrato de prestação contínua, com ressalva do respeito pelo princípio de não retroatividade.¹²⁷

Algumas das medidas que passam a ser aplicadas discricionariamente são a terceirização e a privatização de empresas estatais. Reconhecendo-se que *a delegação é inevitável*, já que é impossível ao Estado realizar diretamente todas as tarefas que tem a seu encargo¹²⁸, a sua transferência para os particulares passa a ser cada vez mais praticada ao redor do planeta, como ressalta COUTO E SILVA:

Mais que uma vitória da doutrina neoliberal, a onda privatizante que bate atualmente em todos os continentes tem de ser vista como um triunfo do pensamento pragmático ou problemático sobre o pensamento estruturado em bases puramente racionais, de cunho axiomático, dogmático ou sistemático, que tanto seduziu a filosofia e a ciência até tempos bem recentes. (...) O certo é que privatizações têm sido feitas não apenas em países de acentuada tradição liberal e defensores antigos e ardorosos do sistema capitalista, como também até mesmo em países comunistas, muito embora no último caso se trate de privatização parcial, pois essas alienações restringem-se à parte minoritária do capital de empresas públicas. Cuba, para ficar num exemplo que diz tudo, em

¹²⁶ RIVERO, J. *op. cit.*, p. 497.

¹²⁷ RIVERO, J. *Idem*, p. 502-3.

¹²⁸ PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. Reforma do Estado e administração pública gerencial, p. 52.

*1994 vendeu ao grupo mexicano Domos 49% das ações de sua empresa estatal de telecomunicações, a Emtel/Cuba.*¹²⁹

Fernando Luiz ABRUCIO, um dos defensores desse processo, afirma que mais importante do que a eficiência na prestação dos serviços públicos e principal vantagem trazida pela descentralização é que ela *capacita os cidadãos a participar das decisões que afetam suas vidas e as de suas comunidades.*¹³⁰

Odete MEDAUAR identifica a descentralização através da delegação de poderes, também denominada desestatização, como uma importante tendência verificada na reforma administrativa:

*A desestatização significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado. Com esse sentido, abrangeria a desregulamentação e a privatização. A desregulamentação consiste na eliminação total ou parcial de normas incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas, levando à simplificação e desburocratização. Por sua vez, a privatização aparece num sentido mais amplo para expressar o controle e participação mais efetivos da sociedade no processo produtivo, e em sentido restrito, como transferência do poder acionário de empresas estatais no setor privado.*¹³¹

A delimitação e a transformação do espaço público por meio da desestatização dão-se através de três principais formas, aqui conceituadas conforme o magistério de BRESSER PEREIRA:

*A privatização é um processo de transformar uma empresa estatal em privada. Publicização, de transformar uma organização estatal em uma organização de direito privado, mas pública não-estatal. Terceirização é o processo de transferir para o setor privado serviços auxiliares ou de apoio.*¹³²

Além de propiciar o ajuste fiscal ao Estado, devolvendo-lhe a capacidade de definir e implementar políticas, a desestatização transfere as esferas decisórias para níveis locais, com a supressão de normas e a delegação de tarefas à iniciativa privada através do sistema de gestão. Todo o processo deverá propiciar, segundo os adeptos da administração gerencial, um maior controle dos resultados, por permitir a participação direta da sociedade.

¹²⁹ COUTO E SILVA, A. In.: MELLO, C.A.B. (org). Direito administrativo e constitucional. p. 100.

¹³⁰ ABRUCIO, F. L. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 190.

¹³¹ MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno, p. 103.

¹³² BRESSER PEREIRA, L. C. A reforma do Estado dos anos 90. Revista de Cultura Política Lua Nova, São Paulo, CEDEC - Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 45, p. 61, 1990.

Diante da análise dos conceitos desses novos institutos, pode-se elencar o amplo rol de medidas organizacionais que se convencionou chamar de *reforma administrativa* e que buscam, em suma, tornar a administração mais *eficiente, ágil e rápida, para atender adequadamente às necessidades da população*:

- a) *modelos organizacionais com menos graus hierárquicos, menos chefias, mas cada qual com mais poder de decisão;*
- b) *desconcentração e descentralização* ¹³³ *para conferir poder de decisão a escalões hierárquicos inferiores ou setores locais;*
- c) *eliminação de superposição de órgãos com atribuições semelhantes;*
- d) *redução drástica dos cargos em comissão;*
- e) *aplicação rigorosa da exigência de concurso público para investidura em cargo, função e emprego público;*
- f) *treinamento e reciclagem constante dos servidores públicos;*
- g) *instituição de carreiras, em todas as funções, com avaliação verdadeira de mérito;*
- h) *redução drástica de exigências de papéis e documentos inúteis;*
- i) *implantação de controle de resultados e de gestão.* ¹³⁴

Os meios de responsabilização dos administradores (*accountability*) assumem importância cada vez maior¹³⁵, em contraste com a difícil responsabilização constatada na administração burocrática, impondo-se mesmo a criação de novas formas de controle dos serviços.

Uma das propostas adotadas pela administração gerencial é a criação das Agências Estatais, reguladoras e não reguladoras. Tal modelo é estudado por ROSANVALLON, a partir da leitura de Robert NOZICK:

É nessa medida que se desenvolvem agências de proteção. Uma divisão do trabalho se estabelece entre os que 'produzem' a proteção e os que se beneficiam dela: 'Pessoas serão pagas para exercer a função de proteção, e empresários se lançarão na venda de serviços de proteção. Diferentes políticas de proteção serão assim oferecidas, a diferentes preços, segundo os compradores desejem uma proteção mais ou menos extensa e elaborada.' ¹³⁶

¹³³ Outro conceito de descentralização administrativa é a transferência de poderes de decisão em matérias específicas a entes dotados de personalidade jurídica própria, ao passo que pela desconcentração administrativa, há divisão do poder de decisão que é atribuído a um agente local, sem quebra de hierarquia. (RIVERO, J. *op. cit.*, p. 355).

¹³⁴ MEDAUAR, O. *Direito administrativo moderno*, p. 29.

¹³⁵ PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 57.

¹³⁶ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 63.

Para melhor funcionamento do sistema de agências e do controle contratual da gestão de serviços públicos, Fernando Luiz ABRUCIO indica três pressupostos importantes para o gerencialismo no tratamento do cidadão como ‘consumidor’ dos serviços públicos:

*O estabelecimento de relações contratuais parte de três pressupostos. O primeiro é de que, numa situação de falta de recursos como a atual, a melhor forma de aumentar a qualidade é introduzir relações contratuais de competição e controle. O segundo, quase como consequência do primeiro, é de que a forma contratual evita a situação de monopólio. Por fim, o último pressuposto refere-se à maior possibilidade que os consumidores têm de controlar e avaliar o andamento dos serviços públicos a partir de um marco contratual.*¹³⁷

Ante a constatação de que a situação do destinatário dos serviços públicos é muito mais complexa que a relação cliente – fornecedor aplicável ao mercado, uma vez que a compulsoriedade de serviços como os de saúde ou de segurança pública não admitem escolha, o autor faz uma importante ressalva: *o conceito de consumidor deve ser substituído pelo de cidadão (...) já que cidadania implica em direitos e deveres e não só liberdade de escolher serviços públicos.*¹³⁸

Ressaltando a necessidade de o problema da reestruturação do Estado ser visto além da sua dimensão financeira, ROSANVALLON enfoca três aspectos principais a indicar a priorização do cidadão na reestruturação do Estado:

O que é preciso tirar de nossas cabeças é a idéia de que serviço coletivo = Estado = não-mercantil = igualdade, e de que serviço privado = mercado = lucro = desigualdade. O futuro do Estado-providência passa pela definição de uma nova combinação desses diferentes elementos. Trata-se de substituir a lógica unívoca da estatização por uma trílice dinâmica articulada da socialização, da descentralização e da autonomização:

- *Desburocratizar e racionalizar a gestão dos grandes equipamentos e funções coletivas: é a via de uma socialização mais flexível. (...)*

- *Remodelar e preparar certos serviços públicos para torná-los mais próximos dos usuários: é a via da descentralização. (...)*

- *Transferir para coletividades não públicas (associações, fundações, agrupamentos diversos) tarefas de serviço público: é a via da autonomização.*¹³⁹

¹³⁷ ABRUCIO, F. L. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 187.

¹³⁸ ABRUCIO, F. L. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 188.

¹³⁹ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 85-6.

Recomenda o autor, para que se reduza a demanda do Estado, a passagem de atribuições à sociedade local, como já se viu, muito mais habilitada para encontrar as soluções para os seus problemas específicos:

*A única forma de reduzir de maneira não regressiva a demanda de Estado consiste em favorecer a multiplicação desses auto-serviços coletivos ou serviços públicos pontuais de iniciativa local. Enquanto as fronteiras entre o Estado e a sociedade, entre o privado e o público, permanecerem rígidas, estaremos condenados a pagar um preço crescente por um Estado-providência de resultados comparativamente decrescentes.*¹⁴⁰

Pretende a administração gerencial justamente reconceituar o espaço público, flexibilizando as fronteiras com o privado. Para isso, utiliza-se de uma nova categoria, cujo estudo é essencial para a compreensão da matéria.

Consiste o chamado espaço “público não-estatal”, “terceiro setor”, “setor não-governamental” ou “setor sem fins lucrativos”¹⁴¹, para se utilizar a definição de BRESSER PEREIRA, naquele ocupado pelas organizações voluntárias dedicadas a promover atividades de interesse comum. Por isso, é definido como ‘público’, no sentido de que se deve dedicar ao interesse público, não tendo como objetivo a obtenção de lucro; e ‘não-estatal’ porque não faz parte do aparelho do Estado.¹⁴²

Através do processo denominado publicização (em oposição à privatização), suas atividades devem ser apenas subsidiadas pelo Estado, que deixa de se envolver diretamente em serviços não exclusivos, tais como, educação, saúde, cultura e pesquisa científica, deixando-os a cargo da própria sociedade, através do setor público não-estatal.

Identificados os principais institutos de que lança mão a chamada administração gerencial nos processos de reforma administrativa, convém prosseguir o estudo com a análise do caso específico brasileiro, apresentando-se, então, algumas das objeções que têm sido colocadas para os que enfrentam o assunto.

¹⁴⁰ ROSANVALLON, P. Idem, p. 90.

¹⁴¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e GRAU, Nuria Cunil. (org.). O público não-estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 16.

¹⁴² BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 35.

2.2 - O Plano Diretor da Reforma do Estado

A proposta de reforma do Estado com o objetivo de alcançar *mais altos níveis de racionalidade e eficiência* é lançada, como já se disse, sob o duplo desafio de superação da crise econômica e consolidação da democracia no país.¹⁴³

Dentro dessa perspectiva, foi elaborada a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 173/95, encaminhada pelo governo ao Congresso Nacional em 23 de agosto de 1995, com o intuito de *aperfeiçoar e atualizar os dispositivos constitucionais sobre a administração pública*.¹⁴⁴

Tratando de temas relevantes, tais como, a estabilidade do servidor público, a permissão da pluralidade de regimes jurídicos de admissão de servidores e a fixação de tetos de remuneração, juntamente com a PEC n.º 173/95, foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Estado, aprovado pela Câmara da Reforma do Estado¹⁴⁵ em 21 de setembro de 1995.

É BRESSER PEREIRA quem relata a elaboração do documento que sintetiza o programa de reforma administrativa atualmente em curso no Brasil:

*Depois de amplamente debatida, a emenda constitucional da reforma foi remetida ao Congresso Nacional em agosto de 1995. À emenda seguiu-se a publicação de um documento sobre a reforma administrativa – o Plano diretor da reforma do aparelho do Estado –, cuja proposta básica é transformar a administração pública brasileira, de burocrática em gerencial. Essa transformação passou a ser uma questão nacional.*¹⁴⁶

Partindo da constatação da crise instalada no seio da administração pública, o presidente Fernando Henrique Cardoso, ao apresentar o Plano, propõe-se a adotar uma administração gerencial *baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, aqui caracterizado como 'cliente privilegiado' dos serviços prestados pelo Estado*.

¹⁴³ DINIZ, E. *op. cit.*, p. 3-4.

¹⁴⁴ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Questões sobre a Reforma Administrativa. Cadernos do Mare*, Brasília, v. 10, p. 05, 1998.

¹⁴⁵ Sob a presidência do Ministro Chefe da Casa Civil, Clóvis Carvalho; sendo Membros: Luiz Carlos Bresser Pereira, Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado; Paulo Paiva, Ministro do Trabalho; Pedro Malan, Ministro da Fazenda; José Serra, Ministro do Planejamento e Orçamento; e General Benedito Onofre Bezerra Leonel, Ministro Chefe do Estado Maior das Forças Armadas.

¹⁴⁶ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 22

Ainda conforme o próprio Plano Diretor, uma preocupação da reforma é o apoio popular.¹⁴⁷ A mesma preocupação é demonstrada por BRESSER PEREIRA, quando relata que à sua publicação seguiu-se forte reação negativa da sociedade.

Tal reação da opinião pública, segundo o mesmo, justifica-se em razão dos seguintes fatores:

*Estava propondo um tema novo para o país; um tema que jamais havia sido discutido amplamente, que não fora objeto de discussão pública na Constituinte, que não se definira como problema nacional na campanha presidencial de 1994, que só constava marginalmente dos programas de governo. Em síntese, que não estava na agenda do país.*¹⁴⁸

A partir daí, seguindo as transformações iniciadas já no governo Collor e interrompidas durante a gestão Itamar Franco, logo no primeiro ano da administração Fernando Henrique, o assunto da reforma do Estado passou a ser tratado como prioridade pelo governo, não só como condição para a consolidação do ajuste fiscal em curso na economia para torná-la competitiva diante do capitalismo globalizado, proporcionando a retomada do desenvolvimento; mas principalmente sob o argumento de assegurar o melhor e mais eficaz atendimento às necessidades dos cidadãos.

Assim, relata BRESSER PEREIRA, começaram a surgir os primeiros ecos favoráveis à proposta: primeiro dos governadores e dos prefeitos, e, a partir daí, com a adesão da imprensa, veio a ampla aceitação pública. Finalmente, com a adesão da alta administração pública, viu-se o governo em plenas condições de dar andamento às reformas na forma planejada.¹⁴⁹

Cabe aqui fixar o conceito de reforma administrativa. Tratando do assunto, Peter SPINK aponta dezesseis áreas de atuação:¹⁵⁰

Atribuições e atividades do Estado administrativo;

Planejamento nacional, estabelecimento de programas, indicadores de desempenho;

Organização e estrutura da máquina governamental;

¹⁴⁷ As pesquisas de opinião têm revelado que a reforma do aparelho do Estado conta com o apoio decidido da população. (BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Estado. Cadernos Mare. Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, nov. 1995, p. 5) **É pelo diálogo democrático entre o Estado e a sociedade que se definem as prioridades a que o Governo deve ater-se para a construção de um país mais próspero e justo.** (BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Cadernos Mare. Idem, p. 7).

¹⁴⁸ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 266.

¹⁴⁹ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 267.

¹⁵⁰ SPINK, Peter. 'Possibilidades técnicas e imperativos políticos em 70 anos de reforma administrativa'. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 149.

Constituições, accountability, direito à informação;
Formulação de políticas públicas;
Execução de programas;
Elaboração de orçamento público e administração financeira;
Emprego público, práticas e condições;
Regulamentação, salvaguardas e práticas públicas;
Preservação e manutenção do capital público;
Serviços gerais – consistência, desempenho, padronização;
Empresas públicas – impacto na economia e retorno do investimento;
Práticas de gestão pública – organização e métodos, desburocratização, eficiência e qualidade;
Ética pública – honestidade, profissionalismo, anticorrupção;
Participação do público – voluntarismo, atendimento de reclamações;
Institucionalização da reforma – planejamento e desenvolvimento, treinamento, agências e escolas.

Também o Plano Diretor, ao se referir à reconstrução do Estado como *forma de resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas*, apresenta cinco providências inadiáveis:

- 1. 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. 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 políticas públicas.*¹⁵¹

A reforma do Estado abrange, portanto, não apenas a sua organização, como também suas finanças e todo o sistema normativo. Todas essas áreas foram objeto de inovações por parte da administração federal.

¹⁵¹ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Cadernos Mare. op. cit.*, p. 8.

Outro importante documento do governo quanto às alterações promovidas e o planejamento a longo prazo para a área econômica é o relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, vinculado ao Ministério do Planejamento e Orçamento intitulado “O Brasil na Virada do Milênio – Trajetória do Crescimento e Desafios do Desenvolvimento”.

Já no texto de apresentação, contudo, o ministro Antônio Kandir destaca a necessidade de se *acelerar as reformas do setor público*.¹⁵² Para isso, indica ajustes de longo prazo na economia interna e externa, nas políticas sociais e na administração pública.

No campo econômico, foram flexibilizados os monopólios estatais, incentivada a concorrência e facilitado o ingresso do capital estrangeiro. Diversos obstáculos legais à participação estrangeira foram suprimidos através de emendas à Constituição de 1988. Com a Emenda Constitucional n. 5/95, que alterou o § 2º do art. 25, foi possibilitado aos Estados concederem a exploração dos serviços locais de distribuição de gás canalizado a empresas privadas. A Emenda Constitucional n. 6/95, ao retirar da Constituição a conceituação de empresa brasileira de capital nacional (art. 171) e ao permitir que a pesquisa e a lavra de recursos minerais sejam autorizados a empresas constituídas sob as leis nacionais (sem especificar a origem de seu capital), facilitou o ingresso de investimentos do exterior.

A Emenda n. 7/95 permitiu a navegação de cabotagem a embarcações estrangeiras, enquanto a Emenda n. 8/95 acabou com a exclusividade das empresas estatais nas concessões dos serviços de telecomunicações e já previu a criação de um órgão regulador para o controle da sua exploração. A Emenda Constitucional n. 9/95 quebrou o monopólio estatal do petróleo, permitindo a contratação de empresas estatais ou privadas para as atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas, o refino, a importação e exportação e o transporte dos produtos derivados, o que era vetado pela anterior redação do art. 177 da CF.

Na área do ajuste fiscal, foram instituídos o Fundo Social de Emergência, pela Emenda n. 10/96, a ‘contribuição provisória sobre movimentação financeira’ – a CPMF –, pela Emenda n. 12/96, bem como novas regras para a participação dos Estados e Municípios na arrecadação e no Fundo de Estabilização Fiscal, pela Emenda n. 17/97. Por

¹⁵² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. PINHEIRO, Liliansa Simões (coordenação). O Brasil na Virada do Milênio, Brasília, Imprensa Oficial, v. I, 1997, p. 12.

legislação ordinária, foram reestruturados o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, de modo a aumentar a poupança interna.¹⁵³

Em função do desequilíbrio nas despesas com inativos, foram alteradas as normas da previdência social pela Emenda n. 20/98, tanto no tocante aos servidores públicos quanto aos segurados particulares, alterando-se os prazos para os períodos aquisitivos dos benefícios, com limites de idade e tempo de contribuição, proibindo-se acumulações e contagem de tempo fictício e fixando-se benefícios proporcionais ao tempo de contribuição.

Das cinco providências indicadas pelo Plano Diretor, o presente trabalho se atém apenas à última: a reforma do aparelho do Estado, que visa a transformá-lo de empreendedor que atua diretamente através da administração burocrática, em regulador que se faça valer da administração gerencial para promover o desenvolvimento do país.

O aparelho de Estado, ou seja, a estrutura organizacional do Estado nos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e nas três esferas administrativas (União, Estados e Municípios), que abrange a cúpula dirigente, o corpo de funcionários e a força militar, passa por uma redefinição sob a análise do Plano Diretor, com vistas a se tornar mais eficiente.

No Plano, o aparelho de Estado é dividido em quatro setores distintos, nos quais as reformulações se darão de formas também distintas.¹⁵⁴

Primeiro, o *núcleo estratégico*, centro no qual se definem as leis, as políticas e procedimentos para cumpri-las. No Brasil, inclui o Presidente da República, os ministros de Estado e a cúpula dos ministérios, além de seus correspondentes nas esferas estaduais e municipais, funcionários do primeiro escalão do executivo; os legislativos nas três esferas; os tribunais, encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal e o Ministério Público. Sugere o seu reforço através da fixação de concursos anuais, da implantação de cursos de atualização, de carreiras com melhores salários e, para melhor controlar as demais atividades, a implantação de ‘agências autônomas’ e de ‘organizações sociais’, controladas pelo uso do chamado ‘contrato de gestão’, através do qual serão definidos os objetivos das

¹⁵³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. *op. cit.*, p. 102 e ss.

¹⁵⁴ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 33.

entidades executoras, seus indicadores de desempenho para possibilitar a avaliação posterior e os recursos que lhes serão disponibilizados.¹⁵⁵

A seguir, apresentam-se *as atividades exclusivas*, que envolvem a execução do poder estatal, garantindo diretamente o cumprimento da lei e das políticas públicas. Abrangem as polícias, as forças armadas, os órgãos de fiscalização e regulamentação, os serviços sociais de distribuição de recursos, tais como o Sistema Unificado de Saúde e a Previdência Social. Para seu avanço, o Plano Diretor prevê a concessão de maior autonomia através da descentralização e da transformação de suas unidades em agências autônomas, com controle de resultados pelo núcleo estratégico.

Os serviços não-exclusivos são aqueles que não envolvem o uso do poder do Estado, podendo ser oferecidos também pelo setor privado ou, como sugere, pelo público não-estatal. Incluem-se aí os serviços de saúde, educação, pesquisa científica, cultura, museus, teatros, orquestras, etc. Para seu desenvolvimento, recomenda a *publicização*, ou seja, a passagem espontânea da execução dessas tarefas para o setor público não-estatal, representado pelas organizações sociais, que agirão de forma autônoma e mais flexível. Serão as tarefas, assim, divididas entre a sociedade, que as executará, e o governo, que financiará e fiscalizará os resultados.

Por último, *a produção de bens para o mercado*, hoje representada pelas empresas estatais que, segundo o Plano Diretor, deve ficar inteiramente a cargo da iniciativa privada através dos programas de privatização, dentro da já apresentada perspectiva subsidiarista. Recomenda o Plano Diretor, ainda, a criação de órgãos para regulação dos monopólios naturais.

De acordo com a leitura de Cláudia Fernanda de OLIVEIRA PEREIRA, *apenas os servidores do 1º e 2º núcleo seriam mantidos no regime estatutário e, mesmo assim, admitida a estabilidade flexibilizada.*¹⁵⁶

Como se vê, surgem duas novas figuras jurídicas, inspiradas nas britânicas *Quangos (quasi non-governmental organisations)*: as agências executivas, com o fim de substituir as autarquias e fundações já existentes, tendo ampliadas suas autonomias a partir da administração gerencial; e as organizações sociais, geridas pelo setor privado, com a finalidade de executar serviços públicos dentro do espaço público não-estatal.

¹⁵⁵ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 258.

¹⁵⁶ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 85.

São fixados no Plano os seguintes objetivos globais:

1. *Aumentar a governança do Estado*, assim entendida como a capacidade de governar com efetividade e eficiência.
2. *Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias*, com a transferência dos serviços não exclusivos para a propriedade pública não-estatal e a produção de bens e serviços para a iniciativa privada.
3. *Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local*, através do processo de descentralização administrativa.
4. *Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional* por meio da desconcentração administrativa.

Comentando o Plano, BRESSER PEREIRA indica três dimensões de atuação apontadas como estratégia de transição para que a reforma alcance êxito:¹⁵⁷

- a) **a institucional-legal**, por meio da qual se eliminam os entraves no sistema jurídico-legal e se criam ou modificam instituições, implicando a reforma da Constituição, das leis e dos regulamentos¹⁵⁸;
- b) **a cultural**, para buscar através da efetiva parceria com a sociedade a mudança dos valores burocráticos para os gerenciais, abandonando as práticas patrimoniais, ainda arraigadas no país sob a forma de clientelismo e de fisiologismo, condenando as idéias e punindo a sua prática;¹⁵⁹ e
- c) **a gerencial**, ou da gestão pública, que pretende concretizar as novas práticas gerenciais através da criação das agências autônomas e das organizações sociais, em substituição às formas atualmente existentes, a princípio em alguns laboratórios isolados e, posteriormente, por iniciativa das próprias unidades a serem transformadas.

¹⁵⁷ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 265-6.

¹⁵⁸ Consta do Plano Diretor: *Há uma tendência a se subordinar a terceira [dimensão gerencial] à primeira [dimensão institucional-legal], quando se afirma que é impossível implantar qualquer reforma na área da gestão enquanto não forem modificadas as instituições, a partir da Constituição Federal. É claro que esta visão é falsa. Apesar das dificuldades, é possível promover já a mudança da cultura administrativa e reformar a dimensão-gestão do Estado enquanto vai sendo providenciada a mudança do sistema legal.*

¹⁵⁹ *A administração pública gerencial parte do pressuposto de que já chegamos a um nível cultural e político em que o patrimonialismo está condenado e a democracia é um regime político consolidado.* (BRESSER PEREIRA, L. C. Exposição no senado sobre a reforma da administração pública, p. 12.

Assim sendo, a reforma exige muito mais que a simples edição de normas. Para o estabelecimento de uma nova administração, deve-se reformular e descentralizar as estruturas, tornando-as capazes de produzir resultados. Mais importante ainda é a *criação de mecanismos que viabilizem a integração dos cidadãos no processo de definição, implementação e avaliação da administração.*

2.3 - A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de Junho de 1998

A principal medida adotada pelo governo federal na execução da Reforma do Estado se dá dentro da dimensão institucional-legal. É talvez a mais polêmica, já que implica numa série de alterações dentro do seio da administração e consiste na aprovação da Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 04/06/1998.

Sua importância é ressaltada pelo texto do Plano Diretor:

As emendas do capítulo da Administração Pública são fundamentais no processo de transição para uma Administração Pública gerencial, incorporam ou viabilizam uma nova perspectiva em relação à gestão e ao controle do aparelho do Estado. Os dispositivos compreendidos no projeto são de importância estratégica para a consecução da reforma administrativa, contemplando os princípios e normas de gestão, as relações jurídicas dos servidores com a Administração e as prerrogativas dos Três Poderes para a organização administrativa e fixação de vencimentos dos cargos de seus serviços auxiliares ou administrativos. (p. 62)

Tal estratégia tem sido apontada como o principal êxito da reforma administrativa em andamento, diferenciador das tentativas dos governos anteriores que não tiveram a mesma preocupação¹⁶⁰. A necessidade de se promover a mudança da legislação positiva e, em especial, de emendar a Constituição é apontada por BRESSER como

¹⁶⁰ Celso Ribeiro Bastos chega a afirmar: **O imobilismo do Texto Constitucional não condizia com os interesses da nação e não foi possível mantê-lo contra a emergência de novas forças que se impunham no cenário político e cuja ignorância, pela Lei Maior, só poderia colaborar para a sua derrubada. Daí ficar claro que, em benefício da sua própria sobrevivência, as Constituições tinham de adotar alguma sorte de flexibilização para permitir a absorção de novas questões que estavam a demandar constitucionalização. O mesmo se deu com normas que, embora já constitucionalizadas, necessitavam de alteração e até mesmo de supressão.** (BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 21).

conseqüência das imposições da Carta de 1988, que surgiu como uma reação ao populismo e ao fisiologismo promovidos especialmente na primeira fase da transição democrática.¹⁶¹

Outra grande vantagem apontada é o caráter de irreversibilidade que transmite ao processo de mudança, permitindo não só resultados imediatos no curto prazo, como melhor alcance a médio e longo prazo (o programa de ajuste vai até o ano 2006, conforme perspectivas lançadas no documento do IPEA).

Para o autor, a consagração dos princípios da administração burocrática *altamente centralizada, hierárquica e rígida* foi resultado da constatação de que a administração burocrática ainda não estava em prática no país e que as reformas descentralizadoras de 1967 somente contribuíram para proporcionar as práticas patrimonialistas.¹⁶²

As próprias elites integrantes da alta administração contribuíram para essa reação burocratizante, ao se sentirem injustamente responsabilizadas pelos desvios praticados. Assim, na lição de Carlos Pinto Coelho MOTTA:

*A consciência progressivamente crítica do desequilíbrio entre o Estado Social e o Estado de Direito, aliada ao crescimento das funções estatais, influenciaram poderosamente a concepção global da Constituição que então se redigia. O seu projeto básico para a burocracia pública é indiscutivelmente saneador, mormente no que tange ao regime do servidor público. E, mais especificamente, a renovação dos esforços em prol do sistema do mérito na admissão dos servidores foi considerada, à época, um marco decisivo na evolução ética da administração brasileira.*¹⁶³

Pouco tempo depois da promulgação da Carta de 1988, pode-se verificar um descompasso na aplicação dos dispositivos constitucionais, demonstrando a administração enorme dificuldade em colocá-los em prática. No Plano Diretor, chegam a ser apontados os dispositivos sobre a administração pública como *um retrocesso burocrático sem precedentes*:

O Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo

¹⁶¹ O fisiologismo ou clientelismo, através do qual se expressa modernamente o patrimonialismo, existia na administração central no período militar, mas era antes a exceção do que a regra. Esse quadro muda com a transição democrática. Os dois partidos vitoriosos – o PMDB e o PFL – fazem um verdadeiro loteamento dos cargos públicos. A direção das empresas estatais, que tendia antes a permanecer na mão dos técnicos, é também submetida aos interesses políticos dominantes. (BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 246).

¹⁶² BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 246.

¹⁶³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Reforma Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 6.

estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados-membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta. (item 3.3 – O Retrocesso de 1988)

Muito embora seja um ponto essencial para a promoção da reforma, ela não se esgota aí, como salienta a Exposição de Motivos nº 49/95 encaminhada ao Sr. Presidente da República, que antecedeu a remessa ao Congresso Nacional da PEC n. 173/95: *A revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entravam a implantação de novos princípios, modelos e técnicas de gestão.*¹⁶⁴

Prossegue a Exposição de Motivos, justificando a reforma constitucional sob o ponto de vista do melhor controle da atividade administrativa:

*(...) a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários. (...) A revisão de dispositivos constitucionais e inúmeras outras mudanças na esfera jurídico-legal que a acompanharão, estão direcionadas para o delineamento de condições propícias à implantação de novos formatos organizacionais e institucionais, à revisão de rotinas e procedimentos e à substituição dos controles formais pela avaliação permanente de resultados.*¹⁶⁵

Na parte final do referido texto, é explicitado o objetivo primeiro das reformas: *(...) constituem parte do conjunto proposto de mudanças constitucionais que visam transformar a administração pública brasileira em poderoso instrumento do desenvolvimento econômico e social, consoante as diretrizes e objetivos do programa de governo (grifei).*¹⁶⁶

A alegação de tais intenções, contudo, não tem se mostrado suficiente para que a Emenda n. 19/98 fique a salvo das severas críticas que lhe são movidas, em especial

¹⁶⁴ JOBIM, Nelson et. al., Exposição de Motivos nº 49/95, ao Presidente da República que acompanhou a proposta de emenda constitucional que trata da reforma administrativa, encaminhada pelo Governo ao Congresso Nacional, em 23 de agosto de 1997. <http://www.marc.gov.br/reforma/mudanca/motivos.htm>; 13/03/1998.

¹⁶⁵ JOBIM, N. et. al., Idem.

¹⁶⁶ JOBIM, N. et. al., Idem, lbedem.

no meio jurídico. Celso Antônio Bandeira de MELLO chega a qualificá-la de “modelo de impropriedades jurídicas”¹⁶⁷:

*Com efeito, é de conhecimento geral que houve um refluxo normativo impressionante e uma descarga de conversões de medidas provisórias em lei. Demais disto, foram promulgadas Emendas Constitucionais, a de n. 19, de 4.6.98 (conhecida como “Emendão”) e a de n. 20, de 15.12.98. Ambas extremamente mal feitas, acarretaram impressionante subversão na ordem jurídica precedente, exigindo, pois, acurado trabalho para desvendar-lhes o alcance e para exhibir inconstitucionalidades resultantes do desbordamento dos limites do poder de reforma constitucional.*¹⁶⁸

Sendo muitas as transformações, reformas e novos instrumentos, necessário se faz apresentá-los, para, então, destacar as principais dúvidas e críticas que surgem diante de sua aplicação.

Não sendo objetivo deste trabalho um estudo detalhado das alterações constitucionais, ou mesmo da técnica legislativa empregada, como foi dito na introdução, mas uma análise geral e conceitual da Reforma do Estado, são indicadas aqui apenas as principais mudanças promovidas pela aprovação da Emenda n. 19/98, e citadas pelo Plano Diretor.

São elas, indicados os dispositivos constitucionais correspondentes:

1. Fim da obrigatoriedade do regime jurídico único, permitindo-se a volta de contratação de servidores através de regimes diferenciados (art. 39, caput, art. 206, V);
2. Manutenção da exigência de concurso público para a admissão de servidores estatutários, com a extensão da exigência para a admissão de celetistas (art. 37, II);
3. Flexibilização da estabilidade dos servidores estatutários, admissível a demissão não só por falta grave, mas também por insuficiência de desempenho e por excesso de quadros (art. 41, § 1º), situações nas quais o servidor terá direito a indenização, devendo ser fixadas regras objetivas para a exoneração no caso de excesso de quadros, quando ficará proibida nova contratação por determinado período;

¹⁶⁷ MELLO, C. A. B. Curso de direito administrativo, p. 112.

¹⁶⁸ MELLO, C. A. B. Idem, p. 7.

4. Como alternativa à exoneração por excesso de quadros, criada a disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço (art. 41, § 3º);
5. Permissão para contratação de estrangeiros para o serviço público, quando autorizado por lei e mediante concurso (art. 37, I);
6. Fixação do chamado teto salarial, limite rígido para a remuneração dos servidores públicos, vedada a cumulação de vantagens pessoais ou a qualquer outro título (art. 37, XI);
7. Exigência de apresentação de projeto de lei para a concessão de reajuste a qualquer um dos três poderes (art. 27, § 2º; art. 28, § 2º; art. 29, V e VI; art. 48, XV; e art. 49, VII e VIII);
8. Limitação também das aposentadorias e pensões ao valor equivalente ao percebido pelos servidores da ativa (art. 37, XI e art. 29 da EC 19/98);
9. Maior liberdade na transferência de pessoal entre as esferas administrativas, mediante convênios (art. 37, § 8º);
10. Fim da isonomia salarial como direito subjetivo do servidor (art. 37, X);
11. Criação de limites por lei complementar para as despesas com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a previsão de medidas para a adequação a este limite, tais como, a redução das despesas com cargos em comissão e funções de confiança e a demissão de servidores não estáveis e até mesmo estáveis (art. 169).

É voluntária a não inclusão na relação, do acréscimo do princípio da eficiência ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Dada a natureza de inovação conceitual, tal dispositivo merece análise detalhada, como segue.

Após, serão estudadas individualmente algumas das principais repercussões da reforma na esfera jurídico-administrativa nacional.

2.3.1 - O Princípio da Eficiência

A eficiência administrativa está definida no Plano Diretor como sendo *a busca de uma relação ótima entre qualidade e custo dos serviços colocados à disposição do público*. Com tal objetivo foi incluído no *caput* do artigo 37 pela Emenda Constitucional n. 19/98 o princípio da eficiência junto à relação dos princípios constitucionais expressos, norteadores da atividade administrativa.

Possui esse princípio inspiração na doutrina administrativa italiana, em que foi concebido como *uma tentativa para combater a malversação dos recursos públicos, a falta de planejamento, os erros repetidos mediante práticas gravosas*.¹⁶⁹ Uadi Lammêgo BULOS indica sua existência no ordenamento jurídico nacional já no Decreto-Lei n. 200/67 (arts. 13 e 25, V), na Lei n. 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões, arts. 6º e 7º) e na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor, arts. 4º, VII; 6º, X; e 22).

Também a jurisprudência já reconhecia a existência do princípio da eficiência bem antes da promulgação da EC 19/98. Consta do repertório do Superior Tribunal de Justiça que *a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const., art. 37). Outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público* (6ª T. – RMS n. 5.590/95-DF – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 10.06.96, p. 20.395).

Em artigo dedicado ao tema, Robertônio Santos PESSOA aponta a inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional como um dos maiores méritos da reforma:

*Se a reforma administrativa tem aspectos que podem ser considerados retrocesso, não há dúvida que a positivação do princípio da eficiência, pela amplitude de suas repercussões, principalmente como mais um referencial de controle da atividade administrativa discricionária, constitui-se, no âmbito do direito administrativo, em inequívoco avanço institucional.*¹⁷⁰

¹⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Aspectos da Reforma Administrativa. http://www.infojur.cj.ufsc.br/arquivos/direito_administrativo/doutrina/aspectos_da_reforma_administrativa.html; 09/12/1999, p. 2

¹⁷⁰ PESSOA, Robertônio Santos. Princípio da eficiência e controle dos atos discricionários. http://infojur.cj.ufsc.br/arquivos/direito_administrativo/doutrina/principio_da_eficiencia_e_controle_dos_atos_discricionarios.htm; 09/12/1999.

Não obstante, a doutrina ainda não pacificou o significado do novo princípio, que pode assumir diversos sentidos, apresentando-se *fluido ao lume do Direito*, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de MELLO.¹⁷¹

Para Odete MEDAUAR, a idéia de eficiência está relacionada a agilidade na obtenção dos resultados, o que faz muito sentido dentro da realidade nacional:

*O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.*¹⁷²

Por outro lado, Cláudia Oliveira PEREIRA afirma que seria mais apropriada a criação do *princípio da qualidade do serviço público*, conforme texto original da emenda apresentada à Câmara dos Deputados. Associa a idéia de eficiência diretamente a outro princípio, o da probidade administrativa e não lesividade ao erário, fiel ao texto do Plano Diretor:

*Revela ainda mencionar a probidade administrativa e, inversamente, a improbidade administrativa, que é a ofensa à moralidade qualificada pelo dano ao Erário e pela correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem, punida com a suspensão dos direitos políticos (art. 37, § 4º, da CF), se bem que a Lei n. 8.429/90, que define os atos de improbidade administrativa, os conceitue como aqueles que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao Erário e os que atentam contra os princípios da administração pública.*¹⁷³

Sentido diverso é dado por Alexandre de MORAES. Associando o novo princípio ao da razoabilidade, como meio de controle da discricionariedade, o autor afirma ser o princípio da eficiência aquele

*(...) 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 social.*¹⁷⁴

¹⁷¹ MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*, p. 75.

¹⁷² MEDAUAR, O. *Direito administrativo moderno*, p. 145.

¹⁷³ PEREIRA, C.F.O. *op.cit.*, p. 55.

¹⁷⁴ MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa - Emenda Constitucional n. 19/98*. São Paulo: Atla, 1999, p. 28.

O professor Juarez FREITAS refere-se à economicidade ou otimização da ação estatal:

O administrador público está obrigado a 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. A violação do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos.¹⁷⁵

Já para José Eduardo Martins CARDOZO, ex-chefe de gabinete da antiga Secretaria da Administração Federal da Presidência da República, a noção de eficiência deve ser analisada sob um contexto maior que o simplesmente econômico. Nas suas palavras, sendo o bem comum o objetivo fundamental da república conforme o art. 3º, IV, da Constituição, *parece-nos razoável entender-se que apenas se deverá ter por eficiente a conduta da Administração Pública quando, em todas as dimensões possíveis apresentadas no plano de nossa realidade, estiver voltada para a satisfação do valor maior expresso pela idéia de o 'bem de todos'.*¹⁷⁶

Como limite à discricionariedade, o princípio da eficiência é associado também por vários autores ao princípio da razoabilidade, de forma a atenuar o formalismo exacerbado em prol da proporcionalidade.¹⁷⁷

Qualquer que seja a nuance escolhida, porém, a eficiência apresenta-se como princípio fundamental, ao lado dos demais já consagrados constitucionalmente. BRESSER PEREIRA utiliza-se de interessante exemplo para justificar a importância da eficiência nas administrações contemporâneas, em oposição àquelas anteriormente conhecidas no âmbito do Estado Liberal:

No Estado liberal só eram necessários quatro ministérios – o da Justiça, responsável pela policial; o da Defesa, incluindo o Exército e a Marinha; o da Fazenda e o das Relações Exteriores. Nesse tipo de Estado, o serviço público mais importante era o da administração da justiça, que o Poder Judiciário realizava. O problema da eficiência não era, na verdade, essencial. No momento, entretanto, que o Estado se converteu no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais – educação, saúde, cultura, previdência e

¹⁷⁵ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 85-6.

¹⁷⁶ CARDOZO, José Eduardo Martins. 'Princípios Constitucionais da Administração Pública (De acordo com a Emenda Constitucional n. 19/98) In.: MORAES, A. Os 10 anos da Constituição Federal - Temas diversos. 7.ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 164.

¹⁷⁷ MORAES, A. Reforma administrativa - Emenda Constitucional n. 19/98. p. 29 e BULOS, U. L. *op. cit.*, p. 2.

*assistência social, pesquisa científica – e de papéis econômicos – regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infra-estrutura –, nesse momento, o problema da eficiência tornou-se essencial.*¹⁷⁸

Com as informações fornecidas pelo Plano Diretor da Reforma do Estado, a eficiência assume aspecto ainda mais importante diante da limitação material que se apresenta no serviço público: “Em 1988, havia 1.444.000 servidores ativos. Ao final de 1994, eram contabilizados 1.197.000 funcionários. (...) Dada essa redução do número de funcionários, não se pode falar em excesso de quadros na União. O que existe são áreas que concentram um número desnecessário de funcionários e outras que apresentam déficit, como no caso das atividades finais nos setores de saúde e educação.”

Dessa forma, há que se trabalhar a nova categoria em conjunto com o conceito de *efetividade*¹⁷⁹. O Plano Diretor pretende alcançar efetividade sobretudo alicerçado no princípio da confiança, mediante capacitação permanente do pessoal e avaliações sistemáticas, com recompensa pelo desempenho, controle dos resultados e competição administrada.

Tal estratégia remete a um novo problema, qual seja, a aferição de resultados. A Constituição deixa a questão em aberto ao atribuir à norma infraconstitucional (ainda a ser editada) a disciplina das formas de participação do usuário, de encaminhamento das reclamações, do acesso aos registros e da responsabilização do exercício negligente ou abusivo da função pública (art. 37, § 3º).

Para que os critérios de eficiência sejam atingidos, deve ser ressaltada a importância dos mecanismos de controle já que *o reforço indiscriminado da autonomia do Estado amplia paralelamente as possibilidades da [sic] elite estatal agir em defesa do interesse próprio, a não ser que sejam efetivos os mecanismos que obriguem o governante a prestar contas de seus atos aos cidadãos.*¹⁸⁰

¹⁷⁸ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 242.

¹⁷⁹ Para ABRUCIO: *Efetividade é entendida aqui como o grau em que se atingiu os resultados esperados (Osborne & Gaebler, 1994:381). Portanto, ‘efetividade’ não é um conceito econômico – como a eficiência pura –, e sim de avaliação qualitativa dos serviços públicos.* (ABRUCIO, F. L. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 184).

¹⁸⁰ DINIZ, E. *op. cit.*, p. 8.

Uma das principais críticas contra a liberdade de critérios outorgada ao administrador é mencionada pelo próprio BRESSER PEREIRA: *mais eficiente, na verdade, quer dizer mais barato* (grifo no original).¹⁸¹

Tal estratégia é confessada expressamente no texto do Plano Diretor, como se percebe: *No campo das atividades exclusivas de Estado, dos serviços não-exclusivos e da produção de bens e serviços o critério eficiência torna-se fundamental. O que importa é atender milhões de cidadãos com boa qualidade a um custo baixo.* (grifei)

Ocorre que, para fins de ajuste fiscal, o próprio governo reconhece ser muito difícil a redução de despesas do setor público¹⁸², já insuficientes em grande parte, como se viu ao tratar da incapacidade de o setor público acompanhar o crescimento das demandas¹⁸³. A eficiência é, assim, a única alternativa:

*As despesas mínimas para sustentar a estrutura administrativa do setor público mostram-se rígidas, e dificilmente poderão sofrer redução substancial no curto prazo, mesmo que se aprove e ponha em prática uma bem-concebida reforma administrativa. São os ganhos a serem, paulatinamente, obtidos por essa reforma, tanto na forma de redução de despesas como de aumento da eficiência da ação governamental, que poderão vir a saldar os déficits de políticas sociais e de investimento acumulados pelo Estado.*¹⁸⁴

Como solução, surge a necessidade de se criarem melhores formas de controle dos resultados e responsabilização dos administradores (*accountability*). Para compreensão do problema, Adam Przeworski traz o já citado exemplo da relação *agent x principal*, perfeitamente aplicável às relações dentro da administração pública:

*O desempenho de um sistema econômico depende de todas essas relações: entre o Estado e os agentes econômicos privados, entre políticos e burocratas, e também entre cidadãos e o Estado. Os agentes privados devem beneficiar-se quando se comportam de modo a favorecer o interesse público e devem sofrer algum prejuízo quando não o fazem. O mesmo se aplica a burocratas e políticos.*¹⁸⁵

¹⁸¹ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 32.

¹⁸² Importante iniciativa nessa direção é a edição da Lei da Responsabilidade Fiscal, L. C. n. 101/2000

¹⁸³ Por mais paradoxal que pareça, continuam sendo anunciadas reduções nas despesas na área social de atuação: **O corte nos gastos sociais do governo será o principal pilar do superávit primário de R\$ 29,3 bilhões previsto no Orçamento da União para 2000.** (GODINHO, Fernando. Cortes no Social Sustentam o ajuste fiscal. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 03/04/2000, cad. 1, p. 9).

¹⁸⁴ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁵ PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 46.

Aponta o autor, em seguida, algumas técnicas para maior qualidade no serviço público: ¹⁸⁶ formulação de contratos adequados, melhor triagem e seleção, fiscalização institucional, estabelecimento de competição e descentralização.

As medidas apontadas, porém, não se mostram suficientes para equacionar a apuração da eficiência, já que os servidores sempre irão dispor de informações não acessíveis ao núcleo governamental. Donald KETTL apresenta uma análise bastante simplificada do problema, contrapondo a apuração de resultados à de produção:

Por um lado, o que mais interessa saber quanto ao desempenho das agências públicas é se elas resolvem os problemas em razão dos quais foram criadas. Criam-se agências da polícia para propiciar segurança aos cidadãos; agências públicas de saúde, para melhorar a saúde da população. Essas agências, afinal, só serão bem-sucedidas se os cidadãos se sentirem seguros, se melhorarem suas condições de saúde. Nesse sentido, a lógica da aferição de desempenho leva, inexoravelmente, à aferição dos resultados. Para que se alcancem essas grandes metas, contudo, concorrem vários fatores sobre os quais as próprias agências não têm controle. A criminalidade é resultado também de fatores sociais que continuam a produzir efeitos, por mais que a polícia trabalhe. Há atitudes e hábitos na população que, por mais adequadas que sejam as propostas das agências de saúde, podem influir no resultado final. Acompanhando esse raciocínio, conclui-se que o que se deve avaliar é a produção: só interessam as variáveis que possam ser controladas pelas agências, e deixam-se para os cientistas sociais as avaliações de resultados, mais complexas. ¹⁸⁷

Sugere, então, dois planos diferentes de avaliação por desempenho: *o da produção, para poder modelar o comportamento dos administradores e gestores; e o dos resultados, para que possam ser elaboradas políticas consistentes.* ¹⁸⁸ Lastimavelmente, a exclusão dos resultados na avaliação da eficiência pode inviabilizar a responsabilização (accountability) a que se referiu PRZE WORSKI.

De qualquer forma, as vantagens também se farão perceber na medida em que *a administração baseada no desempenho pode ajudar todas as pessoas envolvidas no processo a pensar mais estrategicamente. Pode ajudar os administradores públicos a se concentrarem no melhor modo de fazer seu trabalho e de explicarem aos governantes o que estão tentando fazer para traduzir em resultados os objetivos da legislatura.* ¹⁸⁹

¹⁸⁶ PRZE WORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. Idem, p. 55-7.

¹⁸⁷ KETTL, D. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 89.

¹⁸⁸ KETTL, D. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. Idem, p. 91.

¹⁸⁹ KETTL, D. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. Idem, p. 113-4.

A questão continua em aberto.

Na esfera normativa, verifica-se a existência de Projeto de Lei complementar n. 248/98, que disciplina a perda do cargo de servidor por insuficiência de desempenho, a ser apurado anualmente sob os critérios de qualidade de trabalho, produtividade no trabalho, iniciativa, presteza, aproveitamento em programas de capacitação, assiduidade, pontualidade, administração do tempo e uso adequado dos equipamentos de serviço (art. 4º, § 2º).

Contudo, no modelo brasileiro de democracia, não há nenhuma forma de controle dos resultados pelo cidadão a não ser o sufrágio e, como se verá logo a seguir, o modelo idealizado para controlar as concessionárias de serviço público não tem apresentado resultados satisfatórios.

A responsabilização do servidor inoperante, porém, pouco resultado terá, se não houver maior preocupação acerca da responsabilização dos elaboradores das políticas públicas e de suas principais aplicadoras, as concessionárias de serviço público, tão privilegiadas no aspecto descentralizador da reforma.

CAPÍTULO III

DESDOBRAMENTOS DA REFORMA ADMINISTRATIVA

Inobstante a relevância teórica do recém-chegado princípio da eficiência, é, como já foi dito, da aplicação prática dos novos institutos que têm surgido os mais instigantes questionamentos técnicos a respeito da reforma e, por corolário, importantes contribuições para o presente trabalho.

Os temas foram escolhidos arbitrariamente pelo autor, que procurou pautar-se nas linhas principais do Plano Diretor, no maior ou menor avanço de sua colocação em prática, e sua repercussão junto à sociedade.

Sem querer abandonar a linha descritiva a que se propõe este trabalho, cabe observar, porém, que salta aos olhos a grande distância que separa a teoria da prática.

Tal problema talvez ocorra em função das fortes raízes que a cultura patrimonialista ainda possui no país, possivelmente maiores do que pretendem crer os idealizadores da reforma.¹⁹⁰ Outro motivo que se evidencia ainda é o difícil controle e responsabilização dos gestores públicos, assunto que continuará sendo objeto de estudo ao longo do texto.

Seguindo a subdivisão estabelecida no Plano Diretor, primeiramente serão vistas as modificações introduzidas pela nova política de pessoal, aplicáveis especialmente aos servidores do núcleo estratégico e das atividades exclusivas e objeto de considerável polêmica. A partir daí, focar-se-ão dois outros programas que estão sendo implementados: o de desestatização, dirigido para o setor de produção de bens; e o de publicização, dirigido para os serviços não exclusivos.

¹⁹⁰ Sobre este tema, ver o texto de FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Ética Administrativa num país em desenvolvimento. http://www.infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/direito_administrativo/doutrina/html; 09/12/1999.

3.1 - A Nova Política de Pessoal

Já no início do item 2.2 foi apontada a importância do engajamento popular e do apoio dos servidores públicos à concretização bem sucedida da reforma administrativa. Diretamente ligada a obtenção desse apoio está a chamada ‘nova política de recursos humanos’, que tem como objetivo fortalecer o núcleo estratégico do Estado, *colocando-o no controle das políticas públicas, exercendo funções regulatórias onde o mercado não o faz, respondendo com agilidade às demandas sociais, buscando uma comunicação direta com sociedades cada vez mais complexas.*¹⁹¹

Para isso, aponta como diretrizes básicas a reestruturação das carreiras, com a possibilidade de ascensão através de uma política de concursos periódicos e programas de capacitação permanentes, a transferência das atividades que podem ser controladas pelo mercado e a execução dos serviços que não envolvem o poder do Estado (não exclusivos) para os setores privado e público não-estatal, respectivamente.

Com sua aplicação, pretende a administração melhorar as condições de trabalho dos servidores, renovando seus quadros e assegurando o seu desenvolvimento profissional, garantindo-lhes o respeito da sociedade e a certeza de que seu trabalho é necessário.¹⁹²

Os principais problemas da atual estrutura dos servidores públicos são apresentados pelo Plano Diretor:

A inexistência tanto de uma política de remuneração adequada (dada a restrição fiscal do Estado) como de uma estrutura de cargos e salários compatível com as funções exercidas, e a rigidez excessiva do processo de contratação e demissão do servidor (agravada a partir da criação do Regime Jurídico Único), tidas como as características marcantes do mercado de trabalho do setor público, terminam por inibir o desenvolvimento de uma administração pública moderna, com ênfase nos aspectos gerenciais e na busca de resultados.

Para solucionar tal problema, o Plano prevê a aplicação de uma motivação positiva - relacionada ao sentido de missão do servidor, aliada à profissionalização, por intermédio de concursos, promoções na carreira e maior remuneração - e a aplicação de

¹⁹¹ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. ‘A Nova Política de Recursos Humanos’, *Caderno Mare 11*, p. 7.

¹⁹² BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. ‘A Reforma do Aparelho do Estado e as Mudanças Constitucionais’, *Caderno Mare 6*, p. 11.

uma motivação negativa - correspondente à possibilidade de demissão por insuficiência de desempenho.

Ocorre que, do total de servidores da administração federal, apenas 6%, ou 35.459 integram a alta burocracia¹⁹³, o chamado núcleo estratégico, que é reduzido, como sugere o próprio nome. Esses serão atingidos pela reestruturação das carreiras, ficando excluídos os demais 94%, cujas funções deverão ser transferidas para outros setores.

Não obstante a já apontada insuficiência de servidores públicos, em especial nas áreas de atendimento direto à população, onde, aliás, estão alocados os maiores contingentes de funcionários públicos (65% dos 509.179 servidores ativos do poder executivo federal estão nos ministérios da Educação, 33%; da Saúde, 23%; e da Previdência Social, 9%; todas áreas que não implicam em exercício direto do poder)¹⁹⁴, a proposta de ajuste fiscal passa pela redução dos quadros administrativos nessas áreas, com a transferência das atividades para os setores não-estatais, como fica evidenciado na chamada nova política de pessoal.

BRESSER PEREIRA reconhece expressamente a necessidade de redução do quadro de funcionários para realização do ajuste fiscal:

*O ajuste fiscal será realizado principalmente através da exoneração de funcionários, por excesso de quadros [ou pelo desligamento voluntário 'incentivado']; da definição clara do teto remuneratório dos servidores e da modificação do sistema de aposentadorias, aumentando-se o tempo de serviço exigido e a idade mínima para aposentadoria, exigindo-se tempo mínimo de exercício no serviço público e tornando o valor da aposentadoria proporcional à contribuição.*¹⁹⁵

A proposta da administração é a redução das chamadas carreiras de Estado apenas àquelas ligadas ao exercício do poder estatal:

Os servidores públicos, e portanto integrantes de carreiras de Estado, serão apenas aqueles cujas atividades estão voltadas para as atividades exclusivas de Estado relacionadas com a formulação, controle e avaliação de políticas públicas e com a realização de atividades que pressupõem o poder de Estado. (...) O fortalecimento dos profissionais atuando nas áreas exclusivas de Estado é um requisito para garantir a qualidade e a continuidade

¹⁹³ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 'A Nova Política de Recursos Humanos', Caderno Mare 11, p. 29.

¹⁹⁴ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 'Reforma Gerencial', Revista Reforma Gerencial, n. 3, mai./98, p. 29.

¹⁹⁵ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 257

*da prestação dos serviços e o alcance do interesse público com a descentralização da prestação de atividades do Estado.*¹⁹⁶

Outro problema constatado pelo governo é que as carreiras de Estado não funcionam. Na prática, consideram-se carreiras estruturadas apenas a diplomacia, o magistério e as militares. Todas as demais, incluídos aí procuradores, polícia federal, receita federal, finanças, controle e orçamento, possuem pouca amplitude entre o piso e o teto salarial, não havendo reflexo da ascensão na remuneração.

Na verdade, tal perspectiva está hoje superada, pois a competência técnica independe da idade e, diante das vantagens oferecidas pelo setor privado, os mais jovens não estão dispostos a esperar para atingir o topo da carreira.¹⁹⁷

Assim, de acordo com o Projeto de Lei n. 4.811/98, encaminhado à Câmara dos Deputados, deverá ocorrer uma reestruturação das carreiras da administração federal, que ficarão restritas a cinco áreas (art 1º):

- I) *Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União;*
- II) *Procurador e Advogado dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União;*
- III) *Defensor Público da União;*
- IV) *Policial Federal, Policial Rodoviário Federal e Policial Ferroviário Federal;*
- V) *Carreiras cujos cargos sejam privativos de brasileiro nato (incluída aí a carreira Diplomática).*

A limitação em cinco carreiras típicas é um aspecto sobre o qual grande parte dos autores ainda não se manifestou, muito embora sua concretização esteja em pleno andamento. Uma crítica interessante à forma escolhida pelo governo federal é feita por Marcelo Dias FERREIRA:

Como é sabido que a definição das carreiras Típicas de Estado também explicita a dimensão e o papel a ser desempenhado pelo

¹⁹⁶ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 'A Nova Política de Recursos Humanos', *Caderno Mare 11*, p. 12.

¹⁹⁷ A carreira burocrática propriamente dita dura em média 30 anos, ao fim dos quais o servidor deve estar ganhando cerca de três vezes mais do que ganhava no início. Para chegar ao topo da carreira ele demorará no mínimo 20 anos. Esse tipo de carreira está obviamente superado em uma sociedade tecnologicamente dinâmica, em plena Terceira Revolução Industrial. (BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 254).

*próprio Estado na sociedade, é natural deduzir que um 'mínimo' de carreiras a constituírem o Núcleo Fundamental significa também outorgar uma dimensão 'mínima' ao Estado que preconizamos como indutor das transformações sociais (por) que tanto anseia o conjunto da sociedade. Das funções típicas do Estado decorrem, evidentemente, os objetivos fundamentais e as opções sociais formuladas por este Estado, as quais acabam por se inserir na sua estrutura administrativa.*¹⁹⁸

Como fica, então, a situação dos professores, cientistas, médicos, engenheiros, historiadores, arqueólogos, antropólogos, biólogos, bibliotecários, filósofos e todos aqueles ligados às áreas da educação, saúde, cultura e pesquisa científica? Tais atividades deverão passar aos setores não-estatais, estando todas estas carreiras, que passarão a ser regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º do Projeto n. 4.811/98), em extinção junto ao Estado.

Parece contraditório pretender que o fortalecimento apenas do núcleo estratégico e das atividades exclusivas venha a favorecer a qualidade e a continuidade da prestação dos serviços, pois a grande maioria dos servidores que prestam atendimento direto à população não integram tais setores. Há grande parte dos cidadãos que nunca precisou comparecer ao fórum ou mesmo a uma delegacia de polícia. Todos, porém, salvo aqueles que vivem totalmente afastados da vida em sociedade, já freqüentaram a escola ou precisaram socorrer-se em um hospital.

Diante de todas estas informações, fica perfeitamente justificada a afirmação de BRESSER PEREIRA de que *o maior risco a que se expõe esse tipo de reforma é ser vista como hostil ao funcionalismo público e, assim, não conseguir obter a cooperação do corpo de servidores*¹⁹⁹, problema que, segundo ele, aconteceu na Inglaterra e só foi superado dada a notória força de vontade de se fazer atender da então primeira-ministra Margaret Thatcher.

São relevantes os dados fornecidos por Donald KETTL, relativos às reformas implementadas nos Estados Unidos e no Reino Unido:

O movimento 'Reinventando o governo', do vice-presidente norte-americano Al Gore, estabeleceu como meta a demissão de 252 mil funcionários (número que o Congresso elevou para 272.900), uma redução de cerca de um oitavo do funcionalismo norte-americano. O serviço público no Reino Unido encolheu ainda mais - cerca de

¹⁹⁸ FERREIRA, Marcelo Dias. *Carreiras típicas de Estado: profissionalização no serviço público e formação do núcleo estratégico*. http://www.infojur.cj.ufsc.br/arquivos/direito_administrativo/doutrina/html;09/12/1999, p. 3-4.

¹⁹⁹ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 32.

*30% - ao longo dos 15 anos das reformas Thatcher-Major. Em muitos países que promoveram reformas amplas, verificou-se alto turnover entre o funcionalismo civil.*²⁰⁰

No Brasil, como se vê, a situação não é muito diferente. Resta saber como se dará a sua aplicação, para que não haja maior prejuízo para os cidadãos.

Mais um problema que se verifica na reestruturação da política remuneratória é a deliberada valorização dos cargos em comissão (DAS – Direção e Assessoramento Superior), de livre provimento, que permitiriam não só a remuneração mais adequada, por obedecerem a uma escala crescente de valores, como também passariam a constituir *uma espécie de carreira muito mais flexível e orientada pelo mérito*²⁰¹, já que, conforme os dados do Boletim Estatístico de Pessoal, tais cargos são ocupados, em sua maioria (75,5%), por servidores estatutários ou das empresas públicas federais. Assim, a ocupação de tais cargos ficaria cada vez mais identificada com premiação e motivação.

A realidade, contudo, apresenta-se bem diferente, formando um verdadeiro mercado de cargos em comissão em todas as esferas dos três poderes, enquanto o Congresso Nacional resiste fortemente às tentativas de aprovação de uma legislação que proíba o nepotismo. Mais que contribuir para os salários dos servidores mais qualificados, os DAS acabam contribuindo para engordar os contracheques dos apadrinhados políticos.

Nas esferas inferiores da administração, muitas vezes, a maioria dos cargos é ocupada por pessoas alheias aos quadros de carreira. O professor Carlos Coelho MOTTA alerta que não foi aprovada até agora a legislação que fixaria os percentuais mínimos de cargos a serem ocupados por servidores concursados prevista na nova redação do inciso V do art. 37 da Constituição, o que acarreta um *excessivo número de cargos em comissão de direção superior, de recrutamento amplo, frustrando o verdadeiro sentido da carreira e da profissionalização.*²⁰²

Também no tocante à política salarial, a prática tem-se apresentado bastante distante da teoria.

Por um lado, há o reconhecimento oficial no Plano Diretor de que a remuneração dos servidores públicos, em especial nos cargos mais qualificados,

²⁰⁰ KETTL, D. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 103.

²⁰¹ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 255.

²⁰² MOTTA, C. P. C. *op. cit.*, p. 12.

equivalentes a 35% do total de cargos, é inferior àquela paga pela iniciativa privada, gerando conseqüências negativas na elaboração e execução das políticas públicas:

Os resultados mostram que enquanto os executivos e profissionais de nível superior recebem salários mais elevados no setor privado, os menos qualificados (como os que trabalham em atividades auxiliares da administração, CPD, estoques, manutenção, instalação, vigilância, portaria, limpeza e copa, entre outros) têm remuneração substancialmente maior no setor público. A principal conseqüência desta situação é a dificuldade em recrutar pessoas mais qualificadas na administração pública, importantes para a renovação, criação e disseminação de métodos que contribuam para a modernização gerencial do Estado.

Por outro lado, a solução apresentada para os baixos salários dos servidores é a revisão da política remuneratória das carreiras de nível superior, com aumento do salário inicial das carreiras, de modo a atrair pessoal qualificado.

Ocorre que, no ponto de vista do governo federal, só integram as carreiras de nível superior aquelas incluídas no Projeto de Lei n. 4.811/98. As restantes, a grande maioria, como já se viu, não recebem qualquer reajuste já há mais de cinco anos, estando com seus vencimentos defasados em cerca de 60%.²⁰³

Assim, aquelas carreiras consideradas típicas do Estado, têm recebido reajustes periódicos, confirmando o posicionamento do Executivo em promover um tratamento diferenciado às demais. Conforme as últimas Medidas Provisórias publicadas pelo governo federal, a partir de 1º de janeiro de 2001 será concedido aumento a cerca de 35 mil servidores dos 320 mil abrangidos pelo Plano de Classificação de Cargos, muitos dos quais em estado de greve.²⁰⁴

Verificam-se, com isso, distorções tamanhas que podem ser encontrados, na rede pública, professores universitários com doutorado recebendo menos que professoras primárias (1ª a 4ª série) com a mesma carga horária em certas escolas particulares.²⁰⁵

Esse problema remete diretamente a outro ponto indicado como inovador na reforma administrativa, a fixação do teto máximo do funcionalismo, que seria um divisor de águas moralizador, prometendo acabar com as enormes distorções existentes nas folhas de pagamento da administração. Criou a Emenda 19, no § 4º do art. 39 da Constituição, a

²⁰³ CASTANHÊDE Eliane, e FREITAS, Silvana de. Servidor já ameaça greve por aumento. Folha de São Paulo, São Paulo, 29/02/2000, Caderno 1, p. 1-6.

²⁰⁴ NASCIMENTO, Solano. Governo acelera distribuição de recursos. Folha de São Paulo, São Paulo, 01/07/2000, Caderno 1, p. 1-10.

²⁰⁵ DIMENSTEIN, Gilberto. Professor-Doutor Tia. Folha de São Paulo, São Paulo, 07/05/2000, Caderno 3, p. 3-6.

figura do subsídio único ao qual estariam sujeitos os membros de Poder, detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, integrantes do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União, Procuradores dos Estados e Distrito Federal, Defensores Públicos, Ministros do Tribunal de Contas da União, Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal.²⁰⁶

Contudo, como deixou de existir um período determinado para a fixação remuneratória, que passou a ser através de lei específica, desde a promulgação da Emenda 19, em junho/98, embora as diversas iniciativas tomadas, até hoje não foi aprovada a lei fixando o teto do funcionalismo, culminando com a crise aberta pela concessão de auxílio moradia aos juízes ao ameaçarem entrar em greve em função da relatada defasagem salarial.²⁰⁷

O grande problema para a edição da referida lei para a fixação do teto salarial do funcionalismo público, é a necessidade da participação dos representantes dos três Poderes.

Este foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em resposta à consulta formulada pelos Presidentes da Câmara dos Deputados, Deputado Michel Temer, e do Senado Federal, Senador Antônio Carlos Magalhães, quando decidiu por 7 votos a 4, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio Mello e Ilmar Galvão, na sessão administrativa realizada em 24.06.98, que:

Não são auto-aplicáveis as normas do art. 37, XI e 39, § 4º, da Constituição, na redação que lhes deram os arts. 3º e 5º, respectivamente, da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, porque a fixação do subsídio mensal, em espécie, de Ministro do Supremo Tribunal Federal – que servirá de teto – nos termos do art. 48, XV, da Constituição, na redação do art. 7º da referida Emenda Constitucional n. 19, depende de lei formal, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, enquanto grande parte dos servidores amarga uma defasagem de mais de cinco anos sem qualquer reajuste, outra parcela tem recebido aumentos reais, e os representantes políticos (Executivo, Legislativo e Judiciário), que já dispõem de remunerações em média bem superiores às demais, se vêem na possibilidade de uma

²⁰⁶ MILESKI, Helio Saul. 'Efeitos da reforma administrativa sobre a remuneração dos agentes públicos'. *Revista Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, 1 semestre de 1998, ano 2, n. 4, p. 18-37.

²⁰⁷ Também na Folha de São Paulo de 29/02/2000, (CASTANHÊDE E. e FREITAS, S. *op. cit.*, p. 6.) a cronologia das inúmeras tentativas de fixação do teto do funcionalismo

alteração favorável em seus vencimentos tão logo seja aprovado o teto salarial que foi apresentado justamente como solução para todos os problemas que acabou por criar.

Diante desse quadro conturbado, que afeta diretamente a qualidade dos serviços públicos prestados à população, é a posição oficial, nas palavras do Presidente Fernando Henrique Cardoso:

*A melhoria das condições de trabalho do funcionalismo crescerá com a estabilização da economia, não com a demagogia daqueles que sonham com a volta da indexação salarial, que só realimenta a inflação e penaliza os mais pobres. Viver numa economia estabilizada requer uma outra mentalidade, na qual obviamente os aumentos têm que estar condicionados à disponibilidade efetiva do orçamento e ao aumento da produtividade.*²⁰⁸

Novamente, a questão é de ajuste fiscal.

Contudo, como já ficou demonstrado quando do estudo do princípio da eficiência, o déficit de servidores já se faz sentir, visto que a admissão não vem acompanhando o crescimento da população, revelando a impossibilidade de se reduzir a níveis mínimos a despesa pública na área de pessoal, por ser justamente a maior parcela dos servidores aquela que está em atividade-fim, ou seja, em contato direto com a população (médicos, professores, policiais, agentes previdenciários, etc.).

É necessário, contudo, que justiça seja feita aos servidores públicos que vêm sendo extremamente sacrificados nos últimos anos.

Deixando transparecer uma ponta de ironia, a versão oficial do ministro BRESSER PEREIRA credita à burocracia brasileira grande parte dos avanços alcançados pelo país nas últimas décadas:

*A implantação da indústria de base nos anos 40 e 50, o ajuste nos anos 60, o desenvolvimento da infra-estrutura e a instalação da indústria de bens de capital nos anos 70, de novo o ajuste e a reforma financeira nos anos 80 e a liberalização comercial nos anos 90 não teriam sido possíveis não fossem a competência e o espírito público da burocracia brasileira.*²⁰⁹

²⁰⁸ CARDOSO, Fernando Henrique. 'Reforma do Estado', In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 18.

²⁰⁹ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 249.

3.1.1 - A limitação das despesas com o funcionalismo público

A idéia de se imporem limites legais às despesas efetuadas pela administração pública com o seu pessoal não é nova. Desde sua promulgação, o *caput* do art. 169 da Constituição Federal de 1988 já previa a edição de lei complementar para impedir o excesso de despesas com o pessoal inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o que prometia acabar com os gastos descontrolados que caracterizam há muito a administração pública brasileira.

Durante muito tempo, contudo, a previsão constitucional permaneceu inaplicável pela inexistência de norma regulamentadora. Finalmente, após longo debate, foi publicada, em 27 de março de 1995 a Lei Complementar n. 82, também denominada Lei Rita Camata em referência à deputada autora do anteprojeto.

A Lei Camata estabeleceu o limite de 60% da receita corrente líquida para as despesas totais com o pessoal ativo e inativo da administração direta e indireta, inclusive fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Mediante a obrigação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em publicar até trinta dias após o encerramento de cada mês demonstrativo da execução orçamentária, quando se procederia a fiscalização; vedadas quaisquer revisões, reajustes e adequações de remuneração no caso de descumprimento dos limites fixados .

Dentre as muitas ressalvas que se pôs à Lei Complementar n. 82, enumera-se a impossibilidade de uma norma federal estabelecer limites para as despesas dos Estados e Municípios, que acarretaria sua inconstitucionalidade por ofender o sistema federativo, objeção que acabou sendo derrubada por se tratar de norma de caráter 'nacional', com suporte na própria Constituição, e destinada a preservar a transparência e a moralidade pública.²¹⁰

O principal problema para a aplicação da Lei Camata, contudo, surgiu ao ser colocada na prática, e foi apontado pelo próprio governo. Segundo Sandra Helena Caresia Gustavo Rodrigues, Coordenadora Geral de Estudos e Informações Gerenciais do MARE: *a Lei Camata estabelece limites para a despesa de pessoal em relação à receita corrente líquida, que é a receita tributária somada às transferências correntes, diminuídas as*

²¹⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Responsabilidade fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 121.

*transferências constitucionais e legais, as contribuições do PIS/PASEP e os benefícios previdenciários. Por tudo isso, não dá para se falar em corte direto de pessoal.*²¹¹

Em razão disso, para disciplinar o conceito de receita corrente líquida, foi elaborado novo projeto de Lei Complementar, que recebeu o n. 249/98, e resultou na Lei Complementar n. 96, de 31 de maio de 1999, acabando por revogar a Lei Camata. A Lei Complementar n. 96 reduziu o limite de gastos da União para 50% da receita corrente líquida, mantendo os patamares anteriores para os Estados e Municípios.

Assim, o art. 2º da Lei Complementar n. 96 traz o conceito de receita corrente líquida aplicável à União, aos Estados e aos Municípios. Inovou ainda ao prever, para o caso de descumprimento dos limites, além da suspensão dos repasses de verbas federais ou estaduais, as seguintes vedações:

- de aumentos e reajustes salariais;
- da criação de cargos, empregos e funções;
- de novas admissões ou contratação de pessoal a qualquer título;
- da concessão de quaisquer benefícios não previstos constitucionalmente aos servidores;
- da concessão de garantia da União;
- da contratação de operação de crédito junto às instituições financeiras federais.

Foi fixado o prazo de doze meses para a redução de no mínimo dois terços do excesso, e o restante nos doze meses subseqüentes.

A inovação de maior impacto foi, porém, sem dúvida, a previsão, pelo art. 6º da Lei Complementar n. 96, de novas medidas para a adequação aos limites impostos:

- I) redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- II) exoneração dos servidores não estáveis;
- III) exoneração de servidores estáveis.

²¹¹ BRASIL. *Revista Reforma Gerencial*, n. 3, maio/1998, p. 29.

A previsão da exoneração de servidores estáveis, já incluída no § 4º do art. 169 da Constituição Federal pela Emenda n. 19/98, tem gerado amplo debate no meio jurídico nacional, principalmente após ter sido a Lei Complementar n. 96 regulamentada pela Lei n. 9.081, de 16 de junho de 1999, que dispôs sobre as normas gerais para a perda de cargo público por excesso de despesa²¹².

Veja-se que, vencido desde 31 de maio de 2000 o prazo para a redução dos primeiros dois terços, e regulamentada a sua aplicação desde a edição da Lei n. 9.081, ao menos na teoria nada há a obstar a exoneração de servidores estáveis, se levadas em conta as disposições constantes no ordenamento jurídico em vigor.

Outro importante detalhe é que, a integrar o Programa de Estabilidade Fiscal, foi publicada, em 05.05.2000, a Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000, a Lei da Responsabilidade Fiscal. Tal diploma revogou os anteriores, dando força ao amplo programa de ajuste fiscal promovido pelo governo federal, aumentando ainda mais a pressão sobre os governantes para a observância dos limites dos gastos públicos. Nas palavras de Flávio Régis Xavier de Moura e CASTRO, este regulamento tem objetivo claro:

*Foi elaborado para atender às exigências do FMI, do Banco Mundial, bem como dos países integrantes do G7. Tanto isso é verdade que o próprio Deputado Pedro Novais, Relator do Projeto na Câmara Federal, asseverou que o PEF, anunciado em final de 1998 e apoiado pelo Fundo Monetário Internacional, contempla medidas de curto prazo e de natureza estrutural, entre as quais se inclui a Lei de Responsabilidade Fiscal.*²¹³

A Lei da Responsabilidade Fiscal dispõe normas sobre o exercício financeiro, estabelece prazos, forma de organização, elaboração, apresentação e justificativa dos instrumentos do processo de planejamento da receita e da despesa pública. Mais do que isso, decreta a nulidade os atos que não atendam às suas disposições (art. 21), fixando prazos para a eliminação dos excessos de despesas e reiterando as vedações e penalidades para o caso de desrespeito com as despesas excessivas com pessoal.

Acrescenta a possibilidade de responsabilização criminal do administrador que descumprir os limites ali fixados, já que a despesa acima da previsão legal passa a

²¹² Deverá ser precedida a exoneração de ato normativo que especifique a economia de recursos e o número correspondente de servidores a serem desligados; os critérios objetivos para sua escolha, levando em conta o menor tempo de serviço público, a maior remuneração e a menor idade; e os prazos para o pagamento das indenizações, vedada a criação de cargo com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

²¹³ CASTRO, Flávio Xavier de Moura e. *in* MOTTA, C. P. C. Responsabilidade fiscal, p. 8.

constituir ato de improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei 8.429/92. Não é o objetivo do estudo aprofundar a análise de tal responsabilização, já que afeita à matéria do Direito Penal.²¹⁴ Pretende-se apenas ressaltar aqui constituir-se tal artigo em mais um meio a pressionar os administradores à adequação das suas despesas.

É inquestionável a necessidade de se impor limites ao gestor da receita pública. Como afirmam os comentaristas do novel diploma, *dúvida não há que o endividamento público, os gastos com pessoal, a administração financeira e patrimonial e o aumento dos gastos com a seguridade e demais ações de duração continuada informam a estrutura da gestão responsável, merecendo particularizações da LRF.*²¹⁵

São mais do que louváveis os argumentos da administração em defesa de uma gestão fiscal responsável. Muito embora a arrecadação bata novos recordes a cada exercício, é consenso que não há como se impor uma carga tributária ainda maior aos cidadãos.

Contudo, mais que responsabilidade e transparência, as iniciativas em função do ajuste fiscal têm causado grande polêmica, na medida em que regulam a política remuneratória dos servidores e acenam com a possibilidade de demissão de servidores estáveis, além é claro dos cortes na área social já mencionados no item anterior.

A terceirização, por exemplo, é uma das principais medidas para redução das despesas que tem sido praticada em todo o país:

*Em paralelo com a extinção de cargos de natureza operacional, está sendo ampliada a terceirização de serviços que possam ser facilmente providos por prestadores especializados, no setor privado. (...) Além de permitir a terceirização de um conjunto de atividades que anteriormente eram atribuição de cargos permanentes da administração pública, a nova regulamentação corrige distorções que descaracterizavam o instituto da execução indireta, especialmente a prática da utilização dos contratos de prestação de serviços para suprir necessidades de pessoal que deveriam ser providas com a admissão ou o remanejamento de servidores públicos.*²¹⁶

Mesmo sendo graduais, os cortes orçamentários são cada vez mais amplos, possibilitando um avanço geral das medidas de austeridade fiscal, como relata Antônio de Pádua Casella, Secretário-Adjunto de Recursos Humanos do MARE: *A legislação prevê o*

²¹⁴ MOTTA, C. P. C. Idem. p. 239-72.

²¹⁵ MOTTA, C. P. C. et al. *Reforma administrativa*. op. cit., p. 26.

²¹⁶ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 'Os avanços da reforma na Administração Pública', *Caderno Mare* 15, 1999, p. 77.

*período de redução, mas não é simples fazer isso: o processo envolve o levantamento de pessoas a serem demitidas, um levantamento de toda a estrutura regimental, dos cargos de confiança, etc.*²¹⁷

Ademais, a aplicação dos cortes exige alteração da legislação relativa aos servidores, sendo esta a estratégia de ação escolhida para aplicação da reforma administrativa no Brasil.

Importante observar, portanto, que as restrições fiscais são apenas um dos aspectos do ajuste fiscal²¹⁸, e que sua instauração não teria sido possível não fossem as mudanças promovidas pela Emenda Constitucional n. 19/98, em especial a abolição do regime jurídico único, assunto que se passa a estudar a seguir, para, então, logo após, tratar do intenso debate jurídico que se tem travado acerca do direito adquirido pelo servidor à estabilidade defrontado com a nova legislação prevendo a sua dispensa por excesso de despesas.

3.1.2 - Regime Jurídico e Estabilidade dos Servidores

Uma grande inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 foi a inserção da categoria dos servidores públicos em seu art. 173, § 1º, limitando a exploração de atividade econômica e a contratação de servidores sob regime de emprego (CLT) apenas para os casos previstos em seu *caput*: segurança nacional e relevante interesse coletivo.

A Constituição também criou o chamado *regime jurídico único*, aumentando a abrangência das disposições do Estatuto para todas as esferas do serviço público com a redação original do *caput* do seu art. 39: *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único*

²¹⁷ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 'Reforma Gerencial', *op. cit.*, p. 29.

²¹⁸ A responsabilidade fiscal é, na verdade, apenas um aspecto da 'responsividade' global e objetiva da Administração para com o público usuário. Responsividade, em tradução canhestra de *accountability*, significaria a capacidade do poder público de 'fornecer respostas' às demandas do cidadão, em um nível amplo, que incluiria não só a responsabilidade patrimonial do Estado por ato administrativo, como a salvaguarda do cidadão contra os riscos da concentração do poder burocrático, acentuando o caráter de obrigação que, se não é percebido subjetivamente pelo detentor da função pública, deverá ser exigido pela possibilidade de atribuição de prêmios ou castigos àquele que se reconhece como responsável. (MOTTA, C. P. C. et. al. *Reforma administrativa*. *op. cit.*, p. 43).

e planos e carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Estabeleceu ainda a Carta Magna, conforme o seu art. 37, II, exigência expressa de concurso público, tanto para os servidores empregados, admitidos mediante contrato privado regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como para os chamados servidores estatutários. Tal exigência, como já se disse aqui, foi consequência da livre nomeação e exoneração dos empregados públicos característica do fisiologismo patrimonialista que vigorou durante muitos anos no país, em especial no período anterior à convocação da Assembléia Nacional Constituinte.

Acontece que o regime jurídico dos servidores públicos brasileiros²¹⁹ expresso no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8.112/90, com suas respectivas alterações), possui regras bem distintas das que vigoram para os empregados do setor privado, observando-se que aquelas abrangem desde a irredutibilidade de vencimentos até a estabilidade decorrente da nomeação por concurso, passando pelos direitos relativos à aposentadoria, pensão por morte, disponibilidade, dentre tantos outros²²⁰.

Em função da equiparação feita pela Constituição, foi estendido à todas as categorias de servidores o conjunto das garantias constantes do chamado Regime Jurídico Único, então restritas a um universo bem menor de funcionários públicos, restando firmado o posicionamento pela existência de estabilidade contra despedida arbitrária de todos os servidores, independentemente de serem estatutários ou celetistas.²²¹

O Poder Judiciário endossou a disposição constitucional, estendendo a proteção contra a despedida imotivada inclusive para os servidores não estatutários, como consequência direta da submissão ao concurso público.

Este é o entendimento esposado ainda hoje pelo Supremo Tribunal Federal, que assim deixou assente em julgado tomado como referência em todo o país:

²¹⁹ Segundo MEDAUAR: *Em matéria de servidores, regime jurídico significa o conjunto de normas referentes aos seus deveres, direitos e demais aspectos da vida funcional. Ao se mencionar regime jurídico dos servidores, cogita-se o modo como o ordenamento disciplina seus vínculos com o poder público, quanto a direitos, deveres e a vários aspectos da sua vida funcional.* (MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*, p. 301).

²²⁰ Ver as características dos servidores integrantes da administração burocrática no Capítulo I, item 1.3

²²¹ Diz BRESSER PEREIRA, sobre a estabilidade dos servidores da administração indireta: *Um segundo privilégio foi ter permitido que, de um golpe, mais de 400 mil funcionários celetistas de fundações e autarquias se transformassem em funcionários estatutários, detentores de estabilidade e aposentadoria integral.* (BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, n. 3, p. 247).

*Preceitua o art. 41 da Carta Federal que são estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público, somente sendo possível a perda do cargo após sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhes seja assegurada a ampla defesa, vale frisar que não cabe distinguir onde a norma exsurge linear, guarda-se das entidades de direito público postura exemplar e isso não se verificou na hipótese dos autos.*²²²

Maior alcance à estabilidade foi dado pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

Ou seja, obtiveram a estabilidade até mesmo os servidores que tivessem sido contratados na vigência da ordem constitucional anterior, independentemente da contratação mediante concurso público, desde que estivessem prestando serviços há, pelo menos, cinco anos, situação que tem sido muito questionada desde então.

Como sintetiza Cláudia Fernanda de OLIVEIRA PEREIRA: *realmente a instituição do regime jurídico, na Constituição Federal de 1988, acabou por provocar distorções, quando colocou sob o regime estatutário todas as atividades desenvolvidas por quaisquer categorias de servidores públicos, bem assim quando admitiu que servidores celetistas integrassem o Regime Jurídico Único, com qualquer tempo de serviço.*²²³

O instituto da estabilidade funcional é decorrente da profissionalização do funcionário público, como foi abordado no estudo da administração burocrática. Seu objetivo é proteger os funcionários das despedidas arbitrárias que caracterizam as

²²² STF, AI n. 193.706-1/SC, Relator Ministro Marco Aurélio Mello In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma administrativa. op. cit.*, p. 42). No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Cível em mandado de segurança n. 5.350, de Lages, Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu: ADMINISTRATIVO. Servidor público municipal concursado. Regime celetista. Demissão sumária do cargo. Estabilidade e estágio probatório. O servidor público, investido em cargo ou emprego público, através de concurso, independentemente do regime de trabalho, se estatutário ou celetista, adquire a estabilidade após dois anos de efetivo exercício, na conformidade dos arts. 39, par. 2º e 41 da Constituição Federal. Assim, mesmo percebendo os vencimentos pela forma regradada na Consolidação das Leis do Trabalho, o servidor regularmente nomeado em concurso público tem as mesmas garantias do regime estatutário. “É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso” (STF, Súmula n. 20). “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade” (STF, Súmula 21).

²²³ PEREIRA, C. F. O. *op. cit.*, p. 243. Também BULOS, U. L. *op. cit.*, p. 10: Utópico e mal implementado, o regime jurídico único alimentava o ideal de tratar-se, isonomicamente, todos os servidores públicos no âmbito de cada ente, em nome de uma ‘unidade administrativa’ para todas as pessoas jurídicas de Direito Público.

mudanças nos governos. Como afirma Celso Antônio Bandeira de MELLO, *sem estabilidade os servidores seriam joguetes nas mãos dos detentores eventuais do poder.*²²⁴

O próprio BRESSER PEREIRA lembra que, no Brasil, durante o Império, havia a prática da 'derrubada' - com a substituição de todos os funcionários que trabalharam para a gestão anterior, derrotada - dos comuns aos mais graduados²²⁵, afirmando que, com a superação das práticas patrimonialistas características dos regimes pré-capitalistas, tal instituto, que teve seu uso deturpado no Brasil²²⁶, perderia a razão de ser, ao menos na amplitude existente atualmente.

Deixa de lembrar, entretanto, o Sr. Ministro que esta prática não é tão remota assim. Muito pelo contrário, é corrente, não só nas pequenas prefeituras dos municípios do interior do país como também em todas as Assembléias Legislativas e, em especial, na Capital Federal, como freqüentemente denunciam os meios de comunicação. Está intimamente ligada à livre nomeação de cargos comissionados, verificada nos três poderes da república, indicações essas que, infelizmente, não fazem parte do passado.²²⁷

Acompanhando a já mencionada tendência mundial de aproximação do setor público ao privado, o governo, logo no início dos trabalhos da reforma administrativa, adotou uma postura bastante crítica às disposições feitas em 1988, postura essa que assumiu a tônica de seu discurso:

*Tratar de igual forma faxineiros e professores, agentes de limpeza e médicos, agentes de portaria e administradores da cultura, policiais e assistentes sociais; através de uma estabilidade rígida, ignorar que esse instituto fora criado para defender o Estado, não seus funcionários; através de um sistema de concursos públicos ainda mais rígido, inviabilizar que uma parte das novas vagas fossem abertas a funcionários já existentes; através da extensão a toda administração pública das novas regras, eliminar toda autonomia das autarquias e fundações públicas.*²²⁸

²²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. A Estabilidade dos Servidores Públicos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 16/01/1994, caderno 4, p. 4-2.

²²⁵ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 252.

²²⁶ Citando Luiz Nassif, BRESSER PEREIRA afirma serem estes problemas uma herança colonial portuguesa: o sonho da segurança absoluta, aqui manifestado nos sonhos do emprego público e da aposentadoria precoce (BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *Idem*. *Ibidem*).

²²⁷ Neste sentido, Carlos Coelho Pinto MOTTA: Os muitos detratores do instituto da estabilidade funcional desconsideram os aspectos culturais, políticos e históricos do País, que têm propiciado a descontinuidade administrativa e o hábito de, a cada governo, alterar-se a composição dos cargos em comissão e dispensarem-se os 'inimigos políticos'. Portanto a concessão da estabilidade destina-se a promover a segurança funcional do servidor, solidificando o vínculo com a organização pública e não com determinado governo. (MOTTA, C. P. C. *Reforma Administrativa*, p. 19-0).

²²⁸ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 247.

A principal medida tomada pelo governo foi a supressão da previsão do regime jurídico único para os servidores públicos, com a nova redação do art. 39 da Constituição Federal: *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.*²²⁹

O fim do regime único, contudo, não representa a adoção de regimes diversos, a livre critério da administração. Este tem sido o posicionamento doutrinário sobre o assunto:

*(...) a administração deve eleger o regime de contratação, senão único, mas uniforme. Com efeito, não está autorizada, em nome do princípio da igualdade, por exemplo, para uma mesma carreira, a contar com servidor público estatutário e outro empregado celetista, lado a lado, desempenhando as mesmas funções, sob regimes diversos. Terá, então, que optar pelo regime, e essa opção deve atender ao fim do ato, que deve ser sempre o interesse público.*²³⁰

Em razão disso, foi aprovada a Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, prevendo a possibilidade da aplicação do regime da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT para qualquer carreira do serviço público.

O servidor contratado em regime celetista fica submetido ao regime de previdência aplicado ao setor particular pelo INSS²³¹ e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Em razão da contratação mediante concurso público, persiste a vedação contra a despedida arbitrária, prevista no art. 3º da Lei 9.962/00 as seguintes hipóteses de rescisão por ato unilateral da administração: por falta grave, na forma do art. 482 da CLT²³²; por acumulação ilegal de cargos; por excesso de despesa nos termos do art. 169 da

²²⁹ A redação anterior à Emenda n. 19 era: Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

²³⁰ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Regime jurídico e reforma*. http://www.infojur.cj.ufsc.br/arquivos/direito/administrativo/doutrina/reforma_administrativa2.html; 09/12/1999.

²³¹ São as aposentadorias integrais asseguradas pelo Estatuto aos servidores públicos um dos pontos mais criticados pelo governo. Afirma BRESSER PEREIRA: **O mais grave dos privilégios foi o estabelecimento de um sistema de aposentadoria integral, sem nenhuma relação com o tempo de serviço prestado diretamente ao Estado. Esse fato, somado à instituição de aposentadorias especiais, que permitiram aos servidores aposentarem-se muito cedo, por volta dos 50 anos, e, no caso dos professores universitários, de acumular aposentadorias, elevou violentamente o custo do sistema previdenciário estatal, representando um pesado ônus fiscal para a sociedade.** (BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 247).

²³² a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à instituição para a qual trabalha o

Constituição; e por insuficiência de desempenho. Evidentemente, continuam assegurados o direito ao processo administrativo e o respeito à ampla defesa e ao contraditório (arts. 5º, LV, e 41, II, da Constituição Federal).

Inúmeras são as manifestações em resistência à iniciativa do governo federal de quebrar a estabilidade dos servidores. Um argumento frequentemente utilizado é que *o governo já tem meios para expulsar os maus funcionários; basta aplicar a lei. Suprimir a garantia deixará o servidor público à mercê dos humores governamentais, cíclicos em função dos períodos eleitorais e de interesses amiúde inconfessáveis. O lesado será o usuário desses serviços: o cidadão.*²³³

A resistência é cada vez menor junto à sociedade, engajada no movimento de reforma, como visto no item 2.2. Acrescente-se uma intensa campanha em prol do ajuste fiscal promovida pelo governo junto aos meios de comunicação onde a principal justificativa apresentada para a quebra da estabilidade é que deve ser adotada conjuntamente com a adoção de medidas que impeçam a demissão por simples motivos políticos.

Com relação ao assunto, é preciso registrar que, além das normas gerais para a perda de cargo público por excesso de despesa, dispostas pela Lei n. 9.081, de 16 de junho de 1999, a Emenda Constitucional n. 19 determinou que o cargo objeto de despedida será extinto e proibiu a criação de novo cargo com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos (art. 169, § 6º da CF).

Há ainda a possibilidade da demissão do servidor por ineficiência, constante no já mencionado Projeto de Lei Complementar n. 248/98, que prevê a avaliação anual dos servidores sob os critérios de qualidade de trabalho, produtividade no trabalho, iniciativa, presteza, aproveitamento em programas de capacitação, assiduidade, pontualidade, administração do tempo e uso adequado dos equipamentos de serviço (art. 4º, § 2º).

empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da instituição; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar; m) prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

²³³ SARAIVA, Wellington Cabral. A estabilidade dos servidores. Folha de São Paulo, São Paulo, 21/06/1997, caderno 3, p. 3-2.

Embora se constate a aprovação de praticamente todos os projetos encaminhados ao Legislativo, um outro problema enfrentado para aplicação prática da reforma administrativa é de natureza judicial.

Mário de Andrade MACIEIRA, em artigo da época da votação do Projeto de Emenda Constitucional nº 173, adverte quanto à existência de inconstitucionalidade formal no trecho que prevê a extinção do Regime Jurídico Único para os servidores públicos civis:

*Vê-se que, por um atalho inconstitucional, o relator incluiu modificação ao caput do art. 39 da Constituição Federal, mantendo a extinção do RJU, que havia sido rejeitada na votação do destaque ao Projeto de Emenda Constitucional. Tal redação do caput do art. 39, só teve aprovação de 267 deputados, muito menos que os 308 votos necessários para atingir o quorum qualificado de 3/5 dos votos das duas Casas do Congresso Nacional.*²³⁴

Em função da inconstitucionalidade formal, o bloco oposicionista ingressou com o Mandado de Segurança n. 22.986-6 junto ao Supremo Tribunal Federal. Distribuído ao relator Ministro Otávio Galotti, a liminar restou indeferida por *insuficiência de relevância jurídica do pedido*. Considerou o Sr. Relator em seu despacho que o controle preventivo de constitucionalidade é excepcionalíssimo no direito público brasileiro, relegando a análise para o julgamento final.

Desta forma, na prática, o texto do art. 39 da Constituição com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19 ainda está *sub judice* junto ao Supremo Tribunal Federal:

*Se concedida, a final, a segurança pleiteada, serão anulados todos os atos praticados após o encerramento da votação da matéria em primeiro turno (09.07.97) em plenário, em especial a inclusão da PEC n. 173 na ordem do dia, para votação em segundo turno, bem como os demais atos subsequentes, preservando-se a decisão do plenário em primeiro turno de votação.*²³⁵

Pendente a manifestação da Corte Constitucional, é compreensível que tenham sido resguardadas as medidas práticas para exoneração de servidores por excesso de despesas, pois muito embora previstas no ordenamento jurídico, estão passíveis de revisão perante o judiciário. Por outro lado, uma manifestação favorável, oriunda da mais

²³⁴ MACIEIRA, Mário de Andrade. *As inconstitucionalidades formais da reforma administrativa*. <http://www.teiajuridica.com/pecl73.htm>; 20/12/1998, p. 6.

²³⁵ PEREIRA, C. F. O. *Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor*, p. 135.

alta instância para apreciação da matéria, outorgaria uma força muito maior, por reconhecida a constitucionalidade da extinção do regime jurídico único.

A polêmica maior, contudo, está vinculada a terem ou não, os funcionários admitidos antes da promulgação da Emenda Constitucional 19, o direito adquirido ao regime jurídico e à estabilidade no serviço público.

3.1.3 - A Questão do Direito Adquirido

Muito embora a Constituição Federal assegure o respeito ao direito adquirido no inciso XXXVI do artigo 5º, não traz em momento algum o seu conceito. Em razão disso, na literatura jurídica encontram-se diversas conceituações doutrinárias a respeito do instituto do direito adquirido:

*Diz-se direito adquirido aquele que já se integrou ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem norma, nem fato posterior possam alterar situação jurídica já consolidada sob sua égide.*²³⁶

*Direitos adquiridos, em geral, são aqueles direitos insuscetíveis de ser atingidos por lei nova, ou norma nova, baseando-se no princípio da irretroatividade das normas, ou, como quer Pontes de Miranda, irretroeficácia das normas.*²³⁷

Conveniente mencionar que a Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei n. 4.657/42, importante fonte de interpretação das normas jurídicas no Brasil, traz expressamente em seu texto:

Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...) § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Segundo José Afonso da Silva, seriam dois os elementos caracterizadores desta garantia da intocabilidade do direito, superando a dúvida conceitual:

²³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Cláusulas pétreas e direito adquirido. *Revista Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, 1º semestre de 1999, ano 3, n. 6, p. 221.

²³⁷ ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. 'Mudança Constitucional, Direitos Fundamentais e Direitos Adquiridos'. In.: SARLET, I. W. *op. cit.*, p. 222.

- 1) ter sido produzido por um fato idôneo para a sua produção;
- 2) ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular.²³⁸

Antes de adentrar no estudo de aspectos concernentes ao regime jurídico dos servidores, deve-se observar ainda a verdadeira extensão da estabilidade. Sobre o assunto, Mauro João MATTÉ traz elucidativa explicação:

*É importante salientar que a estabilidade é um atributo que diz respeito à permanência no serviço público e não ao cargo e nem ao local. Pois, o servidor, mediante a competente justificativa, pode ser removido de um local para outro, permanecendo no mesmo cargo. Pode ter o cargo extinto e permanecer em disponibilidade, vindo mais tarde, de acordo com as suas aptidões, a ser reaproveitado e passar a ocupar outro cargo semelhante de igual padrão. A estabilidade não precisa estar ligada a um determinado cargo, mas obrigatoriamente, deve estar vinculada a uma função, ou seja, um conjunto de atribuições. O poder público pode modificar as condições de trabalho, desde que com isto, não desvirtue as atribuições, para as quais o servidor prestou concurso e ingressou no serviço público.*²³⁹

Esta também é a lição de Odete MEDAUAR: *O Estatuto pode ser alterado no decorrer da vida funcional do servidor, independentemente da sua anuência, ressalvados os direitos adquiridos; o servidor não tem direito a que seja mantido o Estatuto que existia no momento de seu ingresso nos quadros da administração.*²⁴⁰

Em julgamento recente de mandado de segurança oriundo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que afastara a incidência da Lei Complementar 43/92 - responsável pela limitação do teto dos servidores do Poder Executivo em 80% da remuneração de Secretário de Estado -, o Supremo Tribunal Federal reiterou a posição quanto à inexistência do direito adquirido ao regime jurídico, declarando que os estados podem estabelecer para seus servidores limites remuneratórios inferiores aos da Constituição.²⁴¹

Também o Superior Tribunal de Justiça entende que *o regime público estatutário, que disciplina o vínculo entre o servidor público e a Administração, não tem natureza contratual, em razão do que inexistente direito a inalterabilidade do regime*

²³⁸ SILVA, José Afonso. 'Reforma Constitucional e Direito Adquirido'. In.: Revista Interesse Público, São Paulo, abr./jun. 2000, n. 6, p. 49.

²³⁹ MATTÉ, Mauro João. A reforma administrativa e a estabilidade do servidor público. Chapecó, 1999. Monografia (Pós-Graduação em Direito Público) - Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC-Campus Chapecó. p. 19.

²⁴⁰ MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno, p. 302.

²⁴¹ STF, RE 226.473-SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 13.5.98. In.: MOTTA, C. P. C. Reforma administrativa, p. 13.

*remuneratório, sendo passível de modificação quando em desacordo com a ordem constitucional.*²⁴²

Parece pacífico, portanto, o entendimento de não dispor o servidor público de qualquer direito adquirido à imutabilidade do regime jurídico sob o qual foi contratado. A polêmica transfere-se, então, para a questão da estabilidade, com complicadas implicações como se viu no item anterior.

Sob tão forte argumento, surgem construções jurídicas que objetivam fundamentar o fim da estabilidade, tal como a não sujeição das emendas decorrentes do poder constituinte derivado a limites temporais e ao direito adquirido.

No polêmico artigo Reforma Administrativa e Direito Adquirido, o professor Paulo MODESTO faz o seguinte raciocínio:

*Se o direito adquirido, qualquer que seja a sua fonte, como situação jurídica individual, for oponível também em face da Constituição, ou de emenda que a modifique, o poder de reforma estará submetido a limites materiais semelhantes ao do legislador ordinário, contido segundo quase o mesmo grau de condicionamento, quando toda a lógica do sistema aponta para menores condicionamentos e maior liberdade de iniciativa quanto ao conteúdo passível de alteração.*²⁴³

Assim, não conhecendo a Constituição quaisquer limites aos seus comandos, por se tratar da mais profunda aspiração coletiva, não se aplicaria a ela qualquer limitação relativa a situações individuais. Como consequência, conclui que:

*Parece evidente que a persistência no tempo do sistema de desligamento existente no regime jurídico anterior à reforma não conforma autêntica vantagem individual incorporável ao patrimônio dos servidores públicos. É estranho ao conceito jurídico de direito adquirido a idéia de imunidade a alterações normativas abstratas, pois essa garantia não impede a modificação abstrata de institutos jurídicos, não visa bloquear a reforma legislativa. De frisar, por fim, que o regime da estabilidade, antes como depois da reforma, não constitui disciplina imutável ou absoluta, mas dá margem à inovação do próprio legislador infraconstitucional em matéria de definição de novas faltas graves como hipóteses de perda de cargo.*²⁴⁴

²⁴² STJ, ROMS 6756-PB, rel. Min. Vicente Leal, p. 18.11.96. In.: MODESTO, P. Reforma administrativa e direito adquirido. <http://www.teiajuridica.com/refoadmdad.htm>; 20/03/1998, p. 13.

²⁴³ MODESTO, P. *op. cit.*, p. 5-6.

²⁴⁴ MODESTO, P. *op. cit.*, p. 15.

Tal posição encontra muita resistência, estando um tanto isolada doutrinariamente. Opondo-se diretamente a tal raciocínio Carlos Ayres BRITTO e Valmir PONTES FILHO rebatem:

*Há direito adquirido, sim, contra emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta, porque a Constituição originariamente posta é o começo lógico de toda normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano (Kelsen). (...) por não ser possível reconhecer ao órgão de produção de emendas constitucionais a ontologia de um verdadeiro poder constituinte, mas apenas a de um poder reformador, esse órgão só pode ser encarado como centro deliberativo que não exercita a plenitude de um poder correlatamente desconstituente.*²⁴⁵

Segundo os mencionados autores, admitir a retroatividade das emendas constitucionais partiria de uma premissa falsa, uma vez que também possibilitaria a alteração do ato jurídico perfeito²⁴⁶ e da coisa julgada²⁴⁷.

Trata-se de uma questão de princípios cujo estudo, conforme José Afonso da SILVA, merece cautela, pois, tratando-se de um poder *derivado, constituído ou instituído*, sempre será *regrado, condicionado e limitado*:

*Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma constitucional configura limitações formais, que podem ser assim sinteticamente enunciadas: o órgão do poder de reforma (o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição. (...) Pois, entre as cláusulas imodificáveis, por reforma constitucional, o art. 60, § 4º, da Constituição vigente, está a vedação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.*²⁴⁸

O argumento é simples. Uma vez que o § 4º do art. 60 da Constituição Federal veda proposta de emenda que pretenda abolir os direitos e garantias individuais, e sendo o inciso XXXVI do art. 5º, que garante a inviolabilidade do direito adquirido, uma das garantias individuais inscritas na Carta Magna, não é permitido ao poder de emenda constitucional atentar contra os direitos adquiridos.

²⁴⁵ BRITTO, Carlos Ayres e PONTES FILHO, Valmir. 'Direito adquirido contra as Emendas Constitucionais'. In.: MELLO, C. A. B. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, p. 152-3.

²⁴⁶ *Aquele que sob o regime da lei antiga se tornou apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável.* (LIMONGI, França apud SILVA, J. A. In.: Revista Interesse Público, p. 52)

²⁴⁷ *Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.* (art. 467 do Código de Processo Civil, apud SILVA, J. A. In.: Revista Interesse Público, p. 52)

²⁴⁸ SILVA, J. A. In.: Revista Interesse Público, p. 57

Outro autor dedicado ao assunto, Alexandre de MORAES segue a mesma linha, afirmando que o *Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado, pode reformar a Constituição Federal por meio de emendas, porém respeitando as vedações expressas e implícitas impostas pelo poder constituinte originário, pois somente esse é hierarquicamente inalcançável, enquanto manifestação da vontade soberana do povo.*²⁴⁹

Lembrando Hugo Nigro Mazzilli, SILVA afirma que não pode se garantir a imutabilidade da norma sem garantir conseqüentemente o direito que ela tutela. Chega, assim, à seguinte assertiva: *A conclusão é simples e peremptória: a réforma ou emenda constitucional não pode ofender direito adquirido, pois está sujeita a limitações, especialmente limitações materiais expressas, entre as quais está precisamente a de que não pode pretender abolir os direitos e garantias individuais, e dentre estas está o direito adquirido.*²⁵⁰

Contra o argumento de que o inciso XXXVI do art. 5º da CF ao utilizar o termo “lei” não se referiria a emendas constitucionais, argumenta Francisco Bertino Bezerra de CARVALHO que, assim sendo, o cidadão também não estaria obrigado a cumprir o texto da emenda constitucional.²⁵¹

Considerando fundamento de validade da emenda constitucional o respeito aos princípios constitucionais que regem sua elaboração, Luiz Henrique STEELE FILHO tem como nulas as disposições da EC 19/98 que contrariem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, direitos e garantias individuais protegidos como cláusula pétrea da Carta Magna contra a possibilidade de emenda:

A Emenda Constitucional n. 19/98, ora objeto de apreciação, embora rica em encômios à organização administrativa que se propõe a instalar no país, pecou, de maneira insólita e engenhosa, ao burlar, como o fez, a norma constitucional estabelecida, com caráter proibitório, pelo já citado art. 60, § 4º, inciso IV, c/c o art. 5º, n. XXXVI, instituídos com a finalidade de resguardar os princípios que regem os direitos e garantias individuais consagrados em favor dos servidores públicos em geral, subtraindo-lhes, com isto, todos os direitos conquistados por força

²⁴⁹ MORAES, A. *Reforma Administrativa - Emenda Constitucional n. 19/98*, p. 95.

²⁵⁰ SILVA, J. A. In.: *Revista Interesse Público*, p. 58.

²⁵¹ CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra de. A garantia do direito adquirido em face das emendas constitucionais. In.: *Revista Interesse Público, op. cit.*, n. 6, p. 189

*de lei e incorporados – de há muito – legitimamente, ao seu patrimônio funcional.*²⁵²

Assim, tratando especificamente da garantia à estabilidade, considera-se que os servidores que concluíram o estágio probatório de dois anos antes da Emenda Constitucional 19/98 somente poderiam ser demitidos mediante processo administrativo ou em consequência de sentença judicial transitada em julgado.

Ora, segundo a lição de Hely Lopes MEIRELLES, as vantagens irretiráveis do servidor só são as que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função (pro labore facto), ou pelo transcurso do tempo (ex facto temporis)²⁵³. Dessa forma, por corolário imediato, Charlls Max Pessoa Marques da ROCHA afirma: *O servidor que nomeado por concurso em caráter efetivo, atendendo os requisitos de provimento do cargo e, tenha transposto o estágio probatório de dois anos, lhe é assegurado estabilidade. Estabilidade é garantia de permanência no serviço público, atributo pessoal do ocupante do cargo; é direito adquirido albergado pela Carta de 88.*²⁵⁴

Pertinente a lição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

*A exigência de respeito aos direitos adquiridos foi incluída na própria Constituição, entre os direitos que o constituinte originário considerou fundamentais. Se são fundamentais, é porque devem ser respeitados pelo legislador, qualquer que seja a natureza da norma promulgada. Trata-se de princípio geral do direito, que diz respeito à segurança jurídica e que existiria ainda que não previsto no corpo da Constituição.*²⁵⁵

O governo, como já se disse, não tomou nenhuma atitude no sentido de dar cumprimento às novas possibilidades de dispensa criadas pela Emenda 19. À polêmica criada em torno da sua aplicabilidade ou não aos servidores que teriam adquirido estabilidade antes de sua promulgação, a resposta é dada pelo próprio mentor da reforma, o ministro BRESSER PEREIRA:

A emenda não fere de forma alguma o direito adquirido. (...) Nem o governo, nem a emenda são contra o direito adquirido, que foi uma conquista da democracia moderna. Por isso, na emenda não há qualquer afirmação do tipo: 'não prevalecerão os direitos adquiridos'. O que o governo afirma é que, se existe direito adquirido à estabilidade dos servidores, a quem cabe decidir este

²⁵² STEELE FILHO, Luiz Henrique. Emenda Constitucional n. 19 – Estudo sobre suas disposições normativas em face da Carta Magna da Nação. São Paulo: Apamagis - Caderno de Doutrina, jul./ago. 1999, p. 2.

²⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23.ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 403.

²⁵⁴ ROCHA, Charlls Max Pessoa Marques da. Direito adquirido e estabilidade. http://www.infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/direito_administrativo/doutrina/html;09/12/1999, p. 1.

²⁵⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *op. cit.*, p. 376.

fato é o Poder Judiciário. Não o Legislativo. Colocar a frase contrária – ‘garantindo-se o direito adquirido’ é não apenas admitir que esse direito não existe, mas também criar um precedente gravíssimo: a partir daí qualquer emenda que não tenha essa cláusula não garantirá os direitos adquiridos legítimos.
256

É correto o raciocínio do Ministro quanto à impropriedade de se resguardar os direitos adquiridos no texto legal. Cabe tão somente ao Poder Judiciário decidir quanto a sua existência ou não. Exigir tal ressalva seria excluir sua aplicabilidade sempre que a lei assim não o fizesse, desnaturando completamente a aplicação do instituto.

Uadi Lammêgo BULOS também compartilha de tal raciocínio. Citando Ovídio Bernardi, afirma: *se um legislador elabora uma lei, deve respeitar o direito adquirido. Mas se fica a seu cargo dizer o que é direito adquirido, então nada vale a exigência constitucional (O direito adquirido e seu problema conceitual, RT 284:24).*²⁵⁷

A decisão final, de caráter tão jurídico quanto político, fica, mais uma vez, a cargo do Supremo Tribunal Federal. Do atual presidente do colendo sodalício, Min. Carlos Mário da Silva Velloso se extrai a seguinte manifestação, que, segundo suas próprias palavras, pode restar vencida quando da análise da matéria em plenário:

*Registre-se, a propósito, que as emendas constitucionais, sabemos todos, não são produto do poder constituinte originário. As emendas à constituição são elaboradas pelo constituinte derivado, instituído ou de segundo grau. Esse poder constituinte derivado é limitado pela criatura do poder constituinte originário, assim pela constituição. Se é verdade que o poder constituinte originário não está limitado por nenhuma norma de direito positivo, certo é que esse poder está limitado, entretanto, pela idéia de direito subjacente ao movimento revolucionário legítimo, que é seu veículo usual.*²⁵⁸

Apresenta-se, assim uma tendência para a discussão no futuro próximo: um grande embate judicial, iniciando-se no judiciário de primeiro grau e estendendo-se até a última instância que ainda não se manifestou sobre o assunto. Cláudia Fernanda de OLIVEIRA PEREIRA alerta:

De qualquer modo, é sempre válido lembrar que a discussão deverá chegar ao STF, pois os dispositivos questionados, inclusive o próprio art. 37, XI (que manda incluir as vantagens pessoais no teto para efeito de corte) são fruto de um poder constituinte

²⁵⁶ BRESSER PEREIRA, L. C. *O Globo*, 17.10.95

²⁵⁷ BULOS, U. L. *op. cit.*, p. 265.

²⁵⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva apud MELLO, C.A.B. (org.). In.: *Direito administrativo e constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. p.165.

*derivado, que não poderia suprimir um direito individual (art. 60, § 4º, IV, da CF), como é a hipótese do direito adquirido.*²⁵⁹

Como a matéria diz respeito aos ditames constitucionais, mais especificamente às garantias individuais, cabe aqui trazer algumas considerações de ordem teórica quanto à posição do Poder Judiciário, cuja legitimação hoje descansa justamente na guarda e efetivação dos direitos e garantias previstos pela Constituição, que cristaliza a vontade soberana do povo. Na cátedra de Luigi FERRAJOLI:

*Aliás, em relação à tradição juspositivista clássica, a razão jurídica de hoje tem a vantagem que lhe provém configurar e construir o Direito - hoje bastante mais que no velho estado liberal - como um sistema artificial de garantias constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais. (...) É nesta sujeição do juiz à constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam - e até porque o são - poderes assentes na maioria. (...) O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juizes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sobre os quais se baseia aquilo a que chamamos 'democracia substancial'. Neste sentido, os princípios da igualdade e da legalidade conjugam-se - como a outra face da mesma moeda - com o segundo fundamento político da independência do juiz: a função de averiguação, segundo as garantias de um processo justo, da verdade processual.*²⁶⁰

No mesmo sentido é a lição de Paulo Bonavides, que afirma ser a proteção dos ditames constitucionais através do Poder Judiciário justamente o ponto que caracteriza a evolução para um Estado Constitucional de Direito:

A garantia constitucional nesta última acepção é em geral entendida, não somente como garantia prática do direito subjetivo, garantia que de perto sempre o circunda toda vez que a uma cláusula declaratória do direito corresponde a respectiva cláusula assecuratória, senão também como o próprio instrumento (remédio jurisdicional) que faz a eficácia, a segurança e a proteção do direito violado. Assim estabelecida, temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucional, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também que se dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para

²⁵⁹ PEREIRA, C. F. O. *Reforma administrativa*, p. 2.

²⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. 'O Direito como sistema de garantias'. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (org.). *Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 101-2.

*o vasto território onde se renova e amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional.*²⁶¹

Com a mesma percepção, FERRAJOLI chega a apontar, como a grande novidade histórica do Estado de Direito com relação aos demais ordenamentos do passado, o fato deste haver incorporado, transformando em normas de legitimação interna pelo caráter constitucional, grande parte das fontes de justificação externa relativas ao ‘quando’ e ao ‘como’ do exercício dos poderes públicos.²⁶²

Resta agora aguardar e ver qual será a percepção do Poder Judiciário brasileiro, em especial sua corte máxima, o Supremo Tribunal Federal, a quem, como já se disse, caberá a palavra final.

3.2 - O Programa Nacional de Desestatização e as Agências Executivas

Da herança da ordem constitucional anterior a 1988, consta o Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, relativo a já mencionada Reforma Administrativa promovida pelo governo militar e idealizada pelo então Ministro Hélio Beltrão.

O Decreto-Lei n. 200 previa a *ação governamental como forma de promover o desenvolvimento econômico-social do País* (art. 7º), dividindo a administração federal em administração direta e indireta, esta última compreendendo as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas (art. 4º e 5º). Trata-se de entidades criadas por lei para exploração de atividades típicas da administração ou com natureza nitidamente econômica, todas dotadas de personalidade jurídica própria, para, de forma descentralizada melhor atingir aos objetivos de interesse público.

Parece evidente que as disposições da Carta de 1988 deram um caráter diferente à intervenção do Estado na economia. Prevê o *caput* do artigo 173: *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

²⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7.ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 489.

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. Perfecto Andrés Babiñez e outros. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 355.

O descompasso entre a previsão expressa da intervenção na atividade econômica como fomento do desenvolvimento e a excepcionalidade da atuação na forma determinada pela Constituição (já prevista em sua redação original) implicou numa mudança de postura por parte da administração pública.

Como conseqüência, hoje, o setor descrito no Plano Diretor da Reforma do Estado como sendo o da produção de bens para o mercado encontra-se, em grande parte, privatizado ou em vias de privatização.

São as palavras do ministro BRESSER PEREIRA: *A produção deverá ser em princípio realizada pelo setor privado. Pressupõe-se que as empresas serão mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente. Daí deriva o princípio da 'subsidiariedade': só deve ser estatal a atividade que não puder ser controlada pelo mercado.*²⁶³

Deve-se registrar, contudo, que o programa de privatização de empresas estatais começou há mais tempo, com a criação, pelo governo federal, da Secretaria Especial de Empresas Públicas, em 1979, que viria a ser substituída, em 1981, pela Comissão Especial de Privatizações.²⁶⁴

Seguiu-se uma extensa produção normativa prevendo a transferência de empresas estatais a particulares: o Dec. 86.215, de 15.07.1981; o Dec. 91.991, de 28.11.1985, que proibia a criação de novas empresas estatais; o Dec. 95.886, de 29.03.1988, que fomentou a terceirização, prestação de serviços públicos por empresas privadas; e já sob o governo Collor de Mello a Lei 8.031, de 12.04.1990, criou o Programa Nacional de Desestatização e o Fundo Nacional de Desestatização, em cumprimento à determinação constitucional.

Em que se registrem as importantes participações dos governos de Fernando Collor e Itamar Franco no desenrolar do processo, como já se viu neste trabalho, o governo Fernando Henrique Cardoso foi, sem dúvida, o que mais expandiu este programa, hoje regulamentado pela Lei 9.491/97.

Sob a administração Fernando Henrique Cardoso, foram aprovadas a Emenda Constitucional n. 5/95, que alterou o § 2º do art. 25, possibilitando aos Estados concederem a exploração dos serviços locais de distribuição de gás canalizado a empresas

²⁶³ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 259.

²⁶⁴ ANDREWS, W. A. & KOUZMIN, A. *op. cit.*, p. 98-9.

privadas; a Emenda Constitucional n. 6/95, que retirou da Constituição a conceituação de empresa brasileira de capital nacional (art. 171) e permitiu que a pesquisa e a lavra de recursos minerais sejam autorizados a empresas constituídas sob as leis nacionais ; a Emenda n. 7/95 permitindo a navegação de cabotagem a embarcações estrangeiras; a Emenda n. 8/95 que acabou com a exclusividade das empresas estatais nas concessões dos serviços de telecomunicações prevendo a criação de um órgão regulador para o controle da sua exploração; e a Emenda Constitucional n. 9/95 que quebrou o monopólio estatal do petróleo, e permitiu a contratação de empresas estatais ou privadas para as atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas, o refino, a importação e exportação e o transporte dos produtos derivados, o que era vetado pela anterior redação do art. 177 da CF.

Robertônio Santos PESSOA descreve as linhas gerais do processo de privatização levado a efeito no país:

*No plano legal, e sem alteração da Constituição, foi promulgado o Programa Nacional de Privatização (Lei nº 8.031, de 12.04.90), disciplinando a terceira transformação na ordem econômica de vulto: as chamadas "privatizações". Dentre os objetivos fundamentais deste programa incluem-se (art. 1º, incisos I e IV): a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; b) contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.*²⁶⁵

O professor da Universidade Federal do Piauí indica as duas principais formas de colocação em prática do programa de privatização:

- a) alienação dos controle acionário das entidades estatais, através de leilão nas bolsas de valores;
- b) concessão de serviços públicos a empresas privadas.

O processo de privatização em curso no Brasil acompanha o amplo movimento de globalização ainda em curso em todo o mundo²⁶⁶. A transferência do controle das empresas locais aos grandes conglomerados supra-nacionais atinge também as empresas estatais, em vias de mundialização.

²⁶⁵ PESSOA, Robertônio Santos. Empresas públicas à luz das recentes reformas. http://www.infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/direito_administrativo/doutrina/htm;09/12/1999, p. 4.

²⁶⁶ Conforme IANNI, Octavio. A sociedade global. 3.ed., rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 170.

Tratando da destinação da coisa pública, como não poderia deixar de ser, tal processo deve ser acompanhado da previsão legal específica. Por isso, PESSOA aponta como importante passo neste sentido a promulgação de leis nos setores de energia (Lei 9.247, de 26.12.96), telecomunicações (Lei 9.472, de 16.07.97) e petróleo (Lei 9.478, de 06.08.97), com a criação das respectivas agências reguladoras. Importantes diplomas legais também foram editados nas áreas de concessões e permissões (Leis 8.987, de 13.02.95, e 9.074, de 07.07.95) e defesa da concorrência (Lei 8.884, de 11.06.94).²⁶⁷

Como indica o art. 4º da Lei 9.491/97²⁶⁸, as desestatizações no Brasil seguem as seguintes modalidades:

- I) alienação por meio de participação societária, inclusive de controle acionário, de preferência por meio da pulverização de ações;
- II) abertura de capital;
- III) aumento de capital, com renúncia ou cessão total ou parcial, de direitos de subscrição;
- IV) alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;
- V) dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;
- VI) concessão, permissão ou autorização de serviços públicos.

Interessante paralelo pode ser tratado quando se analisa as privatizações ocorridas na reforma administrativa da Nova Zelândia, descritas por Ruth RICHARDSON, Ministra das Finanças daquele país entre 1990 e 1993, quando apresenta critérios fundamentais utilizados nas privatizações daquele país, por ela apontados como a base do sucesso da operação.

De suas recomendações, cujo estudo detalhado se passa a proceder, uma a uma, novamente se verifica um descompasso entre a teoria e a prática levada a efeito pelos seus colegas no Brasil:²⁶⁹

²⁶⁷ PESSOA, R. S. *Empresas públicas à luz das recentes reformas*, p. 4.

²⁶⁸ MEDAUAR, O. *Direito administrativo moderno*, p. 104.

²⁶⁹ RICHARDSON, Ruth. 'As reformas do setor público na Nova Zelândia'. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 225-6.

→ *Deve existir a maior abertura possível no processo de vendas, com o mínimo de restrições quanto a quem pode participar das licitações.*

RICHARDSON recomenda a participação de toda a população no processo de privatização, através da pulverização das ações das empresas públicas no mercado, e não a sua entrega a grandes conglomerados. Não foi esta a opção feita pelos administradores na maioria dos leilões promovidos no Brasil.

Em obra tida como referência para o estudo do processo de privatização das empresas públicas brasileiras, Aloysio BIONDI, lembra que a estratégia da Nova Zelândia foi também a utilizada pela Grã-Bretanha: *O governo inglês criou 'prêmios', incentivos para qualquer cidadão comprar ações: quem não as revendesse antes de certo prazo tinha o direito de 'ganhar' determinadas quantias, em datas já marcadas no momento da compra*²⁷⁰. Algo semelhante foi feito recentemente com relação às ações da Petrobrás. Trata-se, porém, de exceção no caso brasileiro.

→ *Deve ser fornecido ao licitante o maior número de informações possível.*

Refere-se a Ministra à previsão de um programa de transparência, com o repasse destas informações a todos os cidadãos, seja através de audiências públicas, previstas na lei, seja por intermédio da grande mídia.

A realização de audiências públicas para esclarecimento dos licitantes e da população encontra previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro no art. 39 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei das Licitações Públicas, que também regula, no seu art. 17, as alienações dos bens da administração pública. A respeito do assunto, Marçal JUSTEN FILHO informa tratar-se de opção da lei pela ampla publicidade do ato administrativo:

*A audiência pública permitirá a qualquer 'interessado' formular indagações e pleitear esclarecimentos, os quais deverão ser prestados de modo motivado. Mesmo os aspectos discricionários da atividade administrativa poderão ser objeto de esclarecimento. (...) Deve-se interpretar a expressão 'interessados' como sinônima de 'cidadão', tendo em vista a legitimação ativa para a ação popular. Será interessado quem dispuser da faculdade de promover ação popular versando sobre a licitação em tela.*²⁷¹

²⁷⁰ BIONDI, Aloysio. O Brasil privatizado - Um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999, p. 13.

²⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 5.ed., São Paulo: Dialética, 1998, p. 359.

→ *A venda não deve estar ligada a um cronograma fiscal. Se um bem está sendo vendido para ‘melhorar’ os números de um ano fiscal, ele está sendo vendido pela razão errada. Esse tipo de enfoque corre o risco de provocar vendas apressadas, erros no processo de vendas, além de comprometer o preço.*

É categórica a afirmação da Ministra e aplica-se diretamente ao caso brasileiro. Exatamente ao contrário da recomendação, no Brasil, as vendas das estatais, em especial as da área de telecomunicações, ocorreram de forma apressada, fato reconhecido e justificado pelo governo como a solução aos problemas cambiais, juros altíssimos e dívidas interna e externa na casa dos bilhões de dólares e aumentando a cada dia.

Lastimavelmente, os resultados não reverteram maiores vantagens à população, pois o quadro deficitário se manteve, e o patrimônio público trocou de dono em pouquíssimo tempo, sem lhe trazer nenhuma vantagem.

Conforme BIONDI: *o governo repete insistentemente que a União e os estados arrecadaram 68,7 bilhões de reais com a venda das estatais, até dezembro de 1998, e que a esse valor é preciso, ainda, somar outros 16,5 bilhões de reais representados pelas dívidas ‘transferidas’ para os compradores.*²⁷² Na prática, os números não foram tão favoráveis assim, principalmente por haver o governo absorvido grande parte do passivo das empresas privatizadas, além de haver financiado parte do preço, a ser pago a longo prazo a juros subsidiados pelo BNDES.

→ *Uma vez decidida a venda pelos ministros, o processo deve decorrer da maneira mais comercial possível. Os ministros, como representantes dos contribuintes, serão chamados para tomar a decisão final sobre o licitante ou licitantes que serão aceitos, e podem ser envolvidos em negociações posteriores. Entretanto, eles devem ter pouco ou nenhum contato com os compradores potenciais até esse estágio do processo. Durante todo o tempo, os licitantes devem lidar com pessoas autorizadas.*

A participação dos ministros no processo de privatização brasileiro, em especial das empresas de telecomunicação, continua obscura. Passados mais de dois anos, ainda é clamoroso o caso do “Grampo no BNDES”, onde foi registrada conversa telefônica entre o então presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social,

²⁷² BIONDI, A. *op. cit.*, p. 15. Recomenda-se neste particular a leitura dos números trazidos em anexo à obra do economista, falecido recentemente, que vem batendo sucessivos recordes editoriais.

encarregado de conduzir o processo e um dos licitantes, custando o cargo de vários funcionários do primeiro escalão do governo federal.²⁷³

→ *Ao escolher os licitantes finais, o papel dos ministros é minimizar o risco fiscal para o contribuinte. Isso pode significar baixar o preço em troca de outros elementos na venda, tais como o número de indenizações ou garantias fornecidas ao comprador.*

A par da recomendação anterior, parece sintomática a observação da Sra. Ministra: *A confiança na integridade do processo de privatização também era grande. Vale a pena citar que a Transparency International, uma organização anticorrupção da Alemanha, indicou a Nova Zelândia como o menos corrupto dos 41 países por ela pesquisados.*²⁷⁴

Cabe lembrar que o Brasil, no ranking da Transparency International de 1999 ficou como o 23º país mais corrupto dos 99 países pesquisados naquele ano.²⁷⁵ Verifica-se, portanto, um grau de corrupção acima da média, incompatível com a condução de um processo do porte do plano de privatização em curso.

O clima nacional apresenta-se muito desfavorável, permeado por denúncias de corrupção cada vez mais numerosas, envolvendo todas as esferas administrativas dos três poderes. Chegam a fazer parte do senso comum dos brasileiros afirmações como as trazidas pelo articulista Roberto Pompeu de Toledo: *Os maus ultrapassaram os bons. Os corrompidos acumularam mais poder que seus contrários. A banda podre venceu.*²⁷⁶

Em paralelo aos questionamentos quanto a isenção do processo de vendas, aspecto nada científico e sobre não se pretende aqui aprofundar o estudo, outro grave problema também foi a *política de sub-valorização do patrimônio público com o objetivo de garantir um rápido processo de privatizações.*²⁷⁷

O próprio governo reconheceu e identificou erros de cálculo antes do leilão das empresas de telecomunicações, o que chegou a ser noticiado na imprensa na véspera do leilão. Os avalistas previram um crescimento de 265% no mercado de telefonia até o

²⁷³ REVISTA VEJA, São Paulo, Editora Abril, 01/03/2000, edição 1638, ano 33, n. 09, p. 37-8.

²⁷⁴ RICHARDSON, R. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 225-6.

²⁷⁵ SIMONETTI, Eliane. O ninho da corrupção. *Revista Veja*, São Paulo, 12/04/2000, edição 1644, ano 33, n. 15, p. 43.

²⁷⁶ TOLEDO, Roberto de Pompeu. A suspeita atroz de que a banda podre venceu. *Revista Veja*, São Paulo, 05/04/2000, edição 1643, ano 33, n. 14, p. 166.

²⁷⁷ ANDREWS, W. A. & KOUZMIN, A. *op. cit.*, p. 99.

ano 2007 que não foi computado no preço mínimo de venda, assim como a receita das empresas que estavam sendo vendidas.

Mesmo assim, a venda foi mantida para o dia marcado, com um aumento do preço inicial de 11,2 para 13,5 bilhões, ou seja, de 19,24%. Segundo BIONDI:

*À primeira vista, a pressa do governo teria até uma explicação. Desde maio de 1998, os banqueiros e investidores internacionais já estavam fugindo, cortando o crédito, do Brasil, e o real caminhava para a desvalorização. Os leilões da Telebrás, a toque de caixa, eram uma forma de captar dólares e reais, mesmo que em quantidades abaixo do preço justo, e permitir que o governo mantivesse a ilusão do real até a reeleição.*²⁷⁸

O resultado faz parte da história: no dia 29 de julho de 1998, em meio a choque entre manifestantes e a polícia, no maior leilão da história do Brasil, a Telebrás e suas subsidiárias foram vendidas por R\$ 22 bilhões, com o presidente Fernando Henrique Cardoso afirmando que *o grosso dos recursos da venda da Telebrás abaterá dívidas do governo.*²⁷⁹

A agravar esta situação, some-se a política de recomposição tarifária ocorrida na área de energia elétrica e nas telecomunicações a partir de novembro de 1995. Documentos oficiais reconhecem que mesmo antes das privatizações *o governo federal promoveu reajuste tarifário nos serviços de telecomunicações, incluindo uma redução do subsídio cruzado, uma vez que a assinatura básica subiu 51,3%, o pulso local, 67%, e o reajuste das chamadas interurbanas foi de 21,3%, em média.*²⁸⁰

BIONDI descreve minuciosamente o procedimento. Nas suas palavras:

Ao longo de 30 anos, desde o final dos anos 60, o governo freqüentemente usou as estatais para 'segurar' a inflação ou beneficiar certos setores da economia, geralmente por serem considerados 'estratégicos' para o país. Como assim? Houve períodos em que o governo evitou reajustes de preços e tarifas de produtos (como o aço) e serviços fornecidos pelas estatais, na tentativa de reduzir as pressões e controlar as taxas de inflação. Esses 'achatamentos' e 'congelamentos' de preços foram os principais responsáveis por prejuízos ou baixos lucros apresentados por algumas estatais, que passavam a acumular dívidas ao longo dos anos... Quando veio a onda das privatizações, o governo fez exatamente o contrário. Primeiro, como visto acima, aumentou os preços (até 300%, no caso do aço) e tarifas (até

²⁷⁸ BIONDI, A. *op. cit.*, p. 27.

²⁷⁹ SANTOS, Chico e TREVISAN, Claudia. Teles são privatizadas por R\$ 22 bi e ágio médio de 64%. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 30/07/1998, Suplemento Especial Leilão da Telebrás, p. 1-1

²⁸⁰ IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *op. cit.*, p. 136.

*500%, repita-se) cobrados pelas empresas que seriam privatizadas.*²⁸¹

Logicamente, o ajuste dos preços dos serviços prestados pelas empresas públicas acompanha a aproximação entre o setor público e o mercado que vem sendo descrita desde o início deste trabalho. Não se pretende aqui questionar a validade do uso das estatais como instrumento de controle de preços pois, sendo predominante hoje a corrente que recomenda a liberdade de preços, seria inexigível comportamento diferente do governo em tempos atuais.

A pergunta que deve ser feita é outra: feitos os ajustes nas tarifas, continuaria sendo necessária a venda das empresas, agora não mais deficitárias? Trata-se de mais uma questão de política pública, como tantas outras que surgem no estudo do Direito Administrativo.

Outro aspecto da redução da esfera pública em relação ao setor privado que deve ser estudado é a terceirização. Esse assunto, já mencionado no presente trabalho, diz respeito à transferência de atividades que antes eram realizadas diretamente pela administração para empresas privadas, sob regime de contrato administrativo.

COUTO E SILVA tece um interessante paralelo da terceirização com a descentralização administrativa através das privatizações, fazendo algumas considerações a título de advertência:

*A terceirização inspira-se nas mesmas razões. Muitas vezes ela é utilizada, porém, para fraudar a regra do concurso público, a que a Constituição vigente deu extensão que me parece exagerada, ao compreender todos os cargos e empregos, tanto da Administração direta quanto da indireta, sejam as entidades de direito público ou de direito privado. Há tarefas de importância menor, como as de limpeza e manutenção de prédios, ou ainda as de obra, além de muitas outras, para as quais a admissão mediante concurso público é uma exigência excessiva. O recurso à terceirização vai se constituindo numa praxe referentemente a esses misteres. Mas a Administração Pública não o circunscreve a tais ocupações. A terceirização não raramente é adotada também para o desempenho de atribuições mais complexas.*²⁸²

Diversos problemas ocorridos no processo de terceirização são trazidos da experiência britânica, que é relatada por Kate JENKINS, executiva do governo inglês:

²⁸¹ BIONDI, A. *op. cit.*, p. 9.

²⁸² COUTO E SILVA, A. In.: MELLO, C.A.B. (org). Direito administrativo e constitucional. p. 100.

interrupção na continuidade do serviço, desemprego, ineficiência e aumento de custo para o contribuinte. Diz a autora:

A terceirização de serviços do governo tem demonstrado que o caminho do setor privado pode ser impraticável onde não há um setor privado efetivo. No Reino Unido, tentamos, em particular no setor do governo local, privatizar serviços onde não havia mercado do setor privado. Levou algum tempo, mesmo numa economia de mercado desenvolvida, para as empresas privadas perceberem o mercado potencial e começar a responder. Essa mora em desenvolver um novo mercado pode tornar a mudança quase inadministrável. O risco de privatizar um monopólio, que é freqüentemente a única solução, tem sérias conseqüências para o custo e a qualidade do serviço. A inexistência de um setor privado efetivo também pode significar que não existe um mercado de trabalho desenvolvido no referido setor. No Reino Unido, isso acabou sendo um problema em algumas áreas nas quais o Estado tem sido o principal empregador. Nessa situação, a privatização ou o fechamento de um serviço público e as perdas de postos de trabalho decorrentes acabaram se tornando um problema para o mercado de trabalho local. Há várias experiências úteis de como ajudar a colocar a mão-de-obra excessiva. O valor do treinamento, da assistência no estabelecimento de um pequeno negócio, da aposentadoria precoce e das pensões favorecidas pode ter impacto no custo, mas alivia as conseqüências de um choque maior.²⁸³

Seguindo a linha conceitual que conduz o presente trabalho, merecem especial atenção as chamadas Agências Executivas, por tratar-se de assunto intimamente ligado ao processo de desestatização envolvendo uma categoria nova no cenário brasileiro.

O modelo de controle do mercado, já apresentado na leitura de ROSANVALLON (item 2.1), dentro daquilo que denominou de ‘teoria econômica do não-estado’²⁸⁴, recebe a seguinte conceituação, segundo o governo brasileiro: *A denominação Agência Executiva é uma qualificação a ser concedida, por decreto presidencial específico, a autarquias e fundações públicas, responsáveis por atividades e serviços exclusivos do Estado.*²⁸⁵

A Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, estabelece, em seu art. 51, os pré-requisitos básicos para a qualificação de uma entidade como Agência Executiva: a existência de um protocolo de intenções, uma portaria interministerial definindo responsabilidades, um

²⁸³ JENKINS, Kate. ‘A reforma do serviço público no Reino Unido’. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 213.

²⁸⁴ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 61 e ss.

plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional e a celebração de um contrato de gestão com o ministério supervisor.

Complementa a administração federal:

*As Agências Executivas são o modelo institucional para o setor de atividades exclusivas de Estado. Estão sendo implantadas, em caráter experimental, na forma de projetos-piloto, mediante adesão das entidades interessadas. A disseminação desse novo modelo representará profunda renovação gerencial das autarquias e fundações.*²⁸⁶

Os projetos-piloto envolvem autarquias muito atuantes hoje no panorama nacional e estão sendo desenvolvidos com o acompanhamento direto do governo federal: IMNETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial; IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis; SDA – Secretaria de Defesa Agropecuária; IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica; INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial; CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; SVS – Secretaria de Vigilância Sanitária.²⁸⁷

Num estudo bastante completo sobre o assunto, Marcos Juruena Villela SOUTO elenca os seguintes princípios que devem embasar a regulação do mercado através do trabalho das agências:

- a) *Mercado regulado para a competição;*
- b) *Estado-intervencionista ou Estado-regulador;*
- c) *Criação de agências setoriais de regulação, dotadas de autonomia e especialização;*
- d) *Atenção aos monopólios naturais;*
- e) *Ambiente de transição, cabendo ao Estado supervisionar o poder de mercado dos operadores e organizar a entrada de novos operadores, zelar pela implantação de um novo modelo organizacional, arbitrar conflitos e completar o processo de regulação normativa;*
- f) *Garantia do interesse público.*²⁸⁸

²⁸⁵ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 'Agências Executivas'. *Cadernos do Mare 9*, Brasília, p. 07, 1998.

²⁸⁶ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 'Os Avanços da Reforma na Administração Pública'. *Cadernos do Mare 15*, Brasília, p. 59, 1999.

²⁸⁷ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Idem, p. 62, 1999

²⁸⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, Renovar-Fundação Getúlio Vargas, abr.:jun. 1999, n. 216, p. 130.

Além dos já mencionados projetos-piloto, o autor descreve as três agências executivas já reconhecidas pela legislação federal brasileira, todas dedicadas ao setor dos monopólios naturais.²⁸⁹

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela Lei 9.427, de 26.12.96, que substituiu o DNAEE (Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica) e exerce o poder concedente tanto do serviço público de energia elétrica como do uso dos potenciais de energia elétrica.

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL -cuja implementação foi objeto de acordo específico na Organização Mundial do Comércio, como consequência do intenso desenvolvimento tecnológico recente, e em obediência à disposição da Emenda Constitucional n. 8, através da Lei 9.472, de 16.07.97, com competência constitucional para regular a organização dos serviços de telecomunicações.

Por último, a Agência Nacional do Petróleo – ANP, implementada pela Lei 9.478, de 06.08.97, para tratar das políticas de produção, refino, transporte e distribuição do petróleo. A regulamentação da exploração do petróleo está intimamente ligada, há décadas à noção de soberania nacional, provocando sempre grande polêmica qualquer proposta tendente a modificar o alcance da regulação estatal. Sobre a criação da ANP, Cláudia OLIVEIRA PEREIRA destaca:

*Impede o projeto a privatização da Petrobrás, mas cria a Agência Nacional do Petróleo, que realizará as licitações para que grupos privados explorem, sob concessão ou autorização, petróleo no País. O referido projeto foi criticado por ferir o monopólio da União na área do petróleo; por declarar que pertence à empresa privada o petróleo que ela extrair, além de obrigar a Petrobrás a transferir para a ANP todos os dados e interpretações de pesquisas que a estatal já fez em todo o País.*²⁹⁰

Além das agências nacionais, existem agências já atuando em vários estados federados, tais como o Rio de Janeiro, São Paulo, Ceará, Rio Grande do Sul e Sergipe.²⁹¹ Tramitam também diversas propostas para a criação de novas agências nacionais, como, por exemplo, na área dos transportes, da água e saneamento básico.

Analisando a competência das agências executivas SOUTO afirma que:

²⁸⁹ SOUTO, M. J. V. *op. cit.*, p. 150-2.

²⁹⁰ PEREIRA, C. F. O. Reforma Administrativa: o Estado, o Serviço Público e o Servidor, p. 51.

²⁹¹ Ver em SOUTO, M. J. V. *op. cit.*, p. 154-9.

Enquanto no plano federal as agências de energia, petróleo e telecomunicações exercem funções de poder concedente, estabelecendo as condições em que se dará a transferência para a iniciativa privada, no âmbito dos estados, as agências só atuam numa etapa posterior, regulando, fiscalizando, mediando, arbitrando os conflitos, dentro das respectivas áreas de atuação (observada, pois, a partilha constitucional de competências entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como relativamente ao serviço ou setor regulado).²⁹²

Como se percebe no exercício de toda atividade regulatória, uma importante questão é a fixação de limites a sua atuação. BRESSER PEREIRA reconhece que *o elo de ligação entre os dois sistemas será o contrato de gestão, que o núcleo estratégico deverá aprender a definir e controlar, e as agências e organizações sociais, a executar.*²⁹³

Um importante desafio é encontrar a medida certa da atuação das agências, permitindo a apuração do *accountability* relativo aos serviços públicos.

Carlos Coelho Pinto MOTTA lembra que o § 3º do art. 37 da Constituição eleva à garantia constitucional a participação do usuário dos serviços públicos: *A lei deverá traduzir em critérios mais palpáveis o nebuloso conceito de qualidade, regulando o relacionamento dos usuários com o Poder Público. Tal relacionamento envolve uma questão capciosa, ainda mais por colocar o dilema sociopolítico das ‘necessidades percebidas’ em contraposição às chamadas ‘necessidades reais’.*

E prossegue o autor: *Quando se trata da qualidade do serviço público – noção indissoluvelmente imbricada no conceito de eficiência – devem-se distinguir diferentes critérios para avaliação do serviço público e da iniciativa privada. A avaliação feita pelo usuário é o crivo último da qualidade, incorporando à meta da eficiência o conceito de *accountability*.*²⁹⁴

No tocante à legitimidade dessa apuração, ELI DINIZ²⁹⁵ critica o “reducionismo subsidiarista”, que cria uma nova hierarquia, deixando o mercado acima da União, dos Estados e dos Municípios. Esta supervalorização do mercado acaba por agravar a crise de legitimidade já estudada no início do primeiro capítulo.

Afinal, a idéia de controle através de agências executivas e não através da própria administração direta vê *a legitimidade da autoridade de um gerente indicado ao*

²⁹² SOUTO, M. J. V. *op. cit.*, p. 136.

²⁹³ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 258.

²⁹⁴ MOTTA, C. P. C. *Reforma Administrativa*, p. 15.

²⁹⁵ DINIZ, E. *op. cit.*, p. 30-43.

cargo como inquestionável, enquanto considera um peso negativo a responsabilidade dos governantes eleitos pelo povo.²⁹⁶

A discussão prossegue quanto à necessidade de controle das agências executivas. Parece inquestionável que sujeitam-se normas disciplinadoras das atividades de interesse público previstas na Constituição Federal: controle pelo Congresso Nacional, na forma do art. 49, X; controle pelo Tribunal de Contas, previsto no art. 70, parágrafo único e ss.; necessidade de licitação para contratar na forma dos art. 22, XXVII e art. 37, XXI; e submissão ao controle pelo Ministério Público, art. 127 caput c/c art. 129, II.²⁹⁷

O modelo traz interessantes possibilidades, que surgem da reunião numa só entidade das três funções do Estado:

- a) dispõem de força normativa ao regularem a atividade cuja competência lhes foi atribuída;
- b) dispõem de força executiva e imperatividade para o cumprimento de suas determinações sobre aqueles que exercem atividade na sua área de competência;
- c) possuem função judicante na medida em que decidem litígios entre os vários concessionários de serviço público ou entre esses e os usuários, sempre ressalvada a intervenção do Poder Judiciário detentor da jurisdição una no Brasil, na forma do art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Ampliam-se, ainda, as possibilidades de sua implementação com a viabilidade de uma arrecadação própria através de multas e licenças.

Quanto à forma de arrecadação, Marcos Juruena Vilella SOUTO alerta não se tratar de poder de polícia, mas sim de fiscalização do cumprimento do contrato de concessão, ligado, portanto, ao serviço público, o que não daria natureza tributária aos recursos arrecadados junto aos concessionários, favorecendo assim a autonomia do órgão que não dependeria de recursos transferidos pelo Erário.²⁹⁸

Por outro lado, a dependência das contribuições prestadas pelo fiscalizado cria o risco inverso, de se depender do fiscalizado para a manutenção do órgão,

²⁹⁶ ANDREWS, W. A. & KOUZMIN, A. *op. cit.*, p. 115.

²⁹⁷ DI PIETRO, M. S. Z. *op. cit.*, p. 385.

²⁹⁸ SOUTO, M. J. V. *op. cit.*, p. 162.

comprometendo a isenção dos seus julgamentos. Alerta o autor: *se não houver equidistância entre os interesses sob apreciação da agência, toda a política regulatória se enfraquece, submetendo-se ao risco de futuros governantes proporem a extinção do órgão ou entidade.*²⁹⁹

A questão mais difícil diz respeito à capacidade de regulação da agência. Segundo SOUTO não haveria nesta sua atuação qualquer ofensa ao princípio da legalidade:

*As agências têm sua função e competência definida na lei, nada podendo exigir além dos limites que lhe são por ela autorizados. Pelo princípio da legalidade no direito brasileiro, 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (CF, art. 5º, II), o que se reforça pelo princípio da legalidade administrativa, por força do qual a Administração só pode agir se devidamente autorizada por lei (CF, art. 37) e, no direito brasileiro, as agências reguladoras integram a Administração Pública (assumindo, na maioria dos casos, a forma autárquica) ou recebem delegação legal para a regulação. Em outras palavras, não só o particular é livre para agir até que a lei lhe diminua tal liberdade, como a Administração só está autorizada a agir quando houver interesse público reconhecido em lei impondo-lhe o dever de agir.*³⁰⁰

A questão é trazida sob um parâmetro bastante diferente por Maria Sylvia DI PIETRO, que não concorda com tamanha autonomia regulatória:

*A primeira indagação diz respeito aos fundamentos jurídico-constitucionais para a delegação da função normativa às agências. As duas únicas agências que estão previstas na Constituição são a ANATEL e a ANP, com a referência à expressão 'órgão regulador' contida nos artigos 21, XI e 177, § 22, III. As demais, não tem previsão constitucional, o que significa que a delegação está sendo feita pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser maior do que a exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da administração indireta. Elas nem podem regular matéria não disciplinada em lei, porque os regulamentos autônomos não tem fundamento constitucional no direito brasileiro, nem podem regulamentar leis, porque essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador.*³⁰¹

²⁹⁹ SOUTO, M. J. V. *op. cit.*, p. 143.

³⁰⁰ SOUTO, M. J. V. *op. cit.*, p. 130-1.

³⁰¹ DI PIETRO, M. S. Z. *op. cit.*, p. 388.

Dessa forma, no particular da hipótese de imposição de comportamentos e da cobrança de emolumentos e penalidades, impõe-se um estudo acerca do princípio da legalidade, consagrado em todos os chamados Estados Democráticos de Direito e no Brasil, onde está inscrito no inciso II do art. 5º da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Obviamente a aplicação do princípio não é irrestrita, sendo de se presumir a delegação de poder à autoridade administrativa que deve regulamentar a vida em sociedade visando à obtenção do bem comum, com ingerência sobre os cidadãos. Este poder regulamentar, como adverte José Afonso da SILVA, não se sobrepõe ao preceito constitucional:

*Se se considerar a lei qualquer norma elaborada pelo Poder Público, independentemente da origem desse poder, então o princípio constitucional vale bem pouco. Não é esse, porém, o sentido da palavra lei. Como vimos, a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até se pode acrescentar que ela pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico. A questão está na legitimidade do sistema coativo, do ordenamento jurídico. Desde que a lei, que obrigue a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, seja legítima, isto é, provenha de um processo legislativo formado mediante consentimento popular e seja formada segundo processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não será prejudicada.*³⁰²

José Joaquim Gomes CANOTILHO vai mais longe ao analisar o princípio constitucional da reserva legal, ressaltando que até o legislador fica limitado pelas garantias estabelecidas:

*A reserva de lei no âmbito dos direitos fundamentais (maxime no âmbito dos direitos, liberdades e garantias) dirige-se contra o próprio legislador: só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias, mas a lei só pode estabelecer restrições se observar os requisitos constitucionalmente estabelecidos. Daí a relevância dos direitos fundamentais como elemento determinante do âmbito da reserva de lei.*³⁰³

Que dizer então da agência executiva como órgão autônomo no exercício de poder regulamentar delegado pelo executivo? Parece perfeitamente adequada a observação:

³⁰² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14.ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 229.

³⁰³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2.ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 638.

*Sempre que a lei autoriza ou habilita a administração a complementar ou executar os seus preceitos, isso não significa a elevação dos regulamentos ao escalão legislativo, pois tal é expressamente proibido pelo princípio da tipicidade das leis. Daí que: a) a norma regulamentar executora ou complementar continue a ser uma norma separada qualitativamente diferente da norma legal, pois a norma legal reenviante não incorpora o conteúdo regulamentar nem lhe pode atribuir força legal; b) ambas as normas mantenham a natureza e hierarquia respectivas, não se verificando qualquer fenômeno de integração.*³⁰⁴

Todas as decisões na esfera regulatória emanadas de agência executiva, portanto, submetem-se ao crivo da legalidade estrita a que está sujeita a atividade administrativa, podendo ser questionada perante o judiciário a impositividade do seu cumprimento.

Com razão, então, DI PIETRO quando afirma que, mesmo tratando da ANATEL e da ANP, jamais se poderá admitir função legislativa propriamente dita, *com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto contrariaria o princípio da separação de poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais no art. 5º, II, da Constituição Federal.*³⁰⁵

Em se tratando de todas as demais agências, constituídas a partir do modelo norte-americano, sem dúvida ficará prejudicada a sua competência normativa, uma vez que qualquer ato poderá facilmente ser discutido e derrubado pela via judicial.

Como consequência dessa difícil apuração da competência e da responsabilidade administrativa, começam a surgir os primeiros problemas decorrentes da privatização dos monopólios naturais e da atuação (ou falta de) das agências criadas por lei específica para atuar nestas áreas.

O que se verifica é um descompasso entre a agenda das privatizações e a atuação das agências, com reflexos negativos para o consumidor:

*O problema da privatização dos monopólios naturais é deixada para trás. A experiência recente dos problemas com a qualidade dos serviços prestados pelas empresas de energia elétrica do estado do Rio de Janeiro, CERJ e Light, privatizadas antes mesmo de estar estabelecida a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, é um exemplo concreto da falta de clareza sobre a questão da privatização dos monopólios naturais.*³⁰⁶

³⁰⁴ CANOTILHO, J. J. G. Idem, p. 740.

³⁰⁵ DI PIETRO, M. S. Z. op. cit., Ibidem.

³⁰⁶ ANDREWS, W. A. & KOUZMIN, A. op. cit., p. 110.

A falta de clareza na agenda governamental para os monopólios estatais, mesmo após realizada a maior parte das privatizações, fica evidente na leitura de BRESSER PEREIRA:

*Na produção de bens e serviços há hoje consenso cada vez maior de que a propriedade deva ser privada, particularmente nos casos em que o mercado pode controlar as empresas comerciais. Quando há monopólio natural, a situação ainda não é clara, mas, mesmo nesse caso, com uma agência reguladora eficaz e independente, a propriedade privada parece ser mais adequada.*³⁰⁷

Um importante documento sobre a atuação das agências executivas e seus respectivos mecanismos legais com relação aos serviços públicos é o relatório de “Avaliação dos marcos regulatórios e os mecanismos de participação do consumidor no controle social relativo aos serviços públicos essenciais de energia elétrica, telefonia fixa, água e saneamento básico”, publicado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC em janeiro de 2000.

O relatório denuncia o descompasso existente entre a apertada agenda das privatizações que transferiram à iniciativa privada a execução dos serviços públicos e o lento trâmite de implementação das agências, que já deveriam existir antes da designação dos leilões:

*O que assistimos não foi um processo de privatização iniciado com a criação das agências reguladoras e a regulamentação dos setores precedendo a venda do controle acionário das empresas sob o poder do Estado para a iniciativa privada. O processo se deu de forma inversa; ou seja, a partir de 1995 começaram as privatizações na área de distribuição de energia elétrica e a Lei 9.427, que ‘institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências’, só foi promulgada em 26 de dezembro de 1996. O mesmo ocorreu no setor da telefonia.*³⁰⁸

O resultado foi o surgimento de *enormes e graves problemas para o usuário, sem que houvesse regras claras expedidas no caso da energia elétrica ou ineficácia de atuação do órgão regulador no caso da telefonia, capaz de responder aos problemas surgidos.*³⁰⁹

³⁰⁷ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 34.

³⁰⁸ IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Avaliação dos marcos regulatórios e os mecanismos de participação do consumidor no controle social relativo aos serviços públicos essenciais de energia elétrica, telefonia fixa, água e saneamento básico. Extrato do relatório. <http://www.uol.com.br/idec/noticias/tele16.htm>; 15/03/2000, p. 2-3.

³⁰⁹ IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Idem*, *ibidem*.

Lembra ainda o IDEC que a política nacional das relações de consumo protege expressamente o consumidor de serviços públicos no art. 4º, inc. VI do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.031/90), e que inobstante a criação das agências executivas por leis específicas, a Lei 8.987/95, que trata das Concessões de Serviços Públicos *não dispensou a participação do Estado na regulamentação, acompanhamento e fiscalização desses serviços.*³¹⁰

Não é nada raro encontrar-se na imprensa notícias confirmando as conseqüências negativas que se seguiram à privatização dos serviços, frustrando a promessa de maior qualidade e eficiência, com queda nos preços em razão da livre concorrência:

Telefônica troca euforia por explicações

*O presidente da Telefônica no Brasil, Fernando Xavier Ferreira, admitiu estar desrespeitando uma meta permanente fixada pelo governo federal para as concessionárias que assumiram o serviço de telefonia.*³¹¹

Telefonia foi a campeã de queixas em 1999

*Em relação ao ano anterior, as reclamações contra o sistema de telefonia cresceram 68,6%. Embora apareçam entre as primeiras da lista, as queixas contra os planos de saúde foram 36,6% menores do que em 98 e no caso de serviços de água e esgoto houve queda de 47,6%. (...) A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que regulamenta o setor de telecomunicações, informou, por meio de sua assessoria de imprensa, considerar natural um número elevado de reclamações levando-se em conta que 99 foi o primeiro ano de sistema privatizado.*³¹²

Teles fogem de metas; admite Anatel

Dois anos após a privatização do Sistema Telebrás, grande parte da população brasileira continua sem ter acesso ao sistema de telecomunicações.

As metas definidas pelo governo federal para universalizar o acesso à telefonia não são cumpridas pelos consórcios vencedores do leilão da privatização. Quem admite a falha é a própria Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), órgão criado especialmente para fiscalizar as empresas de telefonia.

(...) O principal problema na fiscalização é que as próprias empresas enviam mensalmente à Anatel os relatórios de qualidade

³¹⁰ IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Idem, ibidem.

³¹¹ CORRÊA, Sílvia e FRANCO, Célia de Gouvêa. Telefônica troca euforia por explicações. Folha de São Paulo, São Paulo, 10/01/1999, caderno 3, p. 1-05.

³¹² O ESTADO DE SÃO PAULO, 'Net: Telefonia foi a campeão de queixas em 1999'. <http://www.uol.com.br/idec/noticias/reclama.htm>, 17/01/2000

*de serviço. É como se um aluno preenchesse o boletim escolar com as notas que quisesse tirar. A Anatel não tem uma equipe para fiscalizar os números e não há punição prevista. As punições só começam em 2003.*³¹³

Veja-se a gravidade da denúncia quanto à inexistência de qualquer equipe de fiscalização por parte da agência de telefonia. Como falar, então, em eficiência sem avaliação? O único controle de qualidade tem sido feito pelas próprias concessionárias, que enviam relatórios às agências, restando aos cidadãos então lotar os PROCONS que, como visto, continuam com competência sobre a matéria.

Contudo, a maior irregularidade constante no relatório do IDEC, diz respeito à evolução dos preços das tarifas públicas, matéria onde as decisões estariam sendo *tomadas com expressivos graus de liberdade, sem consulta e sem transparência, por um pequeno círculo que se localiza em instâncias enclausuradas na alta burocracia.*³¹⁴ Tal atitude contraria frontalmente o próprio espírito da reforma administrativa ao deixar o consumidor totalmente alheio ao processo decisório. Como se disse, são princípios da regulação da atividade econômica através das agências a tutela dos monopólios naturais e o respeito ao interesse público.

O objetivo da descentralização administrativa continua sendo aumentar a eficiência e a legitimidade da atuação estatal através da consulta ao usuário direto, o que não tem sido constatado na prática.

Cumprir lembrar ainda que o processo de recuperação (aumento) das tarifas públicas, em especial dos chamados subsídios cruzados, onde o maior consumidor sofre acréscimo na tarifa e o menor consumidor, mais humilde, obtém descontos subsidiados, como já foi trazido por BIONDI³¹⁵, se iniciara antes mesmo da privatização, continuando nos anos seguintes sem que a progressão tivesse qualquer continuidade:

No Brasil, telefonia só ficou mais barata para as empresas. O barateamento dos serviços para os grandes consumidores e o encarecimento para os pequenos também foi verificado no Brasil. Só que, aqui, esse processo aconteceu antes mesmo da privatização, numa tentativa de tornar as estatais mais lucrativas e atraentes aos futuros compradores. 'No telefone, a assinatura residencial subiu 2.500%', diz a coordenadora jurídica do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), Flávia Lefevre. A assinatura passou de R\$ 0,61 em 1995 para os R\$ 16,49 cobrados

³¹³ CABRAL, Otávio. Teles fogem de metas, admite Anatel. Folha de São Paulo, São Paulo, 30/04/2000, caderno 02, p. 01.

³¹⁴ DINIZ, E. *op.cit.*, p. 15.

³¹⁵ BIONDI, A. *op.cit.*, p. 21.

*atualmente. Para as empresas, maiores consumidoras dos serviços de longa distância, a conta ficou mais barata. Antes mesmo da privatização, o realinhamento dos preços reduziu o custo dos interurbanos e das ligações internacionais.*³¹⁶

Chega, então, o Instituto na sua avaliação à seguinte conclusão:

*A exclusão da grande massa de consumidores residenciais do processo de definição de políticas tarifárias, com o objetivo claro de atingir a inversão do subsídio cruzado, é um enorme equívoco que poderá jogar por água abaixo o Programa de Reforma Administrativa, que, na verdade, deveria estar significando um ganho de qualidade na prestação do serviço e modicidade de tarifas para o consumidor, o que pública e notoriamente não tem ocorrido no setor de energia elétrica, onde a privatização já ocorreu há quatro anos.*³¹⁷

Torna-se difícil admitir os argumentos simplistas relativos à pouca experiência da atuação regulatória, já que, conforme as disposições legais mencionadas, mesmo tendo sido privatizados os serviços, não deixou o Estado de ter responsabilidade sobre eles.

Mais uma vez, portanto, o controle da atuação das agências governamentais apresenta-se com uma questão de política pública, fugindo à seara do estudo estritamente jurídico. Sendo a decisão relativa a concessão de serviço de natureza discricionária do administrador, o controle sobre tais agentes no Brasil, bem recorda PRZEWORSKI, é exercido quase que exclusivamente pelo voto.³¹⁸

3.3 - O Programa Nacional de Publicização e as Organizações Sociais

A proposta da reforma administrativa para a transformação do setor das atividades que não implicam em exercício do poder estatal consiste na transferência gradativa de tais atividades para o setor privado ou, mais especificamente, como convencionou denominar, o setor 'público não-estatal'.

Tem-se assim que as Organizações Sociais são o modelo institucional para o setor de atividades não-exclusivas de Estado que pressupõe a desconexão, em relação à

³¹⁶ O ESTADO DE SÃO PAULO, Net: No Brasil, telefonia só ficou mais barata para as empresas. <http://www.uol.com.br/idec/noticias/not280201.htm>, 28/02/2000.

³¹⁷ IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *op.cit.*, p. 8.

³¹⁸ PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 66

*administração pública, das entidades prestadoras de serviços na área social, mediante extinção e subsequente absorção de suas atividades por entidade pública não-estatal, criada fora do Estado.*³¹⁹

Com este espírito é que foi aprovada a Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, que é considerada como sendo o marco legal e início da implantação do Programa Nacional de Publicização, assim denominado o processo de passagem das atividades da administração para as Organizações Sociais, em oposição à privatização, por referir-se à *produção não-lucrativa pela sociedade de bens ou serviços públicos não-exclusivos de Estado*,³²⁰ logrando, com isso, maior autonomia e flexibilidade de ação, juntamente com uma responsabilização maior para os dirigentes.

Cumprir trazer aqui a advertência de Marçal JUSTEN FILHO de que a denominação Organização Social não trata de um novo conceito de entidade, mas tão somente de uma ‘qualificação’.³²¹ Tal qualificação será outorgada, na forma do art. 1º da Lei 9.637/98, às *peçoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*, atendidos aos requisitos legais.

Sendo pessoas de direito privado, Celso Antônio Bandeira de MELLO considera inadequado qualificar as Organizações Sociais como integrantes da administração indireta, pois trata-se de *organizações particulares beneficiárias de contratos de gestão para exercer atividades públicas e agraciadas com bens públicos, móveis ou imóveis, com verbas públicas e com trabalho de servidores, a expensas do erário.*³²²

Ainda dentro da conceituação necessária para o estudo da matéria, convém delimitar adequadamente o chamado setor público não-estatal ou terceiro setor, que é, também, pré-existente à reforma. Anteriormente, tal espaço já era ocupado pelas chamadas Organizações Não-Governamentais (ONG’s), pelos Serviços Sociais Autônomos (SESC, SESI, SENAI), e pelas ordens profissionais e entidades de classe (Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, Ordem dos Músicos, CREA, CRM, CRC, etc).

³¹⁹ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Os Avanços da Reforma na Administração Pública. *Cadernos do Mare* 15, p. 63.

³²⁰ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Organizações Sociais. *Cadernos do Mare* 2, p. 7.

³²¹ JUSTEN FILHO, M. *op. cit.*, p. 244.

³²² MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*, p. 143.

O que se pretende agora é ampliar as suas possibilidades de atuação para as demais áreas da atividade estatal onde não for necessário o exercício do poder coercitivo (atividades não-exclusivas). Por isso, a lei indica claramente as hipóteses de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

De acordo com o projeto do governo, *trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público.*³²³

Dessa forma, preenchidos os requisitos legais, um dos quais é ter como órgão de deliberação superior um conselho de administração, inclusive com a participação de representantes do poder público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral, tais entidades poderão receber recursos orçamentários e bens públicos, mediante permissão de uso, para cumprimento dos objetivos fixados no contrato de gestão (arts. 11 e 12 da Lei 9.637/98).

Por recursos orçamentários e bens públicos, entendem-se as instalações e equipamentos dos órgãos estatais e entidades em extinção: hospitais, postos de saúde, centros de pesquisa, laboratórios, colégios, universidades, teatros, museus, orquestras, etc., além do pessoal estatutário contratado pelo órgão findo e dos recursos necessários à sua manutenção.

Pretende-se que a adesão seja espontânea, com a passagem das atividades para os setores não estatais e a extinção gradual dos órgãos da administração pública. Inicialmente o modelo deve ser aplicado projetos denominados 'laboratórios', tendo sido extintas duas instituições federais convertidas em organizações sociais: a Fundação Roquette Pinto e o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron. Além dessas entidades, os projetos-piloto hoje incluem a Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, o Instituto Nacional do Câncer – INCA, o PROBEM/AMAZÔNIA, e o Museu Imperial de Petrópolis.³²⁴

O programa prevê uma ampliação da atuação das Organizações Sociais, que devem predominar à atuação burocrática, restringindo esta aos setores do núcleo

³²³ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Organizações Sociais. *Cadernos do Mare* 2, p. 13.

estratégico, onde são tomadas as decisões relativas às políticas públicas, e às já estudadas atividades típicas de Estado:

*A implantação de um programa de 'publicização' - transformação de entidades estatais de serviço em entidades públicas não-estatais - permitirá que essas instituições ganhem ampla autonomia na gestão de suas receitas e despesas. Continuarão a contar com a garantia básica do Estado, que lhes cederá a título precário seus bens e seus funcionários estatutários, mas agora serão entidades de direito privado, que escapam às normas e regulamentos do aparelho estatal e particularmente de seu núcleo burocrático, onde continuarão relativamente rígidas, mesmo depois da reforma constitucional.*³²⁵

Diante da pretensão de modificar-se a feição da administração pública, dando-lhe uma perspectiva nitidamente privatista e resguardando-se ao Estado uma função fiscalizadora e ordenadora, Odete MEDAUAR constata que *as Organizações Sociais vêm gerando dúvidas e críticas, em virtude, principalmente, da preocupação com a preservação do patrimônio público e com a gratuidade e universalidade do acesso a serviços públicos nas áreas acima indicadas.*³²⁶

A confusão conceitual inicia-se quando se indaga se basta que sejam atendidos os requisitos legais para que o poder público outorgue a qualificação à Organização Social. Paulo MODESTO não esclarece a questão quando afirma que:

*Ser organização social, por isso, não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um título jurídico especial, conferido pelo Poder Público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei. Esses requisitos são de adesão voluntária por parte das entidades privadas e estão dirigidos a assegurar a persecução efetiva e as garantias necessárias a uma relação de confiança e parceria entre o ente privado e o Poder Público.*³²⁷

Sendo a adesão voluntária, como se dará então a escolha das entidades no caso de comparecer mais de uma pretendente? Na hipótese da realização de um procedimento licitatório (CF, art. 37, XXI), é necessária a prévia habilitação como Organização Social?

³²⁴ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Os Avanços da Reforma na Administração Pública. *Cadernos do Mare 15*, p. 65.

³²⁵ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública. *Cadernos do Mare 3*, p. 38.

³²⁶ MEDAUAR, O. *Direito administrativo moderno*, p. 111.

³²⁷ MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e o marco legal das organizações sociais no Brasil*. http://www.infojur.cqj.ufsc.br/arquivos/direito_administrativo/doutrina/reforma_administrativa.html; 09/12/1999, p. 5.

É reconhecida a necessidade de se controlar o processo de escolha. Para tanto, MODESTO fala inclusive na construção de uma nova ética do serviço público no Brasil, baseada justamente na construção desta relação de confiança e parceria entre iniciativa privada e administração pública.³²⁸

Mais pragmático, BRESSER PEREIRA se refere ao processo de mudança do controle pelo procedimento para o controle pelo resultado, afirmando que, para tanto, *será preciso extinguir as atuais entidades e substituí-las por fundações públicas de direito privado criadas por pessoas físicas.*³²⁹

Diante da possibilidade de tamanha transição, continuam sem resposta outras questões: diante do novo princípio da eficiência consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, há possibilidade da prestação de serviço público acarretar em prejuízo? Em caso positivo, quem se disporá a correr o risco em nome de uma *ética da solidariedade*?

Tal hipótese não é nada remota. Veja-se, por exemplo, a oferta de cursos pouco procurados, não só técnicos ou profissionalizantes, mas também o estudo de uma língua pouco utilizada pelos meios de comunicação, seja tupi-guarani, russo, alemão ou japonês. A dificuldade se estende aos próprios cursos superiores. É um interessante exercício imaginar como se manteria uma faculdade de filosofia, de ciências sociais, de geografia ou de história. Haverá algum grupo econômico que se interesse em financiar pesquisa na área das ciências humanas, como lingüística ou, até mesmo, psicologia?

Na área da saúde, é notório que os grandes avanços da medicina com relação a doenças como a AIDS e o câncer ainda continuam muito distantes das camadas mais pobres e que, por razões éticas semelhantes, doenças tropicais que há muito já poderiam ter sido banidas continuam a afetar boa parte da população. É o caso da malária, da dengue, da doença de Chagas e das mais diversas parasitoses que ainda não possuem cura e apresentam caráter endêmico no Brasil. Quem pagaria pela pesquisa da cura, pela manutenção dos hospitais e de tratamentos dispendiosos para doenças típicas da população excluída?

Uma das respostas dada pelo governo, diz respeito à participação popular na administração das Organizações Sociais. *A propriedade pública não-estatal torna mais*

³²⁸ A relação entre as organizações sociais e o Poder Público deve ter fundamento numa ética da solidariedade e numa ética do serviço. (MODESTO, P. *Reforma Administrativa e o marco legal das organizações sociais no Brasil*, p. 7).

fácil e direto o controle social, através da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos envolvidos, ao mesmo tempo que favorece a parceria entre sociedade e Estado. ³³⁰ Realmente, há a previsão expressa de controle social por um conselho de administração deverá conter obrigatoriamente representantes de entidades da sociedade civil e personalidades de notória capacidade e idoneidade.

Indaga-se, contudo, se será suficiente tal participação, pois são conhecidas as dificuldades em se fixarem critérios objetivos de avaliação. Mais uma vez, o déficit de *accountability* apresenta-se como óbice à concretização da reforma. Como fixar critérios objetivos para se definir o que é uma educação eficiente? Seria aquela que não reprova seus alunos? É um atendimento de saúde eficiente? É aquele que mais atende os cidadãos ou o que menos atendimentos demanda, por fixar-se na medicina preventiva?

Conciliar a observação de critérios racionais para a avaliação dos serviços com uma distribuição equânime dos recursos, então, apresenta-se como uma tarefa hercúlea. O próprio BRESSER PEREIRA chega a afirmar:

Outro problema é como assegurar um financiamento estatal que concilie as necessidades de autonomia das entidades sociais com a preservação de sua responsabilidade pelo uso de recursos públicos. De fato, o financiamento estatal coloca uma série de questões críticas, entre as quais as seguintes: como o aparato estatal pode assegurar o uso público dos recursos públicos sem obstaculizar a operação das agências? Que critérios de ordem procedimental podem ser adotados de modo a minimizar os riscos de discricionariedade burocrática e de clientelismo político? ³³¹

No caso do controle da aplicação dos recursos, a principal resposta apresentada pela reforma administrativa reside no chamado contrato de gestão.

3.3.1 - O Contrato de Gestão

O conceito do contrato de gestão é trazido pelo art. 5º da Lei 9.637/98, entendendo-se como o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, destinado à formação de parceria para o fomento e execução de

³²⁹ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 264.

³³⁰ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. A Nova Política de Recursos Humanos. *Cadernos do Mare 11*, p. 22.

³³¹ BRESSER PEREIRA, L. C. & GRAU, N. C. *O público não-estatal na reforma do Estado*, p. 42.

atividades relativas às áreas do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.³³²

Este instrumento de descentralização administrativa já estava previsto expressamente no texto do § 8º do art. 37 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98: *A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade (...).*

Em artigo dedicado a esse instrumento, novo apenas no direito positivo brasileiro, Maria Sylvia DI PIETRO tece um rápido histórico do instituto:

*O contrato de gestão foi idealizado no direito francês como meio de controle administrativo ou tutela sobre as suas empresas estatais. Mas, antes disso, o contrato de gestão já era utilizado como meio de vincular a programas governamentais determinadas empresas privadas que recebiam algum tipo de auxílio por parte do Estado. Mais recentemente, os contratos de gestão passaram a ser celebrados com os próprios da Administração Direta, portanto, com entes sem personalidade jurídica própria; são os chamados centros de responsabilidade que se comprometem, por meio do contrato de gestão, a atingir determinados objetivos institucionais, fixados em consonância com programa de qualidade proposto pelo órgão interessado e aprovado pela autoridade competente, em troca, também, de maior autonomia de gestão.*³³³

Sem dúvida são importantes os valores que se quer consagrar através do contrato de gestão: prestação do serviço público com eficiência e responsabilidade. O problema surge justamente quando, a par da responsabilidade contratual, pretende-se excluir a responsabilidade constitucional a que estão sujeitos os prestadores de serviços públicos, como traz MEDAUAR: *na doutrina é visto como técnica de gestão privada ou meio de propiciar autonomia a empresas, entes ou órgãos estatais, dentro de parâmetros fixados pelo poder central ou, ainda, como técnica de descentralização; mediante o contrato de gestão são estabelecidos objetivos e metas a serem atingidos, ficando sua execução sujeita ao acompanhamento, fiscalização e sanção do poder público.*³³⁴

³³² PEREIRA, C. F. O. *Reforma Administrativa*, p. 280.

³³³ DI PIETRO, M. S. Z. *Contratos de gestão*. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais. http://infojur.cj.ufsc.br/arquivos/direito_administrativo/doutrina.html, 09/12/1999, p. 1.

³³⁴ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*, p. 257.

Idêntica observação é feita por DI PIETRO, adiantando as complicações advindas dessa tentativa de se afastar a incidência da normas de direito público às atividades reguladas pelo contrato de gestão:

*Não há dúvida, no entanto, de que no direito brasileiro as dificuldades de utilização desse tipo de contrato são imensas, em face do direito positivo atualmente em vigor em relação às entidades da Administração Indireta. Especialmente a partir da Constituição de 1988, verificou-se a tendência de publicizar o regime jurídico das pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta. Praticamente foi igualado o seu regime e o da Administração Direta, em termos de contabilidade, orçamento, controle, licitação, processo de seleção de pessoal etc.*³³⁵

Isso ocorre porque parte a administração da premissa equivocada de que *do ponto de vista da gestão de recursos, as Organizações Sociais não estão sujeitas às normas que regulam a gestão de recursos humanos, orçamento e finanças, compras e contratos na Administração Pública.*³³⁶

A maior polêmica diz respeito à dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas, nas respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão, criada pela Lei 9648/98, que acrescentou o inciso XXIV ao artigo 24 da Lei 8666/93.³³⁷

Tal disposição tem encontrado forte resistência quanto a sua aplicabilidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. DI PIETRO desde logo alerta ser este *um caminho bastante tortuoso para escapar ao regime jurídico-constitucional imposto à Administração Pública.* Sugere a autora que *talvez fosse mais simples alterar-se esse regime para permitir maior eficácia às entidades que compõem a Administração Indireta.*³³⁸

Contrariando o raciocínio ratificado na nova lei, a autora aponta restrição expressa na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que apreciou o contrato de gestão celebrado com a Cia Vale do Rio Doce (RDA, 201/311-319):

as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, mesmo aquelas que visem a objetivos estritamente econômicos, em

³³⁵ DI PIETRO, M. S. Z. Idem, p. 5.

³³⁶ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Organizações Sociais. Cadernos do Mare 2, p. 15.

³³⁷ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. As entidades privadas e a lei de licitações e contratos. A emenda Constitucional 19/98 e a Lei 9649/98. http://infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/direito_administrativo/doutrina.html, 09/12/1999, p. 6.

³³⁸ DI PIETRO, M. S. Z. Contratos de gestão. p. 8.

condição de competitividade com a iniciativa privada, ainda que sob o regime de Contrato de Gestão, estão sujeitas a todas as exigências constitucionais e legais, da mesma forma que as demais entidades integrantes da Administração Pública Federal, tais como: obrigatoriedade de concurso público para a seleção e admissão de pessoal (art. 37, II); observância do limite máximo de remuneração de dirigentes e servidores (art. 37, XI); cumprimento das normas para licitação e contratos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações (art. 37, XXI, e Lei n. 8.666/93).³³⁹

Marçal JUSTEN FILHO concorda com essa colocação e a reitera, afirmando ser

(...) inquestionável a necessidade de submeter as contas da organização social à fiscalização dos tribunais de contas. A natureza privada da organização social não elimina sua submissão às cortes de contas, na medida em que gerem bens e recursos públicos. Essa obrigatoriedade foi reafirmada pela nova redação do parágrafo único do art. 70 da CF/88, com a redação produzida pela Reforma Administrativa.³⁴⁰

Ainda mais incisivo é o professor Celso Antônio Bandeira de MELLO:

Deveras, o art. 37, que vaza não apenas regras, mas princípios da Administração Pública direta e indireta, abrangendo, portanto, as empresas estatais, submete-as ao princípio da moralidade administrativa. O abrandamento do regime licitatório (previsto na Lei 8.666) – única razão para se atribuir um regime peculiar às licitações das estatais – em nada contribuirá para a moralidade administrativa, como é óbvio.³⁴¹

Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, as empresas prestadoras de serviço público devem continuar subordinadas ao regime da Lei de Licitações até que esta venha a ser substituída por novo diploma que regulamente suas compras. Para o autor, a supressão da licitação para os contratos de gestão, admitindo o livre credenciamento independente de qualquer processo licitatório, ofenderia o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º), pelo que contém inconstitucionalidade manifesta.³⁴²

Para DI PIETRO, a submissão ao regime de direito público decorre da finalidade de interesse público decorrente da atividade desenvolvida, não importando o nome ou mesmo a natureza jurídica atribuídos pela lei às organizações sociais:

³³⁹ DI PIETRO, M. S. Z. Idem, p. 7.

³⁴⁰ JUSTEN FILHO, M. *op. cit.*, p. 247.

³⁴¹ MELLO, C. A. B. Curso de direito administrativo, p. 136.

³⁴² MELLO, C. A. B. Idem, p. 138-9.

(...) se a instituição das organizações sociais é iniciativa do próprio Estado; se elas são instituídas especialmente para exercerem serviço público delegado pelo Estado; se vão administrar patrimônio público; se vão receber dotações orçamentárias; se vão ficar sob controle do Estado; na realidade elas dificilmente vão escapar das normas constitucionais impostas à Administração Indireta. Até porque a Constituição, quase que prevendo uma situação como essa, a cada vez que se referiu à Administração Pública, direta ou indireta, fez referência a "outras entidades" sob controle do Estado ou a "fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público" ou expressões semelhantes; vejamos, por exemplo, os artigos 22, inciso XXVII, 70, II e III, 165, § 5º, I e III, 169, parágrafo único.³⁴³

Acrescentem-se às restrições constitucionais mencionadas, ainda mais outras inafastáveis, como consequência do mesmo raciocínio: controle pelo Congresso Nacional (art. 49, X); controle pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV); e controle pelo Ministério Público (art. 127 caput c/c art. 129, II).

Para ilustrar a inevitabilidade da licitação prévia ao contrato de gestão, Marçal JUSTEN FILHO usa o elucidativo exemplo de duas Organizações Sociais formadas por grupos distintos de médicos pleiteando a administração do mesmo hospital, para chegar à conclusão que o *contrato de gestão não é uma espécie de porta aberta para escapar das limitações do direito público. Portanto e até em virtude da regra explícita do art. 37, XXI, da CF/88, o Estado é obrigado a submeter seus contratos de gestão ao princípio da prévia licitação.*³⁴⁴ Além do princípio da isonomia já mencionado por Celso Antônio Bandeira de MELLO, o autor relembra o princípio da indisponibilidade do interesse público que impediria a simples entrega da administração da coisa pública ao primeiro grupo que aparecesse.

Outro argumento encontrado é de natureza fiscal. Logicamente, as Organizações Sociais, assim como as Agências Executivas, *pelo fato de administrarem verbas decorrentes de contribuições parafiscais e gozarem de uma série de privilégios próprios dos entes públicos, estão sujeitas a normas semelhantes às da Administração Pública, sob vários aspectos, em especial no que diz respeito à licitação, processo seletivo para seleção de pessoal, prestação de contas, improbidade administrativa e para fins criminais.*³⁴⁵

³⁴³ DI PIETRO, M. S. Z. *Contratos de gestão*. p. 9

³⁴⁴ JUSTEN FILHO, M. *op. cit.*, p. 247.

³⁴⁵ DI PIETRO, M. S. Z. *Contratos de gestão*. p. 10

Referindo-se às empresas públicas MEDAUAR lembra que *a personalidade jurídica privada não afasta a aplicação, a tais entidades, de preceitos do direito público*³⁴⁶. A analogia se faz perceber, pois *tratando-se de prestadoras de serviços públicos, evidente que não poderiam ser regidas somente pelo direito privado; ao contrário, ante a atividade desenvolvida, norteiam-se, em grande parte, por normas do direito público*.³⁴⁷

Também já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a sujeição das empresas públicas às normas de direito público *decorre das características próprias de sua finalidade e da destinação social de suas atividades, que assim não a identificam como mera empresa privada, de índole comercial, adotados os princípios da licitação em suas operações*.³⁴⁸

Levando em conta os critérios da finalidade de interesse público e da utilização de recursos fiscais, Celso Antônio Bandeira de MELLO vai ainda mais longe, afastando definitivamente qualquer possibilidade de se excluir as restrições legais inerentes à função pública das Organizações Sociais: *É evidente, de outra parte, que nem por ato unilateral da Administração, nem por contrato, poderiam ser modificadas disposições de lei. Assim, por óbvio, só se está cogitando de alterações ou providências suscetíveis de serem tomadas a nível subalterno, isto é, sublegal, meramente administrativas*.³⁴⁹

Cabe lembrar, ainda, que todas as atividades relacionadas à atividade das Organizações Sociais estão elevadas à categoria de garantias constitucionais pela Carta de 1988: a educação (art. 205), a pesquisa e a tecnologia (art. 218), a proteção e preservação do meio ambiente (art. 225), a cultura (art. 215) e a saúde (art. 196). Enquanto não se retirarem tais direitos da Constituição, o que parece ser bem pouco provável, o critério da finalidade deverá prevalecer.³⁵⁰

Ressalte-se também que, se no setor de serviços e produção de bens para o mercado já se encontraram grandes dificuldades para o controle das atividades agora prestadas pelo setor privado, como foi visto no tópico referente às Agências Executivas, imagine-se então quais seriam as conseqüências de uma liberalização semelhante em áreas essenciais como a saúde e a educação.

³⁴⁶ MEDAUAR, O. Direito administrativo moderno, p. 75.

³⁴⁷ MEDAUAR, O. Idem, p. 94.

³⁴⁸ STF – 1ª T. – REextr. n. 99.239/DF – Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 27.02.97, p. 2.956. In.: PEREIRA JUNIOR, J. T. op. cit., p. 7

³⁴⁹ MELLO, C. A. B. Curso de direito administrativo, p. 148.

Pertinente a conclusão trazida por DI PIETRO: *estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*³⁵¹

Percebe-se assim que na área dos serviços estatais não-exclusivos, ainda se está bem longe da prática dos “quase-mercados”, característicos da experiência inglesa, onde a administração gerencial pretendeu permitir aos usuários uma livre escolha do prestador de serviços públicos, algo semelhante ao que acontece hoje no Brasil com as telecomunicações.

Mesmo no caso da Grã-Bretanha, há ressalvas a se fazer:

*A implementação do mecanismo de quase-mercados é ainda muito recente para permitir uma avaliação completa de seus resultados. Entretanto, estudos recentes da adoção de quase-mercados no sistema de saúde do Reino Unido mostraram que este foi incapaz de produzir os resultados esperados. A qualidade dos serviços oferecidos foi um critério secundário no estabelecimento dos contratos de gestão quando comparados com os critérios de custos e atividades. Além do mais, - fato que pode surpreender os defensores da Nova Administração Pública – o mecanismo dos quase-mercados não aumentou as oportunidades de escolha dos pacientes.*³⁵²

Justifica-se toda a cautela dedicada ao assunto, pois a falta de controle, já denunciada no caso das privatizações, aplica-se também, e com muito mais gravidade, na transferência dos serviços não exclusivos, em especial da educação e saúde, para o chamado terceiro setor, já que as experiências envolvendo *os quase-mercados não têm proporcionado os resultados esperados e de terem concluído que a questão do controle social se mostrou o ‘Calcanhar de Aquiles’ da Nova Administração Pública.*³⁵³

São muito vagas as hipóteses de avaliação através de “relatórios de desempenho” trazidas pela administração³⁵⁴, situação que dá azo a desvios como aqueles verificados nas atividades privatizadas, onde as empresas privatizadas são as únicas responsáveis pela avaliação da qualidade do serviço.

³⁵⁰ DI PIETRO, M. S. Z. *Contratos de gestão*. p. 11.

³⁵¹ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. p. 264.

³⁵² ANDREWS, W. A. & KOUZMIN, A. *op. cit.*, p. 98.

³⁵³ ANDREWS, W. A. & KOUZMIN, A. *Idem*, p. 114.

³⁵⁴ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações Sociais. Cadernos do Mare 2*, p. 42-3.

Tal posição é reconhecida até mesmo por documento oficial do governo federal, onde se reitera a seguinte colocação:

*Muitas vezes, processos de descentralização de políticas sociais correm à frente do reordenamento institucional, no qual a regulação deve ter papel de destaque, comprometendo a materialização de seus atributos de eficácia, eficiência, probidade e equidade social no uso de recursos públicos que, correntemente, estão associados às vantagens desse processo.*³⁵⁵

Mesmo reduzido a seus devidos limites, o contrato de gestão continua sendo um importante instrumento de modernização da administração pública. Resta então concordar com a observação de Cláudia Fernanda de OLIVEIRA PEREIRA:

*O contrato de gestão só faz sentido se o for para organizar e aumentar sobretudo a efetividade das ações do Estado, na direção de rumos definidos por um projeto para o Estado. É necessária a fixação de critérios para a escolha da melhor alternativa. Assim, novos padrões de eficiência da prestação do serviço devem ser definidos e atingidos, alterando o enfoque principal na expansão e em novos investimentos, obtendo-se as respostas para as questões de como chegar a melhores resultados, sem aumentar a capacidade instalada, e priorizar o investimento em ações com contornos socioeconômicos cada vez maiores.*³⁵⁶

Para a fixação dos tão almejados novos padrões de eficiência, necessária é a avaliação daqueles que detêm poderes políticos, prática muito pouco desenvolvida numa democracia ainda incipiente como a brasileira. Sem esse amadurecimento da sociedade em direção a uma cultura da responsabilização, configura-se em risco considerável a pretendida transferência dos serviços públicos para o setor privado. Muito embora se vejam sinais de amadurecimento, os estudos existentes avançaram muito pouco para que se possa dar tal passo com segurança, principalmente quando tão pouco foram concretizadas as mínimas garantias consagradas pela Constituição de 1988.

³⁵⁵ IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *op. cit.*, p. 20-1.

³⁵⁶ PEREIRA, C. F. O. *Reforma Administrativa*, p. 290.

CAPÍTULO IV

DEMOCRACIA E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

Alguns elementos fundamentais se apresentam como condicionantes para o sucesso das alterações na ordem administrativas que são apresentadas à população brasileira.

Um aspecto importante, que sempre deve ser ressaltado, é a necessidade de salvaguarda da democracia, já que, em grande parte, as reformas têm sido impostas pelos organismos financeiros internacionais como condição para a concessão de ajuda econômica, sem maior consulta à população. Em consequência, omite-se qualquer exigência quanto ao respeito às garantias mínimas do Estado de Direito.

Para SPINK, a presença de um regime de exceção imposto por uma ditadura não acarreta por si só uma transformação. Consta que, na maioria dos regimes militares latino-americanos as reformas administrativas foram sempre resultado de exigências internacionais para a concessão de ajuda financeira correndo, assim, à margem da opinião da maior interessada, a população.³⁵⁷

Por outro lado, as reformas muitas vezes são impostas como condição para a concessão de ajuda financeira pelos organismos internacionais. Peter SPINK descreve esse processo conjunto de mudança nas administrações dos países do chamado terceiro mundo:

Quase sem exceções, todos os países latino-americanos estão, no momento, engajados em processos de reforma do Estado. Programas com o nome de 'Modernização do Estado' e 'Modernização do setor público' vêm sendo financiados pelo Banco Mundial em toda a região e, entre os anos de 1990 e 1995, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) aprovou cerca

³⁵⁷ SPINK, P. Idem, p. 159: De fato, as poucas tentativas feitas de aceitar consultores estrangeiros e mostrar interesse pela reforma nestes dois países [o Paraguai de Stroessner e a Nicarágua de Somoza] provavelmente tinham mais a ver com condições para uma ajuda financeira. Em El Salvador, Panamá, Honduras e Guatemala, o padrão é mais variado, mas as turbulências, de novo, afetam as possibilidades de mudança. Há ações isoladas nos anos 60 e no princípio dos 70, mas pouco acontece, enquanto guerras e o crescimento de regimes internos fortes ligados a grupos elitistas criam situações extremas.

*de 100 ou mais programas, nos quais os componentes 'fortalecimento' e 'reforma do Estado' estavam sempre presentes.*³⁵⁸

BRESSER PEREIRA confirma que, desde 1982, a política de ajuste fiscal e liberalização de preços (desregulação) foi imposta aos países endividados pelos organismos econômicos internacionais, estratégia esta que se revelou equivocada dada a insuficiência das políticas sociais compensatórias, impondo-se um novo direcionamento a partir dos anos 90:

*A centro-direita pragmática e mais amplamente as elites internacionais, depois de uma breve hesitação, perceberam, em meados dos anos 90, que esta linha de ação estava correta, e adotaram a tese da reforma ou da reconstrução do Estado. O Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento tornaram os empréstimos para a reforma do Estado prioritários. As Nações Unidas promoveram uma assembléia geral resumida sobre a administração pública. Muitos países criaram ministérios ou comissões de alto nível encarregadas da reforma do Estado. O World Development Report de 1997 tinha originalmente como título Rebuilding the State. A reforma do Estado tornou-se o lema dos anos 90, substituindo a divisa dos anos 80: o ajuste estrutural.*³⁵⁹

Dessa maneira, estando as decisões relativas às políticas públicas totalmente desvinculadas da vontade da população, por serem oriundas de organismos externos, torna-se cada vez mais preponderante a prática de 'governar por decreto'.

Isso tudo somente vem demonstrar que o chamado sistema de freios e contrapesos não vem funcionando junto com a agenda de reformas, mesmo naqueles países onde se considera vigente a democracia. Tal prática acaba por afastar irremediavelmente a sociedade das decisões administrativas, não só prejudicando o desempenho dos atos de governo como também impedindo a correta avaliação dos seus resultados:

O poder de governar por decreto, usado obsessivamente no Peru, na Argentina e no Brasil durante a última década, mutila esse processo e priva os cidadãos da oportunidade de conhecer a qualidade das políticas. Ao privar a legislatura de sua função deliberativa, e os cidadãos da informação sobre os méritos relativos de políticas alternativas, o decreto-lei reduz a eficácia dos mecanismos de accountability. Na verdade, governar por decreto quase sempre passa a idéia de que o Executivo está

³⁵⁸ SPINK, P. Possibilidades técnicas e imperativos políticos em 70 anos de reforma administrativa. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 141.

³⁵⁹ BRESSER PEREIRA, L. C. A reforma do Estado dos anos 90. p 59.

*ocultando dos cidadãos, e do Legislativo, algumas das razões que o levaram a preferir determinadas políticas.*³⁶⁰

É esse comportamento do executivo, ao evitar o controle externo, que acentua a deficiência de *accountability*. Eli DINIZ denomina este fenômeno de *paradoxo neoliberal: para os governos reduzirem seu papel na economia e expandirem as forças do mercado, o fortalecimento do Estado tornou-se imprescindível, o que resultou não só num esforço de aumento de capacidades administrativas e financeiras, mas também de seu poder de decisão autônoma.*³⁶¹

No caso específico brasileiro, DINIZ denuncia a subordinação do parlamento através de uma *hipertrofia da capacidade legislativa concentrada na alta burocracia governamental*, em especial a partir do Plano Real, com a publicação de um sem número de Medidas Provisórias (ver no 1º capítulo, nota 14 do item 1.1), acarretando *forte desequilíbrio entre os poderes despótico e infra-estrutural do Estado*³⁶², fora do controle político e, via de consequência, acima da opinião pública.

Vale lembrar que o instituto das Medidas Provisórias foi concebido no art. 62 da Constituição Federal de 1988 para situações emergenciais. Como relata DINIZ, pouco tardou para que passassem a integrar a rotina administrativa, *tendo sido empregadas para a execução de um amplo espectro de políticas, incluindo não só os pacotes voltados para a estabilização econômica e alguns itens dos programas de ajuste, como também inúmeras outras questões, desde políticas setoriais até aumentos salariais para alguns segmentos do funcionalismo civil e militar.*³⁶³

A edição de Medidas Provisórias pelo executivo, sem qualquer forma de controle, acaba até mesmo a controlar a agenda do legislativo - considere-se, além disso, ser também do executivo a autoria da maioria dos projetos de lei submetidos a apreciação. Prova disso é que, só no primeiro ano do governo Fernando Henrique CARDOSO, foram editadas 450 (quatrocentos e cinquenta) medidas provisórias, produção acima da capacidade de referendo do Congresso Nacional.

Outro fato que acaba por relativizar o poder decisório do legislativo é a aplicação da 'política do fato consumado', quando a matéria regulada provisoriamente vem a ser apreciada, o que, segundo DINIZ, possui um *efeito paralisador sobre o Legislativo*,

³⁶⁰ PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 67.

³⁶¹ DINIZ, E. *op. cit.*, p. 7.

³⁶² DINIZ, Eli. 'Uma perspectiva analítica para a reforma do Estado'. *Revista Lua Nova*, São Paulo, Editora Tec. Art. Jan./abr. 1998 n. 45 p. 33.

que evita rejeitar a matéria em função das repercussões negativas que seriam causadas após meses de aplicação do diploma.³⁶⁴

Descrevendo tal processo como uma *hipertrofia do poder decisório*, Eli DINIZ chama a atenção para a *falência executiva do Estado*³⁶⁵, especialmente no que diz respeito à implementação e manutenção dos serviços públicos básicos, uma vez que a maior parte do esforço administrativo está concentrada na produção normativa que deveria ser tarefa do legislativo.

Em razão disso, torna-se muito importante o estudo das reformas dentro do estrito limite da legalidade a que deve se pautar sempre a atividade administrativa, e mais, exigindo-se que tenham como objetivo atender aos compromissos assumidos pelo Estado para com a sociedade. Por isso, para SPINK, o *objetivo da reforma do Estado é construir instituições que dêem poder ao aparelho do Estado para fazer o que deve fazer e o impeçam de fazer o que não deve fazer*.³⁶⁶

Destaca-se o respeito ao princípio da legalidade como segundo elemento que deve andar juntamente com o amadurecimento da ordem democrática, permitindo ser classificado como atentatória à ordem constitucional, ou simplesmente golpismo, qualquer tentativa em sentido contrário. Ademais, como alerta Augustín GORDILLO, *nenhuma justificação, nem jurídica e nem política, menos ainda ética, pode existir para pretender aplicar ao Estado moderno os critérios com os quais funcionaram os governos absolutistas do passado*.³⁶⁷

Surge daí a necessidade de se buscar um equilíbrio entre a eficácia da ação administrativa e a proteção dos administrados contra o arbítrio estatal. A falta de controle, grande componente da crise da administração burocrática, pode acabar por anular os esforços empenhados na criação de novos modelos. Deve-se evitar repetir os erros do passado.

Um equívoco repetido pelas mais diversas administrações é não ter sido a reforma acompanhada de uma efetivação de profundas mudanças sociais, em direção à redução das desigualdades, terceiro fator que deve nortear as reformas.

³⁶³ DINIZ, E. *Idem*, *Ibidem*.

³⁶⁴ DINIZ, E. *Idem*. p. 35.

³⁶⁵ DINIZ, E. *Globalização, ajuste e Reforma do Estado: Um balanço da literatura recente*. p. 14.

³⁶⁶ PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 39.

³⁶⁷ GORDILLO, A. *op. cit.*, p. 34.

Sabendo-se que o Direito Administrativo deve ser o melhor caminho para assegurar a salvaguarda dos cidadãos, constata-se que a maior dificuldade hoje é a falta de meios de garantia dos direitos meta individuais (sociais).

A denunciar tal problema, basta verificar que tornam-se cada vez mais freqüentes as chamadas *áreas marrons*³⁶⁸, onde *a presença estatal se tornou tênue ou mesmo inexistente*:

*A baixa presença do Estado em segmentos e áreas expressivas do país, sua omissão na prestação de serviços essenciais, na provisão universal de bens públicos e na garantia da ordem legal, claramente inexistente em parte substancial do espaço social, transformaram-se num fator de agravamento do quadro de deterioração social. Assim, a reforma social e a reforma do Estado são estreitamente independentes.*³⁶⁹

Percebe-se uma indecisão por parte dos administradores quanto à forma como deverão ser administrados os serviços públicos que passam à esfera privada. O próprio governo federal reconhece a carência de programas eficazes para a superação das necessidades e da desigualdade social, sabidamente este o ponto mais frágil do atual governo:

*A experiência mostra que nem a primazia do setor privado (transporte) nem a predominância estatal (saneamento) produziram resultados satisfatórios do ponto de vista do acesso da população pobre a esses serviços, e revela que o problema não está na propriedade dos serviços, mas, sim, na ausência de uma política integrada para lidar com o problema da exclusão social. Assim, não é a privatização em si mesma objeto de preocupação, mas, sim, a ausência de políticas eficazes para lidar com o problema.*³⁷⁰

Há que se reconhecer, também, a dificuldade em se estabelecer a medida certa de intervenção. Difícil dizer quem, dentro ou fora do governo, estaria apto a dar essa receita. A causa de tal indecisão parece estar vinculada à mencionada *falência executiva do Estado*.

Verificando a lentidão na tomada de atitudes pelo governo, JOAN PRATS I CATALÁ, diretor do Barcelona Governance Project, da Universidade das Nações Unidas chama atenção para o evidente atraso na agenda de reformas:

³⁶⁸ DINIZ, E. *Globalização, ajuste e Reforma do Estado: Um balanço da literatura recente*. p. 13.

³⁶⁹ DINIZ, E. *Idem*. p. 14.

³⁷⁰ IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *op. cit.*, p. 123.

Ao se adotar a nova perspectiva, vê-se que a quantidade de reformas pendentes é verdadeiramente assustadora:

- A adequação e a limpeza dos sistemas eleitorais correm paralelas à necessidade de melhorar a imagem, a organização, a representatividade e o sistema de financiamento dos partidos.

- Os grandes consensos que as reformas institucionais exigem não podem ser obtidos a partir da liderança exclusiva do presidente; passa a ser indispensável fortalecer a instituição e o aparelho organizacional dos legislativos nacionais.

- A superação do corporativismo exigirá um sistema jurídico que assegure efetivamente as liberdades econômicas e sociais em um Estado de direito garantido por um Poder Judiciário independente, eficaz e responsável.

- Em muitos países será necessário avançar na construção das instituições de mercado: definição clara e garantia dos direitos de propriedade e cumprimento dos contratos; legislação e registros comerciais; reforma fiscal e da administração tributária; defesa da livre concorrência de mercado e dos direitos de consumidores e usuários; regulamentação dos mercados de valores; supervisão eficaz do sistema financeiro; desenvolvimento das novas capacidades regulatórias coerentes com a concorrência de mercado, depois de concluídas as privatizações e desregulamentações necessárias.

- Estabelecimento de programas e fundos dirigidos à redução da pobreza; garantia pública de acesso universal a certos serviços essenciais, sobretudo aos serviços de saúde e educação; desburocratização dos serviços essenciais e progressivo envolvimento do setor privado na oferta desses serviços; desenvolvimento das capacidades de gerenciamento social.³⁷¹

O passo lento e ineficaz das reformas a que se propôs o governo (não só a administrativa, mas a tributária, política, sindical, judicial, do Código Civil de 1916 e do Código Penal de 1940), é hoje amplamente reconhecido e denunciado no país.

As reformas são tímidas e medrosas, como afirma o editorial de um importante jornal brasileiro:

Embalado na retórica da reforma do Estado, que não avançou o suficiente, o presidente sofre a reação um tanto tardia, talvez por isso ainda mais virulenta, de setores que há décadas procuram submeter o Estado aos seus interesses imediatos. Para os pragmáticos, a crise seria administrável por meio do expediente da distribuição de favores. Haveria perdas, recuos, aceitáveis em nome da continuidade do status quo, condição para a reforma lenta e gradual das instituições: foi a receita da redemocratização.

³⁷¹ CATALÁ, Joan Prats i. 'Governabilidade democrática na América Latina no final do século XX'. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 276-7.

*Mas o pragmatismo só era possível porque o Estado ainda conseguia atender apetites dos setores que se defendiam da mudança. Agora o Estado está exaurido. Não há espaço para acomodações oportunistas, o que provoca reações iracundas de políticos cevados no clientelismo. Produz-se terrível círculo vicioso: maior a escassez de recursos, maior a grita de setores que se mobilizam para atacar o Tesouro, o que aumenta a escassez e o desespero.*³⁷²

Dessa maneira, a lentidão nas mudanças acaba por favorecer aqueles grupos que se beneficiam há muitos anos da estrutura administrativa, em detrimento da maioria da população, deturpando completamente o sentido das reformas.

O cientista político Sérgio ABRANCHES também considera incompletas as reformas promovidas pelo governo federal, constatando sua ineficácia, resultante da frustração do objetivo maior, a promoção do bem comum:

Na reforma do Estado o quadro regulatório foi feito por uma parte do governo – e mal, tão mal que o Congresso teve de redesenhar a Agência Nacional de Energia Elétrica, Aneel. A reestruturação administrativa foi feita por outro grupo, que imaginava política regulatória diferente e mais acertada. A privatização veio de outro setor, que fazia tudo para vender as empresas, sem planejar o day after de modo a garantir que a privatização além de um bom negócio para os compradores trouxesse benefícios para os consumidores.

Todos esses males revelam que a reforma do Estado está incompleta. E não pelo que deixou de ser votado. Quase tudo foi votado. O que faltou foi uma visão estratégica, de conjunto, que juntasse privatização, desregulação e a criação de uma nova estrutura regulatória sob uma mesma ótica, para o benefício coletivo.

*O Estado continua dividido em feudos, que não se falam e competem por poder. A reforma não tinha visão do novo Estado e, por não tê-la, manteve o velho na sua essência.*³⁷³

Diante das inúmeras críticas quanto a este importante aspecto, o governo se apresenta bastante inerte.

Se, por um lado, BRESSER PEREIRA afirma que as principais mudanças da reforma administrativa já foram feitas, com a aprovação *quase na íntegra da respectiva emenda constitucional*,³⁷⁴ por outro lado, reconhece a resistência contra reforma, identificada em dois grupos bastante distintos: *de um lado, nos setores médios e baixos do*

³⁷² FRIAS FILHO, Otavio. Governo Sitiado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15/08/1999, caderno 1, p. 1-2.

³⁷³ ABRANCHES, Sérgio. Reforma incompleta. *Revista Veja*. São Paulo, 08/03/2000, edição 1639, ano 33, n. 10, p. 96.

³⁷⁴ BRESSER PEREIRA, L. C. Um novo aprendizado. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 10/01/1999, caderno, 1, p. 03.

funcionalismo, nos seus representantes corporativos sindicais e partidários, que se julgam de esquerda; de outro, no clientelismo patrimonialista ainda vivo, temendo pela sorte dos seus beneficiários, muitos dos quais cabos eleitorais ou familiares de políticos de direita.

375

Considerando estar a reforma sendo conduzida dentro de um contexto democrático - o que por si só já é de grande valia -, tal fato possibilita que grande parte das forças políticas, ainda vinculadas ao antigo modelo, em função das vantagens que extraíam dele, possam atuar de modo a atrasar sua implementação.

A saída para este problema volta a ser a adoção de formas de formas eficazes de controle, que acabariam por provar, como indicam ANDREWS & KOUZMIN, *que o individualismo é limitado e que a ação coletiva pode funcionar mais eficazmente que os mercados.*³⁷⁶

Ainda tratando de democracia e legitimidade, merece menção o profundo trabalho de convencimento, promovido pela administração federal, para persuadir a sociedade da inevitabilidade da reformas no Estado para manutenção do plano de estabilização econômica (Real), movimento que contou com ampla adesão dos meios de comunicação, em especial a televisão.

Inúmeras são as passagens onde a administração reconhece a importância do empenho em divulgar as reformas e colocar a população a seu favor. Veja-se, por exemplo, o que afirma ABRUCIO: *a população também deve ser convencida da necessidade das reformas. Para tanto, é preciso envolver a sociedade o máximo possível, conscientizando-a da importância de se reconstruir o aparelho burocrático.*³⁷⁷

BRESSER PEREIRA descreve as diferentes reações que se seguiram após o início da divulgação dos planos da reforma:

A reação imediata dos funcionários civis, dos intelectuais e da imprensa foi bastante negativa. Reagiram contra a mudança, contra as reformas que lhes pareciam ameaçadoras. Passados alguns meses, contudo, o apoio surgiu, primeiro o dos governadores estaduais, depois o dos prefeitos, empresários, imprensa e, finalmente, da opinião pública. De repente, a reforma passava a ser vista como necessidade crucial, não apenas interna,

³⁷⁵ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 267.

³⁷⁶ ANDREWS, W. A. & KOUZMIN, A. *op. cit.*, p. 116.

³⁷⁷ ABRUCIO, F. L. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 194.

*mas exigida também pelos investidores estrangeiros e pelas agências financeiras multilaterais.*³⁷⁸

Certamente esse foi um fator determinante para que o governo obtivesse tão significativas concessões do poder legislativo que, em razão do enorme avanço da abrangência dos meios de comunicação³⁷⁹, mostra-se mais sensível do que nunca à opinião pública.

É o que disse o então Ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado, BRESSER PEREIRA:

*Antes do início deste ano não existia nem uma opinião pública, nem uma visão coerente da sociedade civil sobre a administração pública, e, particularmente, sobre o problema da estabilidade. Só havia uma clara indignação com os 'marajás', que recebem remuneração superior à do presidente da república. Neste ano, entretanto, o tema tomou conta da agenda nacional. Passou a ser discutido em todos os fóruns. Nos jornais, na televisão, no rádio, nas universidades, nas entidades representativas da sociedade, nas famílias. E daí surgiu uma opinião clara: a favor da flexibilização da estabilidade, a favor da possibilidade de se cobrar trabalho e dedicação dos servidores, e a favor da eliminação de privilégios e distorções no serviço público brasileiro.*³⁸⁰

Considerado o enorme e indiscutível avanço representado pela ampla divulgação da reforma junto à população através dos meios de comunicação, é importante observar que a transparência administrativa não acompanhou o mesmo passo, mostrando-se ainda bastante atrasada para o nível de mudanças que pretende implantar.

As notícias mais recentes acerca da corrupção no país mostram que há necessidade de se resolver, com urgência o problema da moralidade administrativa. Isto passa obrigatoriamente pela questão da transparência. Em seu magistério, CARLIN destaca a necessidade de uma nova mentalidade, que corresponda aos novos tempos, com a coragem de enfrentar dogmas, na proposta da universalização do direito e a realização da justiça.³⁸¹

Dentro dessa nova mentalidade, é imprescindível a ampliação da participação popular, como recomenda DINIZ: *A visão de capacidade governativa sugere a pressupõe o aumento da participação e a ampliação dos controles externos, pelo*

³⁷⁸ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 22.

³⁷⁹ Em torno da reforma travou-se um debate nacional no qual a imprensa teve papel fundamental. Eu e minha equipe percorremos o país inteiro num trabalho intenso de comunicação e persuasão. (BRESSER PEREIRA, L. C. *Um novo aprendizado*, p. 3).

³⁸⁰ O GLOBO, 17/10/1995.

³⁸¹ CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica – Ética e justiça*. Florianópolis: UFSC, dez/1996, p. 171-2.

*reforço dos mecanismos e procedimentos formais de prestação de contas ao público, ao lado da institucionalização das práticas de cobrança por parte dos usuários dos serviços públicos e dos organismos de supervisão.*³⁸²

A autora indica a desconcentração administrativa como importante fonte dos novos modos de controle da administração: *na esfera local, os Conselhos Municipais nas áreas de desenvolvimento urbano, transporte, habitação, saneamento e meio ambiente, bem como os exemplos de orçamento participativo ilustram experiências de local governance, cada vez mais difundidas.*³⁸³

A grande vantagem deste modelo é o fortalecimento da autoridade estatal através da consulta e negociação junto à população, aumentando a eficiência do serviço público, outorgando-lhe a legitimidade necessária para a recuperação da *capacidade executiva*.

Embora ainda tímidas, observam-se medidas que outorgaram maior transparência com informação ao público, sobre as atividades da administração.

Uma delas é a publicação periódica do Boletim Estatístico de Pessoal, obrigatória para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, na forma do art. 7º da Lei Complementar n. 96. Segundo a previsão expressa do Plano Diretor, pretende-se com isso *permitir a transparência na implementação das diversas ações do governo, possibilitando seu acompanhamento e avaliação, bem como a disponibilização das informações não privativas e não confidenciais para o governo como um todo e a sociedade.*

O aumento da transparência administrativa é outro imperativo da própria consolidação da democracia. Por isso tão urgentes as medidas nessa direção, já que, num passado recente, não se fazia tão essencial a transparência, cerceada a participação dos cidadãos.

Tratando da compreensão e da simplificação dos processos administrativos, ensina ROSANVALLON que o *aumento da visibilidade social e desenvolvimento da democracia caminham juntos neste sentido.*³⁸⁴

Importante instrumento de aumento desta visibilidade social seria o aprimoramento dos novos órgãos de controle supra-constitucionais (tais como as agências

³⁸² DINIZ, E. *op. cit.*, p. 17.

³⁸³ DINIZ, E. *Idem*, p. 18.

³⁸⁴ ROSANVALLON, P. *op.cit.*, p. 95-6.

reguladoras e o ombudsman), e dos meios de defesa dos direitos coletivos (proteção à infância, ao consumidor, ao meio ambiente, etc.).

A regulação das novas atividades se apresenta como *uma das tarefas mais espinhosas dos próximos anos*, indo muito além da simples criação e estruturação das agências reguladoras.³⁸⁵

O fato de não haverem sido fixados critérios objetivos para a avaliação dificulta qualquer avaliação dos resultados da reforma:

*A mensuração e avaliação de desempenho é essencial para que se discuta qualquer desses aspectos. Ela é importante porque ajuda a elucidar os resultados do governo. A administração por desempenho contribui para garantir que o Estado atente para o interesse público, seja qual for a definição a que cheguem os freqüentemente tumultuados debates sobre o Estado e seus resultados.*³⁸⁶

Tal situação se agrava por já haver sido transferida a prestação de grande parte dos serviços públicos para o setor privado, com as conseqüências que já foram estudadas. Imagine-se, então, quando se tratar dos setores tidos como essenciais, como a saúde e a educação. BRESSER PEREIRA demonstra-se ciente desse problema, alertando a necessidade de se assegurar o controle social antes de se transferir novas atividades para o setor não-estatal:

*Na medida em que o público não-estatal domine a cena da produção social no século XXI, depende de como se viabilize o controle social, de forma a assegurar que os agentes sociais que provêm serviços sociais o façam eficientemente em função da e para a sociedade, evitando que as organizações sejam privatizadas (submetidas a interesse privados) ou feudalizadas (controladas autoritariamente por uma pessoa ou grupo, ainda que voltado para o interesse público).*³⁸⁷

Eli DINIZ também afirma que a causa da dificuldade de visualização do Estado vai muito além da tradição anti-republicana e do enraizamento das práticas clientelistas e patrimonialistas. A principal causa, que, segundo a autora, não tem sido combatida adequadamente, é a simples ausência da participação direta da população:

Existe uma área de sombra, acentuada pela baixa visibilidade da operação rotineira no Estado brasileiro, (...) a baixa eficácia dos instrumentos de responsabilização pública dos governantes e o

³⁸⁵ IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *op. cit.*, p. 129.

³⁸⁶ KETTL, D. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 117.

³⁸⁷ BRESSER PEREIRA, L. C. & GRAU, N. C. *op. cit.*, p. 43.

*excesso de discricionariedade da alta burocracia estatal reforçam-se mutuamente, gerando um vazio quanto às formas usuais de supervisão entre os poderes e de controle social por parte do público em geral. À ineficácia dos mecanismos de controle externo associa-se a prática da reforma pelo alto, de longa tradição no país, produzindo condições adversas à institucionalização de procedimentos abertos ao jogo democrático.*³⁸⁸

Assim, de nada adianta falar-se em controle de resultados, se faltam mecanismos eficazes para a cobrança e a prestação de contas, o que favorece casos mais freqüentes de *desperdícios, fraudes, desvios de recursos, abuso de poder, nepotismo, e tráfico de influência*.

Ainda sobre transparência e controle da administração, PRZEWORSKI observa com muita propriedade que *a qualidade e a quantidade de informação posta à disposição dos cidadãos para que julguem as ações do governo podem ser melhoradas através de inovações institucionais, de instituições independentes de outros órgãos do governo, e que ofereçam aos cidadãos a informação necessária para que aperfeiçoem sua avaliação a posteriori dos atos do governo, não apenas dos resultados.*³⁸⁹

Os obstáculos apontados para o exercício da atividade normativa das agências demonstram, acima de tudo, que mais do que alterações legislativas, a mudança da administração brasileira passa por uma modificação de mentalidade: *em um país cujo sistema institucional exhibe ainda alto índice de formalismo, é preciso que a mudança pretendida transcenda o 'papel' e se torne propriamente comportamental, efetiva, vivenciada ativamente por seus executores.*³⁹⁰

Por isso, enquanto o modelo das agências reguladoras necessita de aprimoramento no país, muito ainda há que se avançar quanto à criação de novas formas de controle que ultrapassem os limites do formalismo que dificulta o acesso da população.

É rara a presença de uma pessoa que se encarregue de receber as críticas e observações do público, com independência, segurança e estabilidade para se posicionar contra a administração da qual faz parte, podendo tomar medidas corretivas e exigir providências da autoridade.

Tal modelo há muito é consagrado no exterior. Veja-se os modelos do Ombudsman nórdico-saxão, do Médiateur francês, do Comissário Parlamentar britânico,

³⁸⁸ DINIZ, E. Globalização, ajuste e Reforma do Estado: Um balanço da literatura recente. p. 37.

³⁸⁹ PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 67.

³⁹⁰ MOTTA, C. P. C. Responsabilidade Fiscal, p. 45.

do Provedor de Justiça português, da Controladoria chilena, das Ouvidorias incipientes em diversos órgãos do país, etc.³⁹¹

Para que a reforma alcance êxito, devem ser criadas novas formas de avaliação e de controle direto da atividade administrativa direta ou indireta, como recomenda PRZEWORSKI, sempre aliando a crise da administração ao déficit de *accountability*:

*O Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado propõe mesmo que se criem 'mecanismos que viabilizem a integração dos cidadãos ao processo de definição, implementação e avaliação da ação do setor público'. Entre os mecanismos específicos previstos estão a participação popular nos conselhos administrativos de agências paraestatais e um 'sistema de recebimento de reclamações e sugestões dos cidadãos sobre a qualidade e a eficácia dos serviços públicos'. Não se especificam contudo detalhes da aferição dessas medidas. O 'alarme de incêndio' é praticado em alguns países, especialmente na Dinamarca, por meio do escritório de um ombudsman, dotado de poderes para conduzir investigações independentes. Outro modo de conferir poderes aos cidadãos para controlar as ações da burocracia é permitir que, individualmente, qualquer cidadão possa contestar as decisões burocráticas, nas cortes e tribunais administrativos.*³⁹²

Observe-se que, como alerta o autor, muitos mecanismos já estão previstos na legislação, muito embora não tenham sido, até agora, colocados na prática, por falta de critérios de aferição dos resultados obtidos, tarefa que competiria única e exclusivamente à autoridade administrativa competente para a área.

Não pode ser esquecido, contudo, que de nada adianta o desenvolvimento dos novos modelos, se estes não estiverem em conformidade com a previsão constitucional, dificuldade apontada especificamente quando se tratou das agências reguladoras (vejam-se, por exemplo os casos da Anatel e da Aneel).

Logicamente, sempre será ressaltada a salvaguarda e o respeito aos princípios constitucionais, tais como a legalidade, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, devendo ser lida como autorização legal também a validade da norma perante a Constituição. Como alerta Augustín GORDILLO: *Essa supremacia da Constituição, que ninguém discute, não é, sem dúvida, moral ou ética: trata-se de uma supremacia jurídica, o que explica porque uma lei ou um ato administrativo, que são*

³⁹¹ Sobre o instituto do ombudsman, ver GORDILLO, A. *op. cit.*, p. 48; RIVERO, J. *op. cit.*, p. 394; PRZEWORSKI, A. *op. cit.*, p. 67 e CARLIN, V. I. O mediador na Constituição. *Jornal o Estado*, Florianópolis, 13/06/1985, caderno 1, p. 2.

³⁹² PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 59.

*expressões da vontade coativa do Estado, podem perder validade e imperatividade em alguns casos.*³⁹³

Uma visão pautada nesse novo conceito de validade é que se pretende privilegiar ao estudar as práticas administrativas, para assegurar o respeito aos direitos sociais, pois, como destaca Jacinto Nelson COUTINHO, a crise consiste justamente em *voltar atrás nas conquistas democráticas, ou seja, fazer o cidadão deixar de contar alguma coisa.*³⁹⁴

Submetida a atividade administrativa, sob qualquer forma que assuma (mesmo que discricionária), às limitações decorrentes da ordem jurídica³⁹⁵, resta ao Poder Judiciário a missão de manter e restabelecer a legalidade nos termos contidos na Constituição Federal, Art. 5º, XXXV: *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Daí porque, tratando das reformas, MELLO afirma que *quaisquer ilegalidades ou inconstitucionalidades são suscetíveis de correção judicial.*³⁹⁶ Como já foi visto, as formas de controle direto pelos cidadãos apresentam-se ainda muito incipientes, o que torna ainda mais essencial a atuação do Poder Judiciário como instância de defesa da legalidade.

Mesmo porque, como complementa GORDILLO, não há *administrações tão ideais a ponto de que não seja desejável seu controle, e se algo cabe dizer deste é que é insuficiente.*³⁹⁷

E não é outra coisa senão o controle da legalidade da atividade administrativa a causa real do congestionamento do Poder Judiciário atualmente verificado no país, problema que tende a se agravar cada vez mais com o prosseguimento das reformas institucionais.³⁹⁸

³⁹³ GORDILLO, A. *op. cit.*, p. 94.

³⁹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. 'Prefácio'. In.: GEBRAN NETO, João Pedro. Inquérito Policial. Curitiba: Juruá, 1996, p. 15.

³⁹⁵ FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 94.

³⁹⁶ MELLO, C. A. B. Curso de direito administrativo, p. 80.

³⁹⁷ MELLO, C. A. B. *Idem*, p. 47.

³⁹⁸ E, num verdadeiro deslocamento da legitimidade democrática, instala-se certa concepção de que, para que se possa acompanhar os movimentos globais e permitir o ingresso do País na "modernidade", é necessária a constituição de um sistema jurídico adequado à nova economia mundial e de um Judiciário que se subordine ao mesmo ideário. Não têm sido raras as declarações de Ministros, de funcionários dos altos escalões do governo, de prepostos do Executivo e do próprio Presidente FHC criticando decisões judiciais que, respaldadas nas regras verticalizadas pela Constituição Federal de 1988, não se curvam aos interesses econômicos que informam ações e/ou atos do executivo legitimamente questionados em Juízo, gerando consistente reação da Magistratura Nacional

Nas palavras do Ministro José Celso de MELLO FILHO, então presidente do Supremo Tribunal Federal, comentando as diversas causas da morosidade do judiciário: (...) *a principal delas reside, inquestionavelmente, na oposição arbitrária de resistência estatal injustificada a pretensões legítimas manifestadas por cidadãos de boa-fé que se vêem constrangidos, em face desse comportamento governamental, a ingressar em juízo, gerando, desse modo, a multiplicação de demandas contra o Poder Público.*³⁹⁹

Além disso, as soluções jurisdicionais apresentam-se limitadas, pois, como Miguel Seabra FAGUNDES alerta, o princípio jurisdicional só é aplicado quando existe um contencioso, e os conflitos, na maioria das vezes não são trazidos ao conhecimento do Judiciário.

Por isso, sendo insuficiente a resposta do judiciário, há a necessidade da implantação de uma nova cultura administrativa que envolva a participação direta do cidadão, que continua recebendo tratamento secundário, quando é ele o principal interessado, o “cliente” na visão gerencial.

A viabilização do acesso mais amplo dos usuários ao direito de reclamação e até mesmo aos recursos administrativos pode ser importante instrumento para reforçar a legitimidade das administração, permitindo que se chegue a melhores resultados através do acesso direto à informação:

*De nada adianta repetir que a Administração Pública, no Brasil, longe de assumir e rever seus atos irregulares, quase sempre acaba por confirmá-los. Há que se empregar o recurso administrativo ou, no mínimo, a reclamação, no sentido de se tentar obter a modificação dos atos que, por qualquer forma, estejam desconformes com o direito. A participação concreta do administrado pode ser a ‘pedra de toque’ no caminho de revisões administrativas que signifiquem, em face da circunstância de serem provocadas, um controle interno efetivo.*⁴⁰⁰

Sem dúvida, a valorização da participação e da transparência, trará efeitos diretos para a moralidade administrativa⁴⁰¹, assunto que faz parte da ordem do dia no país, principalmente em razão de inúmeros acontecimentos recentes.⁴⁰²

a sinalizar uma crise real instalada entre os Poderes da República. (BIAVASCHI, Magda Barros. As reformas do Estado em tramitação: breves considerações. http://infojur.cj.ufsc.br/arquivos/filosofia_do_direito_e_ciencia_politica/doutrina/htm;09/12/1999.

³⁹⁹ MELLO FILHO, José Celso de. O Judiciário em Questão. <http://www.trlex.com.br/resenha/celso/jud.htm>; 20/03/1998.

⁴⁰⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino; et al. Improbidade Administrativa. 4.ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 17.

⁴⁰¹ **O princípio da moralidade, da ética na Administração, é um dos instrumentos mais eficazes de proteção de vários outros direitos ou princípios formalmente reconhecidos. Não há proteção eficaz de liberdade e a igualdade**

Saliente-se também que, a passo da necessidade de fixação de novos princípios do Direito Administrativo, como apontado no primeiro capítulo, a aplicação do princípio da legalidade⁴⁰³ não tem se demonstrado suficiente para assegurar o respeito à ética e à moralidade na gestão da coisa pública:

As leis que disciplinam o modo de atuação da Administração Pública freqüentemente podem ensejar, pelo critério discricionário, atuação em sentidos quase antagônicos sem que, do ponto de vista estrito da legalidade, se possa acoimar qualquer um dos procedimentos de desamparados pela legislação. A legalidade é condição necessária, mas não suficiente, para a legitimidade dos atos administrativos. Deve prevalecer uma ligação necessária entre validade e moralidade, pois o tratamento diferente para iguais casos concretos traz efeitos e conseqüências infringentes da ordem jurídica e da posição do Estado como tutelador dos direitos.
404

Autor de importante trabalho sobre o assunto, Maurício Antônio Ribeiro LOPES ressalta a importância da moralidade administrativa como atributo indispensável da atividade administrativa:

*A moralidade administrativa constitui-se, modernamente, num pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, é um atributo indispensável, conditio sine qua non do ato administrativo. Tem por finalidade limitar a atividade da Administração. Exige-se, com base nos postulados, que a forma, que o atuar dos agentes públicos atendam a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria Administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo no alcance do bem comum.*⁴⁰⁵

Somente por meio da efetiva priorização da moralidade pública, seja através da transparência administrativa, ou da participação direta dos cidadãos é que se chegará ao

soa uma falácia diante de condutas imorais ou anti-éticas da Administração. (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Ética e administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 12).

⁴⁰² Segundo LENIO STRECK ('E que o Texto Constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo...?', In: SARLET, L. W. *op. cit.*, 177): O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, custou a estabilidade no emprego para os milhões de brasileiros. Exemplo disso é que, enquanto os reais detentores/destinatários do dinheiro do FGTS não têm onde morar (ou se moram, moram em favelas ou bairros distantes), nossas classes médio-superiores obtiveram financiamentos (a juros subsidiados) do Banco Nacional da Habitação (sic) – depositário dos recolhimentos do FGTS – para construir casas e apartamentos na cidade e na praia... Isso para dizer o mínimo, e sem considerar a orgia feita com o dinheiro público no recente episódio envolvendo o 'socorro' aos Bancos (Marka, etc.)...

⁴⁰³ A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação. (MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*, p. 36).

⁴⁰⁴ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 83.

uso da noção de República não só como oposição à forma monárquica mas na acepção da raiz etimológica do vocábulo *res publica*, a coisa de todos, *de que todos devem cuidar e que todos devem vigiar para que realmente satisfaça e realize os interesses comuns da sociedade.*⁴⁰⁶

Contudo, o uso de novos instrumentos para controle e repressão dos desvios do ato administrativo ainda é exceção. PRZEWORSKI observa que muito pouco se avançou em direção à avaliação do desempenho da administração dentro das ordens democráticas:

*Desde a grande explosão do pensamento institucional, quando se inventaram as instituições democráticas atuais – e, sim, elas foram inventadas – praticamente não se viu mais criatividade institucional. Salvo o caso dos dispositivos que previam a co-gestão dos operários – que nunca foram implementados – da Constituição de Weimar, as últimas grandes invenções políticas foram a descoberta da representação proporcional, nos anos de 1860, e dos partidos de massa, nos anos de 1890. Todas as democracias que surgiram a partir do final do século XVIII, incluídas as mais novas, apenas combinam de modos diferentes porções – às vezes quase pitadas – de instituições já existentes.*⁴⁰⁷

A constatação de que não existe uma medida certa para distribuição dos serviços públicos para o setor particular, bem como a pouca participação pública neste espaço decisório demonstram que permanece a perplexidade indicadora da crise do estado-providência tão bem descrita por ROSANVALLON. Para o autor francês, *o desenvolvimento de um espaço pós-social-democrata está ligado à entrada numa nova etapa da vida democrática; é inseparável da constituição de um verdadeiro espaço público democrático, que seja o local do trabalho lúcido da sociedade sobre ela própria.*⁴⁰⁸

A grande dificuldade na construção desse novo espaço público “pós-social-democrata” aparece em razão das grandes desigualdades reinantes no país e da situação de extrema pobreza em que se encontra boa parte da população. Tal situação é compartilhada por grande parte dos países do chamado terceiro mundo, onde sequer chegou a haver um Estado social na completa acepção do termo:

Nessa parte do mundo, não ocorreu a adoção integral do modelo burocrático weberiano, mesmo quando o Estado vivenciou uma expansão gigantesca de suas funções, como nos casos da Índia e

⁴⁰⁵ LOPES, M. A. R. *op. cit.*, p. 33.

⁴⁰⁶ COUTO E SILVA, A. In.: MELLO, C.A.B. (org). Direito administrativo e constitucional. p. 98.

⁴⁰⁷ PRZEWORSKI, A. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 69.

⁴⁰⁸ ROSANVALLON, P. *op. cit.*, p. 104.

*do Brasil. De modo que essas nações hoje precisam reformular suas burocracias públicas para lidar com os novos desafios econômicos mundiais e também para resolver seu graves problemas sociais, que não foram equacionados quando da anterior expansão das atividades estatais.*⁴⁰⁹

Mais que o risco de um retrocesso, já que o progresso registrado é mínimo, ao se falar em delegar a prestação dos serviços públicos pelas entidades privadas, está-se falando em depositar nas mãos de tais pessoas, muitas vezes comprometidas com seus próprios interesses e com o mercado, as esperanças de progresso e desenvolvimento do país.

É esta também a advertência feita por Lenio Luiz STRECK: *Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou welfare state tem conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social.*⁴¹⁰

Ao afirmar que a crise do Estado brasileiro aconteceu antes mesmo que a própria administração pública burocrática pudesse ser plenamente instaurada no país⁴¹¹, BRESSER PEREIRA reafirma a responsabilidade do Estado pelo bem-estar dos cidadãos, e seu compromisso em reduzir as desigualdades sociais: *é preciso um Estado disposto a reconhecer sua responsabilidade pelo bem-estar geral, mantendo com este um compromisso e aceitando seus papéis redistributivos.* E prossegue o Ministro: *É preciso ainda uma sociedade responsável por seus deveres e também um forte sistema de partidos, bem como um sistema judicial eficaz.*⁴¹²

Como o processo está em andamento, longe de ser ver concluído, não há como arriscar qualquer prognóstico quanto às dimensões que assumirá o Estado brasileiro a partir de agora. Não deixa de soar melancolicamente, a afirmação do mesmo BRESSER PEREIRA ao considerar inadequado à realidade nacional o modelo de Estado social que vigorou durante todo o século XX na Europa, descartando o *ideal superado e irrealista de implantar no final do século XX um tipo de administração pública que se justificava na Europa, na época do Estado liberal, como um antídoto ao patrimonialismo, mas que hoje não mais se justifica.*⁴¹³

⁴⁰⁹ ABRUCIO, F. L. In.: BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 196.

⁴¹⁰ STRECK, L. SARLET, I. W. *op. cit.*, 176.

⁴¹¹ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 239.

⁴¹² BRESSER PEREIRA, L. C. & GRAU, N. C. *op. cit.*, p. 44.

⁴¹³ BRESSER PEREIRA, L. C. e SPINK, P. *op. cit.*, p. 257.

Será que previdência social, saúde e educação de qualidade para todos, devidamente assegurados pelo Estado, são valores que não servem para os brasileiros?

De qualquer forma, será sempre preferível apostar que se encontrará no Brasil um modelo de Estado que garanta a realização das aspirações de seu povo, dentre as quais, a principal, a realização da Justiça social. ⁴¹⁴

⁴¹⁴ Conforme COUTO E SILVA, A. In.: MELLO, C.A.B. (org). Direito administrativo e constitucional. p. 107: Não considero provável que o Estado fique algum dia reduzido ao Estado mínimo com que sonham os paladinos do pensamento neoliberal, a ponto de renunciar à posição de árbitro entre as forças em conflito na Sociedade e de suprimir do rol das finalidades que persegue a realização da justiça material, de que a Justiça social é a parte mais relevante. Não se pode esquecer que o lado do Estado que hoje é o maior e que tem também a maior importância mesmo em países de acentuada tradição liberal, como é o caso dos Estados Unidos, é aquele em que se situa a Administração prestadora de benefícios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As observações que seguem fechando o trabalho apresentam muito mais preocupações, recomendações e, principalmente, indagações que surgem em consequência do estudo realizado, do que alguma conclusão a que se tenha chegado, sempre salientando que se está diante de um fenômeno em curso, não sendo possível ainda vislumbrar o seu desfecho.

Para se adentrar na análise da pesquisa, é bom ter em mente o real sentido da reforma administrativa. Seu intuito foi modificar a administração pública brasileira, outorgando-lhe novos princípios e aparelhando-a com novos institutos que a façam capaz de enfrentar as dificuldades cada vez maiores que a cada dia são apresentadas. Daí a lição de Jessé Torres PEREIRA JUNIOR: *O Estado não muda. O que se pretende remodelar é a feição de sua atividade administrativa.*⁴¹⁵

A escolha dos meios a utilizar nessa mudança, a forma e o melhor momento para aplicá-los, como também ficou claro, é uma questão de política pública, de caráter discricionário dos governantes. Por isso, como já se disse, não há que se cogitar o sucesso das reformas estabelecidas sob o signo da eficiência sem o amadurecimento da sociedade em direção à responsabilização, não só dos executores dos serviços públicos como, principalmente, dos seus idealizadores.

Esse aspecto assume maior gravidade a partir do momento em que se constata que a prática das Medidas Provisórias, ou o “governar por decreto” não condiz com os próprios valores da reforma, assentada nos princípios da democracia e da participação popular. Dessa forma, o respeito ao princípio da legalidade, insculpido no inciso II, do art. 5º da Constituição Federal, apresenta-se como elemento fundamental, condicionante do sucesso de qualquer medida futura.

⁴¹⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Sobre a reforma administrativa (a constituição-laboratório). *Revista Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, AMB, 1º tri/1998, n. 4, p. 7.

Outra condição básica, é que a reforma administrativa passe a privilegiar a redução das desigualdades sociais, fazendo com que a atuação do Estado chegue até as chamadas “áreas marrons”, onde nem os programas fundamentais de erradicação da mortalidade infantil e do analfabetismo têm conseguido penetrar.

A já denunciada lentidão nas mudanças, principalmente na área social, está minando os possíveis resultados, em razão do alto grau de adaptação dos setores privados dedicados à apropriação do interesse público. As freqüentes notícias de corrupção alertam para a necessidade maior do que nunca de se valorizar a moralidade administrativa, através de uma nova mentalidade de responsabilização com um apelo ético crescente.

Intimamente ligada às questões da legalidade e da moralidade, está a atuação do Poder Judiciário que, uma vez limitada às situações de litígio, acaba desfrutando de espaço menor daquele que lhe é assegurado pela Constituição (art. 5º, XXXV). Ao lado do despreparo técnico dos operadores jurídicos para os instrumentos disponíveis, como a sanção à improbidade administrativa, supressão de direitos políticos, perda da função pública e indisponibilidade de bens, verifica-se uma desmotivação cívica motivada principalmente pela desfuncionalidade dos poderes e pela cultura da impunidade cada vez mais criticada pela opinião pública.

Qualquer que seja a saída, deverá passar, obrigatoriamente, pelo aperfeiçoamento dos órgãos de controle já disponíveis na atividade pública, com a criação de novos órgãos que valorizem a transparência e a participação do cidadão, como se viu no capítulo final.

Será essa a maneira pela qual o Direito Administrativo virá a recuperar sua credibilidade. Para isso, sem dúvida, será necessária a transformação das atividades do Estado sob a influência de novas doutrinas (interdisciplinaridade), permitindo, com emprego de novas técnicas, que se descubra a medida exata para a intervenção na economia.

Com a valorização do homem, em toda a sua amplitude, poderá o Estado resolver ainda o problema do princípio da autoridade e das relações com os funcionários públicos, definindo, afinal, a conveniência de um maior ou menor número de funcionários, e solucionando o eterno pleito dos sindicatos através de greves: fixação de vencimentos adequados, criação de planos de carreira, fim do nepotismo e delimitação apropriada dos regimes jurídicos variados.

Para isso, imprescindível a renovação dos princípios e conceitos do Direito Administrativo aqui apresentados, já que a inadaptação da teoria com a realidade está a exigir a fixação de novas teorias, novos conceitos, novos institutos e novas dimensões do Estado.

O primeiro passo é o estudo através dos laboratórios já existentes. O resto do caminho, a história irá mostrar.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANCHES, Sérgio. Reforma incompleta. Revista Veja, São Paulo, 08/03/2000, ed. 1639, ano 33, n. 10, p. 96.
- ANDREWS, W. & KOUZMIN, Alexander. O discurso da Nova Administração Pública. Revista de Cultura Política Lua Nova, São Paulo, CEDEC - Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 45, p. 122, 1990.
- ARISTÓTELES. A política. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991, 287 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000, 728 p.
- BIAVASCHI, Magda Barros. As reformas do Estado em tramitação: breves considerações. <http://infojur.ccj.ufsc.br>; 09/12/1999.
- BIONDI, Aloysio. O Brasil privatizado – Um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999, 48 p.
- BLASI, Paulo Henrique. Servidores públicos e reforma administrativa - Reflexos da EC 19/98 sobre direitos incorporados ao patrimônio funcional do servidor. In.: Revista da ESMESC, Florianópolis, v. 6. Mai./1999, p. 119-24.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- _____. Contribucion a la teoria del derecho. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres, 1980. 403 p.
- _____. O futuro da democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5.ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. 171 p.
- _____. Qual socialismo?. Trad. Iza de Salles Freaza. 3.ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 111 p.
- BOBBIO, Norberto. e BOVERO, Michelangelo. Sociedade e Estado na filosofia política moderna. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4.ed., São Paulo: Brasiliense, 1994. 179 p.
- BONAVIDES, Paulo. 'Constituição, Democracia e Poder Judiciário'. Encontro de Magistrados do Sul e Sudeste do Brasil. Revista ESMESC-Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 6, p. 44, nov/1998.

- _____. Curso de direito constitucional. 7.ed., São Paulo: Malheiros, 1998. 755 p.
- BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 'Questões sobre a Reforma Administrativa'. Cadernos do Mare, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, v. 10, p. 05, 1998.
- _____. 'A Reforma do Aparelho do Estado e as Mudanças Constitucionais'. Caderno Mare 6, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, p. 11, 1998.
- _____. 'A Nova Política de Recursos Humanos', Caderno Mare 11, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, p. 29, 1998.
- _____. 'Reforma Gerencial', Revista Reforma Gerencial, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, n. 3, mai./1998, p. 29.
- _____. 'Agências Executivas'. Cadernos do Mare 9, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, p. 07, 1998.
- _____. 'Os Avanços da Reforma na Administração Pública'. Cadernos do Mare 15, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, p. 59, 1999.
- _____. 'Organizações Sociais'. Cadernos do Mare 2, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, p. 7, 1998.
- _____. 'Plano Diretor da reforma do Estado'. Cadernos do Mare. Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, nov. 1995
- _____. 'Boletim Estatístico de Pessoal'. Cadernos do Mare, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, n. 28, ago. 1998 e n. 37 de mai. 1999.
- _____. 'Programa da qualidade e participação na administração pública'. Cadernos do Mare, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, 1997.
- _____. 'Plano de reestruturação e melhoria da gestão do MARE'. Cadernos do Mare, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, 1998.
- _____. 'A reforma administrativa na imprensa'. Cadernos do Mare, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, 1998.
- _____. 'O conselho de reforma do estado'. Cadernos do Mare, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, 1998.
- _____. 'Programa de reestruturação e qualidade dos Ministérios'. Cadernos do Mare, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, 1998.
- _____. 'A reforma administrativa do sistema de saúde'. Cadernos do Mare, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, 1998.

- _____. 'Regime Jurídico Único Consolidado'. Cadernos do Mare, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, 1998.
- _____. 'Reforma da previdência no serviço público – Manual de orientação'. Cadernos do Mare, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, maio de 1999
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90. Revista de Cultura Política Lua Nova, São Paulo, CEDEC - Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 45, p. 61, 1990.
- _____. Crise e renovação da esquerda na América Latina. Revista de Cultura Política Lua Nova, São Paulo, CEDEC - Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 21, p. 50, 1990.
- _____. Entrevista para O Globo, Rio de Janeiro, 17/10/1995.
- _____. A reforma do aparelho do Estado e a Constituição Brasileira. <http://www.mare.gov.br>, 21/08/1998, 14 p.
- _____. A reforma do Estado dos anos 90: Lógica e mecanismos de controle, Cadernos MARE, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, p. 59, 1997.
- _____. Exposição no Senado sobre a reforma da administração pública. Cadernos MARE, Brasília, Presidência da República, Imprensa Nacional, n. 3, 1997.
- _____. Um novo aprendizado. Folha de São Paulo, São Paulo: 10.01.99, p. 03.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e GRAU, Nuria Cunill (organizadores). O Público não-estatal na reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, 498 p.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e SPINK, Peter (organizadores). Reforma do Estado e administração pública gerencial. 3.ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. 314 p.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Aspectos da reforma administrativa. <http://www.infojur.cj.ufsc.br>, 09/12/1999.
- _____. Cláusulas pétreas e direito adquirido. Revista Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro, 1º semestre de 1999, ano 3, n. 6, p. 221.
- BURLE FILHO, José Emmanuel. A EC 19 – Teto geral – o direito adquirido e o princípio da irredutibilidade de vencimentos. São Paulo: APAMAGIS – Caderno de Doutrina, outubro de 1999.
- CABRAL, Otávio. Teles fogem de metas, admite Anatel. Folha de São Paulo, São Paulo, 30/04/2000, caderno 02, p. 01.
- CADEMARTORI, Sergio. Estado de direito e legitimidade - Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

- CAETANO, Marcello. Princípios fundamentais do direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1996. 467 p.
- CALSAMIGLIA, A. Ensayo sobre Dworkin. In.: DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Barcelona: Ariel Derecho, 1989. p. 7-29.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 2.ed., Coimbra: Almedina, 1998. 1352 p.
- CARLIN, Volnei Ivo. 'O mediador na Constituição'. In.: Jornal O Estado, Florianópolis, 13/06/85.
- _____. Deontologia Jurídica - Ética e Justiça. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. 180 p.
- _____. O declínio do Estado. In.: SEQÜÊNCIA n° 33. Florianópolis: UFSC, dez/1996. p. 14-19.
- CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. Hermenêutica constitucional. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.
- CASTANHÊDE Eliane, e FREITAS, Silvana de. Servidor já ameaça greve por aumento. Folha de São Paulo, São Paulo, 29/02/2000, Caderno 1, p. 1-6.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de direito administrativo. 4.ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 5, 1960.
- CERVO, Amado Luiz. et. al. Metodologia científica. 4.ed., São Paulo: Makron Books, 1996. 209 p.
- CICERO, Nidia Karina. Servicios publicos – Control y proteccion. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. 371 p.
- CIDADANIA E JUSTIÇA. Justiça e informação. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros. n. 6, 1ºsem/1999.
- _____. Reformas em debate. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros. n. 4, 1ºsem/1998.
- COMPARATO, Fabio Konder. Direito público - Estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CORRÊA, Roberto Ribeiro. Welfare State: trajetória e crise. <http://infojur.ccj.ufsc.br>, 09/12/1999.
- CORRÊA, Sílvia e FRANCO, Célia de Gouvêa. Telefônica troca euforia por explicações. Folha de São Paulo, São Paulo, 10/01/1999, caderno 3, p. 1-05.

- COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 270 p.
- COSTIN, Cláudia. Os desafios da reforma do Estado. <http://www.mare.gov.br>, 20/08/1998, 3 p.
- CRETELLA JUNIOR, José. Manual de direito administrativo. 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. 442 p.
- CURSO de Pós-Graduação em Direito: Convergência – Produção acadêmica: coletânea de sugestões. Florianópolis, 1987.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Ditadura constitucional. <http://www.trlex.com.br>, 20/03/1998.
- _____. Elementos de teoria geral do Estado. 14.ed., São Paulo: Saraiva, 1989. 259 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais. <http://infojur.ccj.ufsc.br>, 09/12/1999, p. 1.
- _____. Direito administrativo. 10.ed., São Paulo: Atlas, 1998.
- DIMENSTEIN, Gilberto. “Professor-Doutor Tia.” Folha de São Paulo, São Paulo, 07/05/2000, Caderno 3, p. 3-6.
- DINIZ, Eli. Globalização, ajuste e reforma do Estado: Um balanço da literatura recente. BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, Rio de Janeiro, n. 45, 1º semestre de 1998, p. 3-24.
- _____. Globalização, ajuste e reforma do Estado: Um balanço da literatura recente. Rio de Janeiro, BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, nº 45, 1º sem., p. 3, 1998.
- _____. Uma perspectiva analítica para a reforma do Estado. Revista de Cultura Política Lua Nova, São Paulo, CEDEC-Centro de Estudos de Cultura Contemporânea. n. 45, p. 40, 1998.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. O Poder Judiciário e a Constituição. In.: SEQÜÊNCIA nº 35. Florianópolis: UFSC, dez/1997. p. 31-41
- ECO, Umberto. Como se faz uma tese. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. 14.ed., São Paulo: Perspectiva, 1996. 170 p.
- ESPÍNDOLA, Rui Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 274 p.
- FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

- FAORO, Raymundo. Os donos do poder. 11.ed., São Paulo: Globo, v.2, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Trad. Perfecto Andrés Ibañez e outros. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 355-367, 851-957.
- _____. La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999. 169 p.
- FERRAJOLI, Luigi. et. al. Democracia autoritaria y capitalismo maduro. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Baelona: Ediciones 2001, 1997. 134 p.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento. <http://www.infojur.ccj.ufsc.br>. 09/12/1999, 5 p.
- FERREIRA, Marcelo Dias. Carreiras Típicas de Estado: profissionalização no Serviço Público e formação do Núcleo Estratégico. <http://www.infojur.ccj.ufsc.br>, 09/12/1999, 4 p.
- FIÚZA, Tatiana. A todo vapor. Revista Consulex, Brasília: ano IV, n. 37, p. 47, Jan/2000.
- FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. O princípio constitucional da moralidade administrativa. 2.ed., Curitiba: Gênese, 1993.
- FREITAS, Juarez. Estudos de Direito Administrativo. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 1997, 200 p.
- _____. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997, 98 p.
- _____. O novo regime do servidor público e o princípio constitucional da estabilidade. In.: Revista da ESMESC, vol. 6. Florianópolis, maio/1999, p. 95-104.
- FRIAS FILHO, Otavio. Governo Sitiado. Folha de São Paulo, São Paulo, 15/08/1999, caderno 1, p. 1-2.
- FURTADO, Celso. O capitalismo global. São Paulo: Paz e Terra, 1998, 81 p.
- GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 1995. 651 p.
- GEBRAN NETO, João Pedro. Inquérito Policial. Curitiba: Juruá, 1996. p. 13-22.
- GODINHO, Fernando. Cortes no Social Sustentam o ajuste fiscal. Folha de S. Paulo, São Paulo, 03/04/2000, cad. 1, p. 9.
- GORDILLO, Agustín. Princípios gerais de direito público. Trad. Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- HABERMAS, Jürgen. Passado como futuro. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. 112 p.

- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34 p.
- HOBBSAWM, Eric. Era dos Extremos – O breve século XX 1914-1991. Trad. Marcos Santarrita. 2.ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1999. 598 p.
- IANNI, Octavio. A sociedade global. 3.ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. 194 p.
- IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor: Avaliação dos marcos regulatórios e os mecanismos de participação do consumidor no controle social relativo aos serviços públicos essenciais de energia elétrica, telefonia fixa, água e saneamento básico. Extrato do Relatório. <http://www.uol.com.br>, 15/03/2000, 15 p.
- IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: O Brasil na virada do milênio, . Brasília: julho de 1997 vols. 1 e 2.
- JOBIM, Nelson; MALAN, Pedro; STEPHANES, Reinhold; SOUZA, Paulo Renato; BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; e SERRA, José. Exposição de Motivos nº 49/95, ao Presidente da República que acompanhou a Proposta de Emenda Constitucional que trata da reforma administrativa, encaminhada pelo Governo ao Congresso Nacional, em 23 de agosto de 1997. <http://www.mare.gov.br>, 13/03/1998.
- JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro (Org.). Direito administrativo: legislação. 6.ed., Rio de Janeiro: Thex Ed.: CEPAD, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 5.ed., São Paulo: Dialética, 1998.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- KURZ, Robert. Fome em abundância. Trad. José Marcos Macedo. Folha de São Paulo, São Paulo, 26/07/98, p. 3.
- _____. O colapso da modernização. Trad. Karen Elsabe Barbosa. 2.ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, 244 p.
- _____. Os últimos combates. Trad. José Marcos Macedo e Peter Neuman. 3.ed., Petrópolis: Vozes, 1997.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Ética e administração pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MACIEIRA, Mário de Andrade. As inconstitucionalidades formais da reforma administrativa. <http://www.teiajuridica.com>, 20/04/1998.

- MADISON, James; et. al. Os artigos federalistas, 1787-1788. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MARX, Karl, Friedrich Engels/Carlos Nelson Coutinho... [et. al.]; Daniel Aarão (Org.). O manifesto comunista 150 anos depois. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998. 208 p.
- MATTÉ, Mauro João. A reforma administrativa e a estabilidade do servidor público. Monografia para o Curso de Pós Graduação em Direito Público da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Chapecó, 1999.
- MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 246 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23.ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Licitação e contrato administrativo. 7.ed., São Paulo: RT, 1987.
- _____. Mandado de segurança. 19.ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO FILHO, José Celso de. O judiciário em questão. <http://www.trlex.com.br>, 20/03/1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org.) Direito administrativo na constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 205 p.
- _____. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba Vol. 2 – Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, 632 p.
- _____. A Estabilidade dos Servidores Públicos. Folha de São Paulo, São Paulo, 16/01/1994, caderno 4, p. 4-2.
- _____. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Curso de direito administrativo. 11.ed., São Paulo: Malheiros, 1999, 720 p.
- _____. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- MILESKI, Helio Saul. 'Efeitos da reforma administrativa sobre a remuneração dos agentes públicos'. Revista Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro, 1 semestre de 1998, ano 2, n. 4, p. 18-37.
- MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido. <http://www.teiajuridica.com/refoadmdad.htm>; 20/03/98.

- _____. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil. <http://www.infojur.ccj.ufsc.br>, 09/12/1999, 27 p.
- MORAES, Alexandre de. (Org.). Os 10 Anos da Constituição Federal – Temas diversos. São Paulo: Atlas, 1999. 280 p.
- _____. Direito constitucional. 7.ed., São Paulo: Atlas, 2000. 797 p.
- _____. Reforma Administrativa – Emenda Constitucional n. 19/98. São Paulo: Atlas, 1999. 122 p.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. et. al. Responsabilidade fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 546 p.
- _____. Reforma administrativa. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 30 p.
- NASCIMENTO, Solano. Governo acelera distribuição de recursos. Folha de São Paulo, São Paulo, 01/07/2000, Caderno 1, p. 1-10.
- NOBREGA, Airton Rocha. O Princípio Constitucional de Eficiência. <http://www.infojur.ccj.ufsc.br>, 09/12/1999.
- O ESTADO DE SÃO PAULO, ‘No Brasil, telefonia só ficou mais barata para as empresas’. <http://www.uol.com.br>, 28/02/2000.
- _____. ‘Telefonia foi a campeão de queixas em 1999’. <http://www.uol.com.br>, 17/01/2000
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 200 p.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; et. al. Improbidade administrativa. 4.ed., São Paulo: Atlas, 1999. 255 p.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Sobre a reforma administrativa (a Constituição-laboratório). In.: Revista Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro, AMB, 1º tri/1998. p. 06-17.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Reforma administrativa. <http://www.infojur.ccj.ufsc.br>, 09/12/1999.
- _____. Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. 356 p.
- _____. Regime Jurídico e Reforma. <http://www.infojur.ccj.ufsc.br>, 09/12/1999.
- PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 124 p.

- PESSOA, Robertônio Santos. Empresas públicas à luz das recentes reformas. <http://www.infojur.ccj.ufsc.br>, 09/12/1999
- _____. Princípio da eficiência e controle dos atos discricionários. <http://infojur.ccj.ufsc.br>, 09/12/1999
- PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito industrial – As funções do dDireito de patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- PINHEIRO, Helena. Agências executivas – Estratégias de implementação. <http://www.mare.gov.br/Publicações/Artigos/helena.htm>; 11/01/1999.
- PLATÃO. A República. Trad. Enrico Corvisieri. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1997. 352 p.
- REVISTA VEJA. São Paulo, Editora Abril, 01/03/2000, edição 1638, ano 33, n. 09, p. 37-8.
- RIVERO, Jean. Direito administrativo. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. 8.ed., Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Charlles Max Pessoa Marques da. Direito adquirido e estabilidade. <http://www.infojur.ccj.ufsc.br>, 09/12/1999.
- ROSANVALLON, Pierre. A crise do Estado-providência. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UnB, 1997. 160 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Trad. Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989. 163 p.
- SADER, Emir. (Org.) Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. 205 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. 2.ed., São Paulo: Cortez, 1996. 348 p.
- _____. Um discurso sobre as ciências. 8.ed., Coimbra: Afrontamento, 1996, 59 p.
- SANTOS, Chico e TREVISAN, Claudia. Teles são privatizadas por R\$ 22 bi e ágio médio de 64%. Folha de São Paulo, São Paulo, 30/07/1998, Suplemento Especial Leilão da Telebrás, p. 1-1
- SARAIVA, Wellington Cabral. A estabilidade dos servidores. Folha de São Paulo, São Paulo, 21/06/1997, caderno 3, p. 3-2.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O direito público em tempos de Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

- SIDOU, J. M. Othon. Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3.ed., São Paulo: Malheiros, 1998. 270 p.
- _____. Curso de direito constitucional positivo. 14.ed., São Paulo: Malheiros, 1998. 816 p.
- _____. ‘Reforma Constitucional e Direito Adquirido’. In.: Revista Interesse Público, São Paulo, abr./jun. 2000, n. 6, p. 49.
- SIMONETTI, Eliane. O ninho da corrupção. Revista Veja, São Paulo, 12/04/2000, edição 1644, ano 33, n. 15, p. 43.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, Renovar-Fundação Getúlio Vargas, abr./jun. 1999, n. 216, p. 130.
- STEELE FILHO, Luiz Henrique. Emenda constitucional n. 19 – Estudo sobre suas disposições normativas em face da Carta Magna da Nação. São Paulo: APAMAGIS – Caderno de Doutrina, jul./ago. de 1999.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. As entidades privadas e a Lei de licitações e contratos. A emenda Constitucional 19/98 e a Lei 9649/98. <http://www.infojur.cj.ufsc.br>, 09/12/1999.
- TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 13.ed., São Paulo: Malheiros, 1997. 222 p.
- TOLEDO, Roberto de Pompeu. A suspeita atroz de que a banda podre venceu. Revista Veja, São Paulo, 05/04/2000, edição 1643, ano 33, n. 14, p. 166.
- TOURAINÉ, Alain. ¿Podremos vivir juntos?. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1997. 335 p.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. São Paulo: RT, 1997.
- WEBER, Max. Ciência e política – duas vocações. 10.ed., São Paulo: Paz e Terra, 1998, 81 p.
- _____. Economía y sociedad. Trad. José Medina Echavarría et. al. 11 reimpressão. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997. 1245 p.
- WEIL, Prosper. O direito administrativo. Trad. Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977.