

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A REVISÃO CONSTITUCIONAL*

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

1. Introdução. 2. O tema da administração pública na Constituição. 3. O condicionamento federativo da administração pública. 4. A inovação do modelo constitucional de 1988 no Direito Administrativo 5. O que aperfeiçoar na oportunidade da revisão. 6. A revisão Constitucional e a codificação do direito administrativo. 7. Conclusões.

1. Introdução

Estamos despedindo um século pródigo de modelos, sistemas e regimes políticos totalitaristas, despóticos e autoritários. Hoje, quase a seu término, constatamos, até maravilhados, a pujante afirmação da democracia, deles a antítese comum, em todos os quadrantes do globo, até mesmo onde nos parecia menos provável que viesse a ocorrer tão cedo.

Em pouco mais de uma década, como se fora concertado ou manipulado por uma prodigiosa mão invisível smithiana, os países da América Latina se livraram de suas crônicas autocracias, as nações do leste europeu sepultaram suas oligarquias socialistas e a própria Rússia milenar ressurgiu, soberana, elegendo o primeiro Chefe de Estado em sua história, para tornar-se o núcleo de uma nova comunidade de nações independentes e democráticas.

A vaga liberalizante parece insopitável, avançando sobre os regimes de força ainda dominantes no Islã e nas nações africanas, proporcionando um

* Exposição apresentada no "Simpósio de Direito Constitucional: revisão e emendas à Constituição", promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros — IAB, em 25 de março de 1992.

clima mundial propício à afirmação das liberdades humanas, em nome das quais tanto abuso foi cometido. Tudo parece indicar o surgimento de uma era de sagração da legitimidade política.

Não obstante, com raras exceções, os novos regimes democráticos entronizados, e até alguns dos já sedimentados na comunidade internacional, não têm demonstrado eficiência para arrancar as sociedades liberadas do marasmo econômico e do empantanamento social.

Os governos eleitos, embora fruto da legitimidade reconquistada, não têm logrado, em sua maioria, êxito satisfatório no reencontro dos caminhos, de há muito perdidos, do desenvolvimento.

A observação dessa generalizada deficiência das novas democracias para resolverem satisfatoriamente as demandas e os conflitos, que se multiplicam nas sociedades contemporâneas, vem sendo suscitada na literatura juspolítica desde meados da década de setenta,¹ ocupando a reflexão dos mais reputados pensadores da atualidade, notadamente aqueles engajados em refletir sobre o futuro da democracia.²

Para Bobbio, o tema da ingovernabilidade “a que estariam predestinados os regimes democráticos”, poderia ser sinteticamente resumido a três pontos: 1º) a maior sobrecarga de demandas da sociedade nos regimes democráticos, em comparação com os regimes autocráticos. Isso não só porque elas afloram mais facilmente como porque se acumulam mais rapidamente nos meandros dos processos decisórios; 2º) a maior conflitualidade social nos regimes democráticos e pluralistas, em oposição aos sistemas fechados, nos quais as demandas e conflitos são reprimidos; e 3º) a maior distribuição e desconcentração do poder existente nas sociedades democráticas, caracterizadores da chamada poliarquia, se de um lado possibilita uma saudável concorrência entre centros de poder, termina, por outro, por “criar um conflito entre os próprios sujeitos que deveriam resolver os conflitos, uma espécie de conflito à segunda potência”.³

O mais desastroso efeito dessa ingovernabilidade é, por certo, o descrédito que traz ao regime democrático, acompanhado da tendência a admitir-se soluções autoritárias, de um lado, através do reforço do Poder Executivo, e, de outro, a afastar os processos democráticos para a tomada de decisões polí-

¹ A obra pioneira foi a coletiva de M. Crozier, S. P. Huntington e J. Watanuki, *A crise da democracia*, em forma de relatório, apresentado à Comissão Trilateral, no qual deu-se curso à expressão “ingovernabilidade”, hoje generalizada.

² Destacadamente, Norberto Bobbio, em *Liberalismo e democracia*, no qual dedica o Capítulo 17 à relação democracia e ingovernabilidade (trad. Ed. Brasiliense S.A., S. Paulo, 1988, p. 92 a 97).

³ Essa observação de Norberto Bobbio (op. cit., p. 93 a 95), o autor já teve ocasião de analisar, no caso brasileiro, no relatório apresentado ao X Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, sob o título “Interferências entre Poderes do Estado — Fricções entre o Executivo e o Legislativo”, distinguindo os tipos políticos e os tipos jurídicos de conflito entre esses dois poderes, no modelo da Constituição de 1988.

ticas, dando surgimento aos “pacotes” impostos sem negociação, e às experiências heterodoxas, de inspiração tecno-burocrata.

É, portanto, nesse quadro governamental, no qual se situa também o Brasil, em que as demandas e os conflitos pressionam, criticamente, os regimes democráticos e, mais precisamente, a administração pública, que devemos situar a problemática da revisão constitucional, em especial no Capítulo a ela dedicado.

Embora, é claro, a solução não esteja exclusivamente no manejo institucional do ramo administrativo do Estado, porque o atendimento das demandas e a composição dos conflitos começam com boas leis e terminam com boas sentenças, continua, sem dúvida, o Poder Executivo a ser aquele que deve suportar a sua maior pressão, além de ser o mais visivelmente comprometido.

Desde logo é preciso não fazer concessões nem admitir-se qualquer recuo nessas conquistas políticas, que já permitiram propormo-nos instituir um Estado de Legalidade — o Estado de Direito e um Estado de Legitimidade — o Estado Democrático, um patamar ético que, expresso ou não,⁴ é hoje indissociável do constitucionalismo.

Se, por um lado, o conceito de Estado de Direito, submetido ao império da legalidade, já é uma herança assente na tradição dos povos cultos desde o século XIX, o conceito de Estado Democrático, que realiza um ideal de legitimidade, ainda está sendo aperfeiçoado neste final de milênio.

Ambos antecedem e preparam a realização do ideal da licitude e, assim, a construção do Estado de Justiça. É esse patamar, de moralidade plena, que se prenuncia, já na Constituição de 1988, em inúmeros de seus dispositivos a ela referidos,⁵ a começar pelos endereçamentos principiológicos fundamentais encontrados no Título I.⁶

Se dermos ao conceito de democracia apenas o seu alcance político tradicional, predominante, quando não exclusivamente, formal, Estado Democrático

⁴ A afirmação está no art. 1º da Constituição de 1988, explicitando o que deve defluir do conjunto de suas normas e indicando o que deve resultar de sua efetiva aplicação.

⁵ Art. 1º, inciso III (dignidade humana); art. 5º, incisos V e X (dano moral); art. 5º, inciso XXXV (fins associativos lícitos); art. 5º, inciso XLIX (integridade moral do preso); art. 5º, inciso LVI (obtenção ilícita de provas); art. 5º, inciso LXXIII (moralidade administrativa); art. 37 (moralidade na administração pública); art. 37, § 4º (probidade administrativa); art. 42, § 7º (perda de patente por indignidade); art. 55, inciso II (perda de mandato parlamentar por procedimento indecoroso); art. 101 (reputação ilibada como requisito de escolha para o SPS); art. 104, parágrafo único (reputação ilibada); art. 122, parágrafo único, inciso I (conduta ilibada); art. 131, § 1º (reputação ilibada); art. 144, *caput* (prevenção da ordem pública, enquanto conceito de conotação moral); art. 170, *caput* (existência digna); art. 221, inciso IV (respeito aos valores éticos na comunicação social); art. 226, § 7º (dignidade da pessoa humana no planejamento familiar); art. 227 (proteção moral da criança e do adolescente) em seu § 4º, e art. 231 (costumes indígenas).

⁶ Art. 1º, III — a dignidade humana; art. 3º, II — a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e, no campo externo, o art. 4º, VI — a defesa da paz.

não será mais que aquele em que os governantes são escolhidos pelo voto popular. Democracia se confunde com o processo.

Esse entendimento é obsoleto e incompleto, pois já não esgota o moderno conceito de democracia. É necessário que se o estenda ao campo material, exigindo-se não somente a legitimidade originária do provimento dos governantes, como a legitimidade corrente e até a legitimidade finalística referidas à sua atuação.

São, portanto, três dimensões de legitimidade: a legitimidade originária, em termos cratológicos, produz a democracia no acesso ao poder; a legitimidade corrente, a democracia no exercício do poder; e a legitimidade finalística, por fim, a democracia na destinação do poder.

A democracia, portanto, proposta agora em sua plenitude, se funda na expressão da vontade do povo sobre o como quer ser governado — é o tema da eficiência, e sobre o para que quer ser governado — é o tema dos valores.

A experiência política deste século viu o clímax da hipertrofia estatal, a quase absoluta hegemonia do Executivo e a tirania das ideologias entronizadas no poder, em difícil convivência com o Estado de Direito. A humanidade pagou um alto preço por essas experiências: em guerras quentes e frias, em injustiças sociais e em vidas humanas, não tendo sido, tanto a legalidade como a legitimidade original tradicional, suficientes para evitar tamanha ordália.

Essa experiência teve o mérito de suscitar uma revisão do conceito do Estado Democrático, como sendo não apenas aquele em que a sociedade escolhe seus governantes, mas como aquele em que ela não abre mão de decidir como quer ser governada.

O desafio político contemporâneo é, portanto, conjugar a legalidade alcançada e a legitimidade plena, assim entendidas a originária, a corrente e a finalística, preparando a via para a entronização da licitude na vida pública.

Enfocando, agora, especificamente, o campo de nosso estudo, a administração pública, ficamos em que a legitimidade não se esgota na formulação legítima da norma legal e está longe de ser considerada um fenômeno atinente apenas à legislação. A tônica deste trabalho está na aplicação legítima da norma legal, ou seja, a prossecução concreta, direta e imediata dos interesses da sociedade, por ela mesma erigidos à categoria de interesses públicos, para serem satisfeitos pelo Estado.

A aplicação legítima da norma legal na gestão dos interesses da sociedade tem a ver, em suma, com a eficácia de atuação estatal e, por fim, com os valores perseguidos nessa atuação. Em outras palavras, a administração pública também se apresenta com a mesma tríplice dimensão de legitimidade: originária, corrente e finalística.

2. O tema da administração pública na Constituição

Os dois grandes temas juspolíticos aflorados na Introdução — governabilidade e legitimidade⁷ — põem em evidência a importância do tratamento constitucional da administração pública, a mais problemática das funções do Estado e a mais rebelde de se submeter à ordem jurídica. Por isso, é aquela atividade estatal que está sempre a exigir, mesmo que não resultasse de uma expressa previsão revisional, uma avaliação cuidadosa e constante aprimoramento constitucional.

Recorde-se, a propósito, que a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo remonta à origem de ambos, no século XVIII, e é de tal forma íntima que a distinção entre suas normas é, a mais das vezes, apenas formal. Ambos os ramos do jurismo têm como objeto a organização e o funcionamento do Estado, mas, enquanto o constitucional cuida das instituições estatais em seu todo, o outro se cinge às estruturas e às atividades administrativas em especial, dedicando-se à disciplina jurídica de sua organização, de seus meios e de seu controle.

O entrelaçamento é ainda mais complexo nas federações, notadamente em nosso caso singular, de três níveis, por uma dupla razão: de um lado, pela diluição do conteúdo das atividades administrativas entre as entidades políticas e, de outro, pela multiplicação do tratamento formal dessas atividades em cada uma delas.

Essa distinção nos leva a outra, essencial para a compreensão do Direito Administrativo constitucional: entre as atividades administrativas finalísticas e as atividades administrativas instrumentais.

As atividades administrativas finalísticas são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes à sociedade. Esses são os interesses públicos primários, para o atendimento dos quais se justifica a própria existência do Estado. E, como esses interesses são externos em relação à instituição estatal, fala-se em administração pública externa.

As atividades administrativas instrumentais são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes ao próprio Estado. Esses são os interesses públicos secundários, ou derivados, para o atendimento dos quais o Estado se organiza. E, como esses interesses são, portanto, internos à instituição estatal, fala-se em administração pública interna.

⁷ Em recente seminário, promovido pelo Centro Norte-Sul, da Universidade de Miami, Flórida, a Fundação do Instituto de Pesquisas Sociais — FIPE, da Universidade de São Paulo, e a Fundação Getúlio Vargas, do Rio de Janeiro, nesta cidade, em que foram discutidos “os impedimentos políticos ao desenvolvimento brasileiro”, o autor apresentou um trabalho, à guisa de conclusões, intitulado “Crise política, ingovernabilidade e revisão constitucional”, no qual procurou demonstrar que, em última análise, a crise de governabilidade é sempre e fundamentalmente, embora não totalmente, uma crise de legitimidade.

Ora, numa federação, a administração pública externa deve ser constitucionalmente partilhada entre as entidades políticas, ao passo que a administração pública interna, por ser indissociável da autonomia política, comporta apenas ser constitucionalmente condicionada.

São, por isso, dois os sistemas a serem estudados, no âmbito das atividades administrativas do Estado disciplinadas na Constituição: primo, um sistema de partilha federativa de competência (normativa e executiva) da administração pública externa, distribuindo-a entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios; secundo, um sistema de condicionamento federativo de competência (normativa e executiva) da administração pública interna, interferindo no exercício da competência administrativa dessas entidades políticas.

Pode-se observar que o sistema de partilha de competência refere-se, preponderantemente, às atividades administrativas finalísticas, dando surgimento, em consequência, aos campos de atuação determinados segundo seu conteúdo, como a administração da segurança pública, a administração do ensino público, a administração da saúde pública etc. — os ramos materiais da administração pública.

Por outro lado, o sistema de condicionamento do exercício da competência tem a ver, quase que exclusivamente, com as atividades administrativas instrumentais, dando origem, assim, aos setores de atuação de pessoal, do patrimônio, da fiscalização financeiro-orçamentária etc. — ramos instrumentais da administração pública.

O problema da partilha de competência dos ramos materiais da administração pública é, por sua vez, de exclusiva dicção constitucional, pois através dela se desenha o modelo federativo. Distintamente, o condicionamento constitucional da competência administrativa dos estados, do Distrito Federal e dos municípios é extraordinário e excepcional, uma vez que todas as entidades públicas têm sua auto-administração assegurada pelo princípio da autonomia federativa.⁸

É em decorrência desse princípio, fundamental nas federações, que qualquer condicionamento da competência administrativa das entidades federadas é uma exceção à sua auto-administração, isto é, à plena disposição, por parte de cada unidade, de sua organização, de seu pessoal, de seus bens, de seus atos e de seus serviços; por isso, só pode prevalecer se estiver explicitada no próprio texto constitucional.

Em outros termos: cada entidade pública legislará ampla e autonomamente sobre seu próprio direito administrativo, salvo naquelas matérias instrumentais que hajam sido unificadas, em caráter excepcional, pelo legislador constituinte, visando a um tratamento homogêneo.

⁸ Art. 18 da Constituição de 1988.

Existem, em consequência, no Brasil, tantos sistemas administrativos autônomos quantos são, somados, o da União, os dos estados, o do Distrito Federal e os dos municípios, mantendo, apenas, em comum, além da unidade doutrinária, resultante da tradição científica, os princípios e preceitos unificadores constitucionalmente estabelecidos.

Essas exceções condicionadoras à autonomia administrativa dos entes políticos têm sido uma constante em todas as Constituições republicanas brasileiras, presentes sempre em maior número e com maiores detalhes, indicando uma tendência histórica à unificação do direito administrativo nacional.

3. O condicionamento federativo da administração pública

Desde logo despontam, no sistema de condicionamento, os Princípios Fundamentais, encontrados no Título I, precisamente por condicionarem, no mais alto nível axiológico, político e jurídico, toda atividade administrativa, tanto quanto a legislativa e a judicial, com uma eficácia positiva de vincular a prática e a interpretação dos atos do Poder Público — a eficácia programática, e com uma eficácia negativa de invalidar todos os que a eles se interponham — a eficácia preceitual impeditiva e desconstitutiva.

Especificamente, quanto aos Princípios Fundamentais, a atuação administrativa dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, por seus órgãos, de qualquer dos Poderes respectivos, direta ou indireta, não poderá atentar contra a soberania (art. 1º, I), a cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), o pluralismo político (art. 1º, V), o processo democrático de exercício do poder (art. 1º, parágrafo único), a independência e harmonia dos Poderes (art. 2º), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e religiosas (art. 3º, III), o bem de todos e a igualdade de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras (art. 3º, IV).

O primeiro problema que surge numa aplicação desses princípios com efeito desconstitutivo está na determinação dos limites de realidade e de razoabilidade da norma principiológica constitucional. O “otimismo juridicizante”⁹ tem levado ao texto das constituições toda sorte de ambições e de pretensões que, não obstante seu elevado cunho moral, nada têm a ver com a realidade das sociedades e, ao contrário, “colidindo com as possibilidades reais do Es-

⁹ A expressão de Pablo Lucas Verdu foi colhida por Luís Roberto Barroso na tese “Princípios Constitucionais Brasileiros” ou de “Como o Papel Aceita Tudo”, aprovada pelo XVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, em novembro de 1991, Belém do Pará.

tado e da sociedade, carregam para a Constituição descrédito e desprezo”.¹⁰ Assim, a possibilidade de conferir efeito destrutivo a princípios constitucionais fundamentais é, afinal, o traço diferenciativo das meras orientações éticas e filosóficas preambulares. Em outros termos: essa eficácia negativa invalidante decorre da realidade e da razoabilidade de que se revistam os princípios enunciados e não da mera declaração ética de intenção o legislador constitucional, por mais encomiável que se considere.

O segundo problema de sua aplicação é a determinação causal. A caracterização casuística de uma ofensa juridicamente invalidável a esses princípios fundamentais não pode ser feita arrimada em juízos vagos, emocionalmente despertados, preconceituosos, desarrazoados ou fantasiosos. A eficácia destrutiva imediata desses princípios só deve resultar de uma segura e demonstrada relação de causa e efeito entre os resultados jurídicos que adviriam do ato inquinado e o sacrifício do valor considerado.

Seguem-se, em longo elenco, os Direitos e Garantias Fundamentais, desenvolvidos no Título II da Constituição. Aqui, a relação entre preceito constitucional e atividade administrativa é muito mais perceptível e, em certos casos, direta. Estamos, também, diante de severos condicionamentos à atividade da Administração Pública que, sob hipótese alguma, poderá violá-los em suas ações ou omissões.

Destacam-se, entretanto, no art. 5º, alguns dispositivos da mais nítida relevância para o Direito Administrativo, dotados de amplitude nacional. Estão nesta categoria a liberdade de trabalho, de ofício e de profissão (inciso XIII), de acesso à informação (inciso XIV), de reunião (inciso XVI), de associação (incisos XVII, XVIII e XIX), a propriedade (incisos XXII, XXIII, XXIV e XXV), a defesa do consumidor (inciso XXXII), o direito à informação dos órgãos públicos (inciso XXXIII), de petição e de obtenção de certidões (inciso XXXIV) e o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (inciso XXXVI). O mesmo art. 5º prescreve, ainda, para todo o País, o devido processo legal (inciso LIV), o contraditório e ampla defesa (inciso LV), a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI), o *habeas corpus* (inciso LXVIII), o mandado de segurança (inciso LXIX), o mandado de segurança coletivo (inciso LXX), o mandado de injunção (inciso LXXI), o *habeas data* (inciso LXXII), a ação popular (inciso LXXIII) e a obrigatoriedade de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (inciso LXXIV).

Quanto aos direitos sociais, discriminados no mesmo Título II, Capítulo II, é mandamental para a administração pública de todas as entidades que a exerçam a observância dos direitos dos trabalhadores no que concerne aos

¹⁰ Op. cit., de Luís Roberto Barroso, p. 8.

empregos públicos (v. art. 37, I), a observância do disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX, no que se refere aos servidores públicos civis (art. 39, § 2º) e do disposto no art. 7º, VIII, XII, XVII, XVIII e XIX, no que se refere aos servidores militares, além da participação obrigatória dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e de deliberação (art. 10).

No Capítulo III, ainda do Título II, assoma em relevância o art. 13, que faz da língua portuguesa o idioma oficial da República, estabelece seus símbolos nacionais e faculta aos estados, Distrito Federal e municípios terem os seus próprios.

Concentram-se, porém, no Título III — Da Organização do Estado, as prescrições condicionantes especificamente voltadas ao sistema administrativo nacional.

O art. 19 veda às entidades políticas estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a relação de colaboração de interesse público (inciso I), recusar fé aos documentos públicos (inciso II) e criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (inciso III).

O art. 21 estabelece a competência administrativa externa da União (administração de interesses da sociedade nacional, erigidos a interesses públicos pela Constituição e cometidos à União), mas certos incisos tratam da administração externa cometida a outras entidades públicas e, assim, tocam à sua autonomia administrativa. São desse tipo: as diretrizes nacionais para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano (inciso XX) e os princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação (inciso XXI).

O art. 22, de modo semelhante, embora definindo a competência legislativa privativa da União, estabelece também algumas interferências, de cunho homogeneizador, no direito administrativo nacional. São as seguintes: diretrizes da política nacional de transportes (inciso IX), normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares (inciso XXI), diretrizes e bases da educação nacional (inciso XXIV) e, no tocante à administração interna, de modo especial, as normas gerais de licitação e de contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (inciso XXVII).

No campo da competência comum, tipicamente administrativa externa (art. 23), cada unidade política atuará externamente, de acordo com as prescrições legais baixadas pela entidade política competente para legislar e, inter-

namente, de acordo com suas próprias normas administrativas, em virtude de sua autonomia político-administrativa (art. 18).

Quanto a competência concorrente limitada (elencada no art. 24), atribui-se à União o poder de baixar normas gerais sobre uma cópia de assuntos de administração *externa* (incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XV e XVI), remanescendo para os estados e Distrito Federal disporem sobre os mesmos assuntos com suas normas específicas, ainda que a União não venha a exercer o seu poder.

Está, todavia, no Capítulo VII, desse mesmo Título III — Da Administração Pública — uma concentração de normas constitucionais excepcionadoras da autonomia das unidades federadas e, portanto, de administração interna.

Nele se contêm sete longos artigos, regulando os mais diversos aspectos da atividade jusadministrativa, especialmente quanto a organização, funcionamento, pessoal e controle, divididos em quatro seções: Disposições Gerais, Dos Servidores Públicos Civis, Dos Servidores Públicos Militares, e das Regiões.

De especial importância, porém, por sua amplitude, destaquem-se os quatro princípios expressos, incidentes sobre a administração pública, direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes e de todos os três níveis federativos (art. 37, *caput*): legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

O Título IV, o Capítulo I — Do Poder Legislativo, Seção IX, contém prescrições de direito administrativo de amplitude nacional, referentes à atividade de controle — a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 70) e da atuação dos Tribunais e Conselho de Contas de todos os níveis federativos. Esses “cortes de contas”, como se sabe, são órgãos administrativos situados no âmbito dos Poderes Legislativos federal, estaduais, distrital federal e, nos casos exclusivos, de dois municípios de capitais, municipais, com a finalidade de auxiliá-los no exercício do controle contábil, financeiro e orçamentário externo (art. 49, X).

Embora a titularidade e a definitividade desse controle político-administrativo caibam ao Poder Legislativo, tem sido uma observável constante weberiana a tendência desses órgãos de se hipertrofiarem e de buscarem ampliação de seu espaço político. Constituídos, em grande parte, com exceção do Tribunal de Contas da União, de ex-políticos militantes regionais e locais, alguns frustrados nas urnas, quase sempre sem formação acadêmica adequada e com reduzida experiência jurídica, torna-se explicável aquele persistente empenho de politização e de afirmação de poder, como compensação à generalizada ineficácia técnica, quando não de encobrimento ao corporativismo e ao nepotismo.

Esse sistema obsoleto e dispendioso de controle financeiro orçamentário, não obstante incompatível com as modernas exigências de agilidade e eficiência da administração pública, tem uma surpreendente inércia política a seu favor, que os torna supérstites a todos os golpes e regimes políticos e, em certos casos, ousadamente atuantes.

Finalmente, nos demais Títulos IV a IX, há dispositivos esparsos que, direta ou indiretamente, tocam à atividade administrativa pública. Vale destacar os que se seguem.

O princípio da autonomia da administração interna do Poder Legislativo (arts. 51, IV, e 52, XII), obrigatório para os estados (arts. 2º e 25), Distrito Federal (arts. 2º e 32) e municípios (arts. 2º e 29).

O princípio da chefia unipessoal da administração externa, concentrado no Presidente da República (arts. 76 e 84, II), obrigatório, no modelo constitucional de divisão de poderes, para os estados (arts. 20 e 25), Distrito Federal (arts. 2º e 32) e municípios (arts. 2º e 29).

O princípio da autonomia da administração interna do Poder Judiciário (art. 96, I, *b*, *c*, e *f*), obrigatório para os estados (arts. 2º e 25) e Distrito Federal (arts. 2º e 32), observados os princípios específicos dos incisos do art. 93.

Nesse mesmo elenco, do art. 93, o princípio contido no inciso X se projeta além da administração interna do Poder Judiciário, para alcançar também, e com maior razão, a motivação de quaisquer decisões administrativas dos demais poderes, assim entendidas as que contenham a solução de litígios, controvérsias e dúvidas ou aos que não conheçam ou não acolham pretensões em sede administrativa. Com efeito, se o Poder Judiciário, ao qual cabe o controle final de legalidade de qualquer decisão, está obrigado a motivar as suas próprias decisões administrativas, *a fortiori* a isso estarão obrigados os órgãos dos demais poderes, tendo em vista, principalmente, a possibilidade da boa realização do controle externo.

No mesmo Título IV, no Capítulo IV — Das Funções Essenciais à Justiça, a Constituição trata de órgãos e funções que, ainda que não constituam um quarto Poder do Estado, como os instituídos nos três Capítulos anteriores, conformam, em seu conjunto, órgãos e funções político-constitucionais que necessariamente devem existir num Estado Democrático de Direito, para que a legitimidade e a legalidade possam ser efetivamente preservadas a todo transe. São instituídos, nos níveis federal, estadual e distrital federal, os três ramos da advocacia pública: a advocacia da sociedade — o Ministério Público, com seus desdobramentos (arts. 127 e 128), a advocacia de estado — a Advocacia Geral da União e os Procuradores dos estados e Distrito Federal (arts. 131 e 132) e a advocacia dos necessitados — a Defensoria Pública (art. 134). A essas específicas estruturas da advocacia pública denominam-se procuraturas constitucionais, diferenciando-se-as das demais procuradorias de criação legal, de municípios, territórios, autarquias, fundações, etc., que não têm relevância política.

As atividades estatais da segurança pública, tratadas no Título V, art. 144, não só se referem à administração externa como à interna, esta, naquilo em que predefinem órgãos e funções estaduais. Ao lado de órgãos federais da

segurança pública (incisos I, II e III), são instituídos órgãos nacionais de expressão estadual, tal como os mencionados no parágrafo anterior, responsáveis pelas funções essenciais à Justiça: as Polícias Civil e Militar e os Corpos de Bombeiros Militares (art. 144, IV e VI), fixando-lhes as respectivas competências (art. 144, §§ 4º, 5º e 6º), bem como facultando aos municípios criarem guardas municipais com atribuições limitadas (art. 144, § 8º).

De transcendente relevância para o desempenho da administração pública interna em todos os níveis federados, trata o Título VI, Capítulo II — Das Finanças Públicas, com duas Seções: uma, de normas gerais constitucionais sobre a matéria e outra, especificamente sobre orçamentos. As normas gerais constitucionais encontram desenvolvimento em lei complementar (art. 163), que disporá sobre inúmeros condicionamentos impostos aos estados, Distrito Federal e municípios, ou finanças públicas (inciso I), dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público (inciso II), concessão de garantias pelas entidades públicas (inciso III), emissão e resgate de títulos da dívida pública (inciso IV), fiscalização das instituições financeiras (inciso V), operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (inciso VI) e compatibilização das funções, das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional (inciso VII), legislando, em tudo, a União, em nível de normas gerais, no exercício de sua competência mormente para dispor sobre direito financeiro (art. 24, I).

Como restrição ao desdobramento da administração indireta e de suas subsidiárias no campo econômico, o Título VII — Da Ordem Econômica e Financeira estabelece restrições ao Estado empresário, ou seja, quanto à intervenção econômica concorrencial (art. 173, *caput*, e §§ 1º e 2º), prevendo a disciplina das relações da empresa pública com o Estado e a sociedade (art. 173, § 3º), localizando as funções de fomento público econômico (art. 174, *caput*) e dispondo sobre o regime das concessões e permissões de serviços públicos, condicionando, nesta hipótese, a execução de administração pública externa dos serviços públicos, nessas modalidades (art. 175).

O Capítulo II, também do Título VII — Da Política Urbana, traça diretrizes de direito administrativo aos municípios, responsáveis por sua execução (art. 182, *caput*), e estabelece a impossibilidade de usucapião de terras públicas urbanas (art. 183, § 3º). Quanto ao direito administrativo agrário, o Capítulo seguinte, Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, tem normas sobre alienação e concessão de terras públicas (art. 188, § 1º) e também proíbe o usucapião de imóveis públicos rurais (art. 191, parágrafo único).

Finalmente, no Título VII, o Capítulo IV trata Do Sistema Financeiro Nacional, uniformizando-o para todo o País sob a administração da União (art.

192), competente para legislar privativamente sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores (art. 22, VII), mas abrindo às entidades políticas a possibilidade de contarem com “instituições bancárias oficiais” (art. 192, I).

Segue-se o Título VIII — Da Ordem Social, criador do sistema único de saúde, com a peculiaridade de ser hierarquizado nos três níveis de governo (art. 198, *caput*), instituindo previdência social, com normas aplicáveis à administração interna dos estados, Distrito Federal e municípios quanto à previdência dos seus respectivos servidores (art. 24, XII), e ditando norma sobre contagem recíproca de tempo de contribuição previdenciária para efeito de aposentadoria (art. 202, § 2º).

No Capítulo III, desse Título, a Seção I desenvolve a disciplina administrativa nacional da educação, com o estabelecimento de um sistema administrativo do ensino público (art. 211). O Capítulo IV prevê uma exceção ao princípio da não vinculação de receitas (art. 218, § 5º), e o Capítulo VI contém princípios e normas de direito administrativo ambiental de amplitude nacional (art. 225, com seus sete incisos e seis parágrafos).

Finalmente, no Título IX — Das Disposições Constitucionais Gerais, há normas de direito administrativo aplicáveis aos Estados que vierem a ser criados (art. 235), normas sobre controle e fiscalização sobre comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais (art. 237), sobre venda e revenda de combustíveis do petróleo, álcool carburante e outros combustíveis (art. 238), sobre isonomia de vencimentos dos delegados de polícia com as carreiras jurídicas (art. 241) e sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo, ao uso de deficientes físicos (art. 244).

4. *A Inovação do Modelo Constitucional de 1988 no Direito Administrativo*

Como se pôde observar pela resenha apresentada, não há grandes inovações no que tange à partilha de competência, ou seja, à distribuição federativa das atividades administrativas finalísticas; a inovação digna de nota está no sistema de condicionamento nacional das atividades administrativas instrumentais e, por isso, no conjunto de exceções introduzido no princípio da autonomia dos entes políticos federados. É nesse conjunto, portanto, que se arma o trajeamento constitucional de um direito administrativo nacional.¹¹

¹¹ Embora inexista “um Direito Administrativo brasileiro, no sentido do Direito Positivo”, concordando com Sérgio de Andréa Ferreira (*in Comentários à Constituição*, Freitas Bastos, Rio, 1991, 3º vol., p. XXII), pode-se falar nesse núcleo necessariamente comum, de assento constitucional, a que denominamos direito administrativo nacional, distinguindo-o do federal, dos estaduais, do distrital federal, dos municipais e até do territorial federal (hoje inexistente).

O exame dos dispositivos que constituem esse sistema de condicionamento das atividades administrativas internas evidencia três classes de normas constitucionais utilizadas no direito administrativo nacional: normas principiológicas, normas gerais e normas específicas.

Como nítido exemplo de norma principiológica de direito administrativo constitucional nacional, tome-se o *caput* do art. 37, ao estabelecer os parâmetros de legalidade, de impessoalidade e de publicidade.

Como exemplo de norma geral de direito administrativo constitucional nacional, lembre-se a que estabelece o acesso legal aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I) ou, como outro exemplo, a que institui o direito de greve do servidor público civil (art. 37, VII), casos em que, em geral, se faz necessário editar lei explicitadora, produzindo normas específicas.

Os exemplos de normas específicas de direito administrativo constitucional nacional são muito abundantes. Para também nos cingirmos aos incisos do art. 37, observem-se o que estabelece a prioridade na convocação do aprovado em concurso público anterior (inciso IV), o que trata da inacumulabilidade dos acréscimos pecuniários aos vencimentos para efeito de concessão de acréscimos ulteriores (inciso XIV) e tantos outros, que independem de qualquer especificação posterior.

A vantagem do estabelecimento desse sistema constitucional de direito administrativo nacional pode ser apreciada sob diversos ângulos, muitos dos quais serão discutidos adiante; um deles, porém, se eleva sobre os demais com notável importância prática: a ampliação e o aperfeiçoamento do controle sobre a atividade administrativa do Estado, em qualquer nível político que se dê. Esse, sem dúvida, destaca-se como um dos mais significativos progressos registrados na Constituição de 1988, senão o mais transcendente, por sua contribuição na efetiva realização do Estado de Direito e do Estado Democrático e na preparação do Estado de Justiça.

Com esse sistema, aperfeiçoam-se os instrumentos de controle da sociedade sobre a atividade administrativa, logrando-se um notável avanço institucional na construção da legalidade e da legitimidade plena.¹²

¹² A legalidade plena é a que resulta da conjugação das dimensões da limitação e do controle: a limitação, agindo pela restrição imposta ao Estado na sua atuação em face das liberdades e dos direitos dos administrados, sintetizada no sentido estático do princípio da legalidade: o controle, atuando pela reação admitida contra a atuação ou omissão do Estado, sempre que seja necessário resguardar o princípio da legalidade através de ação preventiva ou corretiva de qualquer dos poderes, o que vem a ser o sentido dinâmico do princípio (ver, a respeito, o Capítulo X do nosso *Curso de direito administrativo*, Forense, Rio, 10. edição). A legitimidade plena é, por sua vez, a que resulta da integração da legitimidade originária, relativa ao título para o exercício do poder, a legitimidade corrente, relativa à eficiência no exercício do poder, e à legitimidade teleológica, relativa à finalidade da aplicação do poder (v. com maiores detalhes a tese do autor: "Legitimidade Plena — A Democracia pela Racionalidade no Manejo do Poder"; tese aprovada pelo XVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Belém do Pará, novembro de 1990).

Efetivamente, temos que esse sistema de princípios e de normas constitucionais regedoras do direito administrativo nacional, vigente para todas as unidades políticas, muito além dos benefícios que normalmente já defluem apenas da unidade e da coerência doutrinárias, abre um imenso campo à ação de controle de legalidade e de legitimidade, interno ou externo, provocado ou *ex officio*, de fiscalização ou de correção, à disposição do próprio Estado, por seus órgãos próprios de zeladoria da ordem jurídica, ou da sociedade.

É sob esse aspecto que a institucionalização das referidas funções essenciais à justiça assoma a uma importância transcendental na efetiva realização do Estado de Direito e do Estado Democrático e na preparação do Estado de Justiça.

Ao atuar junto aos Poderes, mas sem os integrarem¹³ de vez que a Constituição lhes reservou um quarto e distinto Capítulo, ao tratar da organização dos poderes (Título IV, Capítulo IV), sua finalidade depassa a zeladoria da legalidade e da legitimidade alcançando a licitude, sob seus mais finos aspectos, pois não basta ao Estado contemporâneo ser legal e legítimo, mas deve também ser moral.¹⁴

As funções essenciais à justiça, juntamente com os institutos de participação política, constituem-se, por isso, numa das mais expressivas conquistas do progresso institucional para o aperfeiçoamento do Estado. Elas não são, assim, essenciais apenas à justiça formal, aquela dispensada pelos órgãos do Poder Judiciário, mas porque têm o dever de atuar perante todos os poderes em sua dúplice missão — de guarda e provedoria da legalidade, da legitimidade e da licitude — são essenciais à realização do valor justiça.¹⁵

Em suma, qualquer sistema de controle perderia sentido prático se não dispuser de garantias para a atuação independente de uma advocacia, pública ou privada, da sociedade, do Estado, dos necessitados e a liberal, e de correspondentes instrumentos de provocação da ação corretiva perante os Poderes Orgânicos, cada um em sua competência.

Especificamente, o elenco desses instrumentos, mantendo e aperfeiçoando institutos tradicionais, apresenta-se hoje significativamente ampliado e diversificado.

Entre os tradicionais: o direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*), o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, *b*), a cláusula geral de competência do Judiciário (art. 5º, XXXV), o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX), a ação popular (art. 5º, LXXIII) e a ação direta da inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*).

¹³ No mesmo sentido, Sérgio de Andréa Ferreira (op. cit., p. 13).

¹⁴ Atuação que Sérgio de Andréa Ferreira denominou de “controle institucional de provedoria” (op. cit., p. 101).

¹⁵ Ainda, no mesmo sentido, Sérgio de Andréa Ferreira (op. cit., p. 12).

Entre os inovados: o direito à informação (art. 5º, XXII), a extensão da cláusula geral de proteção do Judiciário à ameaça a direito (art. 5º, XXXV), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o *habeas data* (art. 5º, LXXII), a extensão da ação popular a outras entidades de que o Estado participe e para a preservação de valores não patrimoniais (art. 5º, LXXIII), a impugnação de mandado eletivo (art. 14, § 9º), o questionamento das contas municipais (art. 31, § 3º), as reclamações relativas à prestação de serviços públicos (art. 37, § 3º), o direito de petição, reclamação, representação e queixa de qualquer pessoa às comissões parlamentares, contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (art. 58, § 2º, IV), a denúncia direta, de cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos, de irregularidades ou ilegalidades, perante os tribunais e conselhos de contas (art. 74, § 2º, c/c art. 75, *caput*), a extensão da legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, aos partidos políticos, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, VIII e IX), a ampliação dessa ação direta para os casos de omissão inconstitucional (art. 103, § 2º), a possibilidade de extensão da legitimação para a representação de inconstitucionalidade em tese de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Federal, perante os Tribunais de Justiça (art. 125, § 2º), a regulamentação das relações da empresa pública com o Estado e a sociedade (art. 173, § 3º) e a extensão às comunidades e organizações indígenas, da legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses (art. 232).

Como se pode apreciar, ainda que em termos meramente quantitativos, o que é pouco para avaliar corretamente a profundidade do aperfeiçoamento trazido pela Constituição de 1988, mais que se dobrou o número de vias de controle constitucionalmente asseguradas.

Mas, ainda, empregando-o em reforço a esse elenco de controle, age paralela e complementarmente, no mesmo sentido de assegurar a legalidade e a legitimidade da ação administrativa do Estado e de seus delegados, uma não menos significativa plêiade de novos institutos de participação política a todos os níveis.

Esses institutos juspolíticos, que hoje já necessitam ser estudados em sistema, como um Direito da Participação, ou se se prefere, Direito da Participação Política, embora se volte prioritariamente à legitimidade, pode atuar, muitas vezes, como um controle ancilar de legalidade. São exemplos: a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10), as consultas plebiscitárias e o referendo (art. 14, I e II), a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, X), a iniciativa popular de leis (art. 14, III; art. 29, XI; art. 61

e seu § 2º), a provocação de partido político para a perda de mandato político de parlamentar (art. 55, § 2º), a audiência aberta às entidades da sociedade civil nas comissões parlamentares (art. 58, § 2º, II), a participação de setores da comunidade na política agrícola (art. 187), na política de seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII), na política de saúde (art. 198, III), na política assistencial (art. 204), na gestão do ensino público (art. 206, VI), na proteção e fomento à cultura (art. 216, § 1º) e na assistência integral à saúde da criança e do adolescente (art. 227, § 1º).

Como se pode observar, ambos os sistemas jurídico-políticos, o de garantia da legalidade e o de garantia de legitimidade, têm suas respectivas ênfases num ou noutro valor, mas é do resultado de sua recíproca complementação e da possibilidade, aberta a todos, individual ou coletivamente, de defenderem seus interesses tecnicamente, seja pela advocacia pública, seja pela advocacia privada, que se pode colher a efetiva realização do Estado Democrático de Direito. Particularmente, no que aqui nos interessa, obtém-se a submissão de atividade administrativa, de todos os níveis federativos e de todos os Poderes do Estado, ao binômio legalidade-legitimidade.

5. *O que aperfeiçoar na oportunidade da revisão?*

São, em resumo, três avanços auspiciosamente alcançados, no modelo constitucional de 1988, no que se refere à administração pública e a seu direito: 1) a cristalização do núcleo de um sistema constitucional de direito administrativo nacional; 2) o desenvolvimento de instituições voltadas ao controle de legalidade e de legitimidade que conformam também o núcleo de um sistema constitucional de participação política; e 3) o aperfeiçoamento das instituições de zeladoria, de provocação e de intermediação técnica do processo de controle de legalidade e de legitimidade, bem como de salvaguarda da moralidade pública, definidas como um sistema constitucional de funções essenciais à justiça, no qual se destacam as três procuraturas constitucionais: a advocacia da sociedade, a advocacia da União, dos Estados e do Distrito Federal e a advocacia dos necessitados.

Que a Revisão Constitucional adviesse apenas para aprimorar esses três sistemas e articulá-los melhor, já teria sido de grande valia, dada a imensa importância de que se revestem; mas, como qualquer obra humana, a Constituição de 1988 também se ressentia de defeitos que, não obstante o exíguo prazo de vigência, já despontam com nitidez; alguns deles, tão comprometedores que se não fora a oportunidade definida da Revisão, que deve ser respeitada, já estariam a demandar emendas constitucionais.

Descarte-se, desde logo, qualquer posicionamento político-partidário e elejamos para tratar, como convém a este tipo de estudo, problemas de natureza

estritamente técnica, como o são o casuísmo, a assistematicidade, a indefinição e a provisoriedade.

É inegável que, não obstante o avanço registrado da homogeneização de um direito administrativo nacional, muito ainda há o que fazer para racionalizar o setor.

Do mesmo modo, em que pese o esforço inovador reconhecido, a afluência de um grande número de novos institutos ao nível constitucional acaba inçando o texto da Carta Magna de inúmeros detalhes e tratamentos casuísticos que ordinariamente ficavam e melhor estariam em nível legislativo ordinário.

Em certos aspectos, o detalhismo e o casuísmo, por vezes, deixam transparecer a intenção deliberada do constituinte de retirar do legislador ordinário qualquer opção de maior significação, praticando o que Miguel Reale denominou de “totalitarismo normativo”.¹⁶

Cristalizam-se, destarte, numerosas escolhas políticas que só poderiam ser *legitimamente* tomadas à luz das circunstâncias conjunturais e, assim, só cabem ao povo, através do seu legislador ordinário.

O mais surpreendente e até paradoxal é que, depois de décadas de denegação da participação política plural e depois de penosamente afirmada a democracia pela poliarquia em todos os quadrantes do mundo, a Constituição, de um lado, amplie o número de instrumentos de participação e, de outro, reduza a oportunidade de utilizá-los quando se referem à tomada de decisão de tantas questões econômicas e sociais...

Nas modernas sociedades, competitivas e dinâmicas, essas questões estão a exigir, cada vez mais, flexibilidade e rapidez em seu tratamento político e não a adoção de modelos cerebrinos, congelados nos textos constitucionais.

Ao contrário do que preferiu o legislador constitucional de 1988, à democracia participativa é que cabe apresentar soluções para que a decisão política possa variar no contingente num mundo em mudança, preservando o essencial, este sim, expresso nas Cartas Políticas.

Decisões políticas casuísticas, cristalizadas no texto constitucional, dificultando seu permanente reexame pela sociedade, pelos partidos políticos e pelos seus legítimos representantes eletivos, é prática elitista que a ninguém pode interessar, senão reduzido número de privilegiados.¹⁷

A presença desse anacrônico elitismo no texto da Constituição de 1988 tem, todavia, duas nítidas vertentes: uma, nacional, o Anteprojeto da Comissão dos

¹⁶ “Razões de Divergência”, artigo in *Folha de S. Paulo*, 29 de junho de 1986.

¹⁷ Contra o elitismo constitucional, recorde-se a reação do então Presidente da OAB, Hermann Baeta, diante do “totalitarismo normativo”, que teve seu protótipo no anteprojeto da “Comissão dos Notáveis”: “Não precisamos de Comissão de Notáveis, de comissão de sábios. Sábio é o povo. Notáveis somos nós” (*Jornal do Brasil*, 4 de junho de 1985). No mesmo sentido, Ney Prado, in *Os notáveis erros dos notáveis*: “Nasceram, assim, no elitismo, várias das inúmeras propostas casuísticas, como meio de evitar que os futuros legisladores comprometessem o ‘modelo perfeito’” (Ed. Forense, 1987, p. 67).

Notáveis, e outra, estrangeira, o conceito de constituição dirigente, desenvolvido em língua alemã e recolhido pelo competente constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho.

Quanto ao Anteprojeto dos Notáveis, todos sabemos que, embora não tivesse sido apresentado oficialmente à Assembléia Nacional Constituinte, pelo Presidente José Sarney, como uma contribuição do Executivo, o que era a idéia original acabou sendo o único roteiro de trabalho, embora, para todos os efeitos, a metodologia que veio a ser adotada pudesse dispensá-lo.

Quanto ao subsídio doutrinário externo, o conceito de constituição dirigente vem a ser, em síntese, algo como a proposta de adotar-se um programa partidário numa carta constitucional; idéia que tampouco é nova, pois sempre esteve presente em todas as Constituições dos Estados ideologicamente comprometidos. Através de definições partidárias constitucionalmente consagradas, o que transparece é a intenção de substituir os partidos políticos por uma única linha: aquela ditada pelo legislador constitucional.¹⁸

Não obstante, a torrencial lição da História das Idéias Políticas e do Constitucionalismo, enquanto experiência dos povos, é que uma Constituição não tem lugar para casuísmos. As Cartas Políticas sintéticas, tersas e principiológicas são, pelo menos, mais duradouras, e, em geral, mais confiáveis, deixando margem para a integração permanente, rica e atualizadora, que lhes propiciem os poderes constituídos.

Deve-se, sobretudo, desconfiar do detalhismo constitucional, porque, capeado por um interesse partidário, até aparentemente válido, quase sempre encobre preconceitos, privilégios, corporativismo, protecionismo e inúmeras manifestações de paternalismo.

Apenas para efeito ilustrativo, vale recordar o art. 199, § 2º, da Constituição de 1988, que veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País. Esse absurdo casuísmo xenófobo, claro que não atinge seriamente os interesses de possíveis investidores estrangeiros, mas beneficia os cartéis da indústria da saúde, prejudica, em muito, o progresso da medicina brasileira, os médicos e os empresários interessados no aperfeiçoamento técnico, mas, sobretudo, condena o doente brasileiro, que não tem recursos para tratar-se no exterior, a não ter acesso às técnicas e facilidades médico-hospitalares que poderiam curá-lo. É algo assim como “a doença é nossa”.

¹⁸ Na tese de J. J. Gomes Canotilho, “A Constituição Dirigente”, não há, apenas, a apologia do casuísmo mas, com nitidez, de um imodesto elitismo, ao defender o estabelecimento de um caminho, sem desvios, para o triunfo das concepções político-partidárias de seus autores. Felizmente para Portugal, esse radicalismo pouco durou e hoje vemos, com satisfação, o País incorporado à Comunidade Européia e de volta à democracia real.

Não se trata, aqui, no exemplo, de defender qual seja a melhor solução com relação à participação da medicina mundial no País, mas de resguardar que essa decisão não seja uma “política constitucional” e sim uma “política governamental”. O que aqui se defende é a competência do Congresso Nacional para fazer esse tipo de opções.

Há, portanto, na linha desse exemplo do que de nefasto existe no casuismo, muito a aprimorar, extirpando da Constituição brasileira os ranços elitistas e preconceituosos que se revelam, em seu texto, geralmente como preconceitos detalhistas e excepcionadores de princípios por ela mesma afirmados.

Outro aspecto justificativo de uma reforma é a deficiência sistemática do texto promulgado em 1988.

Uma vez reunidos e entregues à Comissão de Sistematização os trabalhos parciais oriundos das Comissões Temáticas, que, por sua vez, já consolidavam textos elaborados pelas Subcomissões, seria até muito natural que apresentassem um conjunto redundante, lacunoso e conflitivo.

A sistematização necessária deu-se, todavia, premida por prazos exíguos e açosamentos nada compatíveis com a magnitude da tarefa. Nem se culpe a Comissão dela incumbida, pois nessas contingências pouco poderia ter sido feito para imprimir as necessárias qualidades sistemáticas aos duzentos e trinta e dois artigos e muitos milhares de dispositivos que neles se continham.

O resultado, em termos técnicos, não foi outro, e não poderia sê-lo, senão um texto arquipelágico, por vezes confuso, muitas vezes contraditório, ora repetitivo, com títulos e capítulos “costurados” e não integrados, como se fora uma “rapsódia constitucional”. Tudo, a jogar sobre os aplicadores a penosa tarefa de conciliar contradições, lançar pontes, interpretar teleologicamente a cada passo, procurando encontrar elusivos fios de coerência num labirinto de princípios e preceitos, principalmente sobre os aplicadores do Judiciário, que receberam a tarefa hercúlea de dar sentido ao imenso texto, muito além de sua dimensão, capacidade de trabalho e devotamento.

Afinal, como quase todos os temas importantes da vida nacional e os inumeráveis de segunda importância que se fizeram presentes e tratados na Constituição, praticamente todas as questões são hoje constitucionalmente relevantes e vão acabar batendo às portas de uma Suprema Corte que deveria, se assim não fora, estar reservada para os grandes problemas da ordem jurídica.

Para que não fique esse novo aspecto sem um exemplo ilustrativo, tome-se a perplexidade, que logo nos assalta, no campo do Direito Constitucional Administrativo, para conciliar-se o princípio da competitividade, cardeal para a regência das empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica pelo Estado (art. 173, § 1º), com os princípios e preceitos que as subordinam a restrições e controles administrativos, como o das licitações (art. 22, XXVII), do acesso por concurso público (art. 37, II) e do registro de admissão de pessoal (art. 71, III), entre outros.

Mas, por vezes, a perplexidade se concentra num só artigo, como é o curioso caso do *caput* do art. 37, que destaca a “administração fundacional” da administração direta, como se fora um *tertium genus* de descentralização, sem que desse dispositivo, nem dos seus outros, que tratam de fundações criadas ou mantidas pelo Estado, se estabeleçam distinções técnicas consentâneas.¹⁹

Um terceiro exemplo de assistemática, para corroborar, ainda mais uma vez, o aspecto enfocado é o provocado pela idéia de isonomia, palavra profusamente utilizada sem maiores cuidados técnicos. Há uma confusão entre isonomia, que é um princípio geral de direito, com a equiparação, que é sempre uma regra de exceção.

A isonomia consiste em tratar igualmente as situações iguais, ao passo que a equiparação vem a ser o tratamento igual atribuído a situações desiguais.

O *mélange* institucional envolve os arts. 5º, I; 7º, XXX 7º, XXXIII 37, I; 37, X; 37, XI; 37, XII; 39, § 1º; 135 e 241, trazendo enormes dificuldades interpretativas e dissídios jurisprudenciais.

Segue-se a indefinição. Em geral, ela surgiu como resultado do próprio processo de intensa negociação, com o qual se procurou superar os impasses entre correntes divergentes, mediante concessões recíprocas, incluindo no texto da Carta Magna preceitos logicamente incompatíveis. Isso tem dificultado quando não inviabilizado a aplicação de inúmeras regras. Tome-se, como exemplo, a problemática convivência entre um regime único estatutário, obrigatório, nos termos do art. 39, com o direito de greve do servidor público civil, garantido no art. 37, VII, na forma da lei. E, o que é mais grave, compatibilizá-lo ainda com o conceito de atividades essenciais, do art. 9º, § 1º, já que se supõem devam convergir para a prestação de serviços públicos, quase sempre essenciais, como são os cometidos à administração direta e autárquica. O resultado perverso da assistemática, na prática, acabou sendo uma virtual anomia, tal o número de greves “toleradas” de servidores públicos comprometidos com “serviços ou atividades essenciais” e responsáveis pelo “atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” (art. 9º, § 1º).

E nem se alegue a falta da lei complementar do art. 37, VII, pois esta é condição de exequibilidade da norma constitucional. Em dezenas de outros temas cruciais também ocorre o mesmo impasse de virtual anomia: o legislador constitucional alça o tema à Carta Magna mas nela não lhe dá nenhum tratamento definitivo, remetendo a solução do impasse às leis complementar e ordinária. Chega a ser paradoxal que a Constituição tenha enfrentado, definitivamente, em nível casuístico, tantas questões secundárias, como por exemplo,

¹⁹ Louvável e imaginativo, embora não convincente para nós, o esforço interpretativo centrado sobre o vocábulo “inclusive” (ou “incluídos”) para separar as fundações públicas como um terceiro gênero da execução administrativa pública, ao lado da direta e da indireta, desenvolvido por Sérgio de Andréa Ferreira (in op. cit., p. 42).

o provimento de serventias notariais (art. 236, § 3º) ou a localização do Colégio Pedro II (art. 242, § 2º), mas tenha relegado tantas outras, essenciais à vida nacional, como a greve de servidores públicos, para definições posteriores.

Tampouco seria necessário digressar, aqui, depois de tanto repisado o tema, sobre a plethora de leis de que se necessitaria para dar aplicação à Constituição de 1988. Parte desse trabalho, e na medida do possível, tem sido realizado pela via interpretativa dos tribunais, assoberbando-os dramaticamente, num período em que, normalmente, já é grande a demanda às cortes para dirimir controvérsias à luz do novo ordenamento constitucional. É sabido que a prestação jurisdicional sob a forma de provimentos cautelares tem sido assustadoramente dominante, principiando a assinalar um abuso que muito debilita a imagem do Judiciário.

Assim, a formulação incompleta de dezenas de comandos fundamentais deixou inacabada a tarefa constitucional, no aguardo de centenas de leis, que, um Congresso a braços com uma grande quantidade de novas funções, especialmente de controle político, que haviam sido adrede dispostas para um regime parlamentar, não tem tido condições de produzir em tempo satisfatório — eis, em suma, o problema da indefinição.

Finalmente, dentro da temática desse simpósio, que é a revisão constitucional, atente-se para a provisoriedade, resultante do preceito do art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com ele, instabilizou-se a Lei Magna do País; paralisou-se um processo de modernização que nela deveria ter-se iniciado, com seu seguro suporte e travejamento e não concluído.

Essa característica, inédita em cartas constitucionais, pois nem mesmo na portuguesa, onde se foi colher a inspiração revisionista, ela apareceu com tanta amplitude e muito menos na forma de um comando inafastável, mas como uma simples faculdade, decididamente não contribui para a sedimentação e o aperfeiçoamento das novas instituições políticas econômicas e sociais, mas, ao contrário, prejudica-as em sua evolução.

O exemplo da área econômica é o mais eloquente e permite-nos colher o impressionante depoimento de Miguel Reale, que, ante a incrível frequência e despudor dos descumprimentos governamentais às novas regras do Capítulo da Ordem Econômica, não trepidou em afirmar que “em matéria econômica o Governo Federal ainda não desencarnou da Constituição revogada. Tudo continua a ser feito como a mesma parafernália de compressão e de intervenção sistêmicas no mundo econômico como se a Constituição de 1988 não tivesse alterado substancialmente a matéria, neste ponto básico, optando por diretrizes liberais”.²⁰

²⁰ *Constituição de 1988. O avanço do retrocesso*, Ed. Rio Fundo, Rio de Janeiro, 1990, p. 19.

Mas, infelizmente, não é só o Governo que distorce os comandos constitucionais na área econômica, porque não os lê, mas excelentes juristas, ainda comprometidos com o que restou do estatismo e do socialismo, lêem-nos mal, publicando até obras em que emprestam o valor de sua inteligência e o peso de sua autoridade para aumentar o grau de instabilidade, como o fez um festejado monografista, que acabou, porfiadamente, encontrando uma diferença entre “exploração econômica” e “exploração de serviço público”, para efeito de evitar a saudável aplicação geral do art. 173, § 1º, com o qual, como se sabe, se buscou imprimir o tão necessário sentido de competitividade e de eficiência às empresas do Estado. Pode-se, em esforços interpretatórios desse tipo, louvar a inteligência cartesiana e até uma já heróica fidelidade a mitos ideológicos ultrapassados, mas não, por certo, nem a modernidade, nem o rigor.

Mas essa instabilidade, resultante da “provisoriedade”, não só veio a deformar o Executivo como o Legislativo, desincentivado para elaborar a legislação infraconstitucional que daria exequibilidade ao texto da Carta de 1988.

E não se exclua, tampouco, o Judiciário, que se vê, não raro, nos seus mais altos tribunais, sem outra alternativa que decidir também “provisoriamente”, sob a pressão de uma catapulta de pedidos cautelares, procrastinando, assim, os julgamentos definitivos, que deveriam assentar a interpretação constitucional em benefício da estabilidade da ordem jurídica.

É óbvio que todas essas distorções, que repercutem sobre o direito administrativo aplicado em nível federal, se multiplicam nos Estados, Distrito Federal e Municípios, pois seus respectivos sistemas positivos abrem ainda mais o leque de indefinições, reproduzidas nas dúvidas e conflitos em suas próprias legislações infraconstitucionais.

Não só o Judiciário, em geral, como o Supremo Tribunal Federal, em especial, este, ainda por cima, com a competência de julgar ações diretas de inconstitucionalidade empilhadas pela ampliação da legitimação ativa para um número aberto de entidades (art. 103, IX), estão perplexos e assoberbados. Basta invocar-se o *imbroglio* recente, quase novelesco, da disputa dos aposentados da previdência social para incorporar um aumento de 147%, que mobilizou praticamente a Justiça Federal de todo o País; juízes singulares, juízes de tribunais regionais, ministros do Superior Tribunal de Justiça e ministros do Supremo Tribunal Federal, num desconcertante jogo processual que desgastou a imagem do Judiciário junto à opinião pública, pois o bom direito num Estado era o mau direito no outro, como se a Federação não existisse.

E, também, para não faltar o exemplo ilustrador, trago minha própria experiência, como Presidente de uma Comissão de Estudos, da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, constituída para examinar as Leis Orgânicas de todos os seus municípios face à Constituição desse estado. Praticamente nenhuma das Leis Orgânicas deixou de apresentar, nos estudos realizados, reflexos dos defeitos apontados na Carta Federal, agravados, ainda, com o baralha-

mento de funções e reprodução de interferências entre os seus dois poderes, mas, sobretudo, pelo efeito inibidor que quase todas elas traziam aos administradores locais, pelo excesso de casuísmo, pela assistemática, pela indefinição e pela provisoriedade.

Mas, como à *quelque chose malheur est bon*, paradoxalmente, o último desses defeitos apontados — a provisoriedade — acaba sendo o início de toda a solução. Uma revisão obrigatória não deveria ter sido prevista, assim o entendemos, porque a segurança jurídica é a mais elevada dádiva do constitucionalismo à civilização; mas, já que aí está, rejubilemo-nos porque, graças a ela, será possível superar o processo atropelado e emocional de 1988, e tentar chegar em 1993 a um texto constitucional mais sintético, de melhor sistemática, bem definido, pelo menos no essencial, e, oxalá, até por isso, duradouro.

Sobretudo, reclamemos justamente: um texto estável; retocável, é claro, como qualquer obra humana deve sê-lo, mas, prudentemente, sempre por via de emendas e não de nova revisão. Se a tanto logarmos alcançar, terá até válido a pena os cinco anos de “interregno” resultantes da inserção apologética do art. 3º, do ADCT, com o qual os constituintes de 1988 pediram antecipadas desculpas à Nação pelos transtornos que, previsivelmente, causariam.

6. *A Revisão constitucional e a codificação do Direito Administrativo*

Um Simpósio sobre Revisão constitucional e, na mesma linha, esta contribuição não devem ficar, porém, nos diagnósticos. Ao ensejo da revisão de 1993, a classe jurídica deverá estar preparada para concorrer para o aprimoramento técnico do direito constitucional positivo brasileiro, não só com suas críticas mas por sugestões concretas.

As idéias que se seguem, com esse propósito, não são novas: parecem-nos, todavia, extremamente oportunas. Se o são, por certo melhor dirão juristas e políticos, mas há que apresentá-las aos debates, submetê-las à ribalta das mais diversas apresentações, ainda que correndo o risco, como aqui o fazemos conscientemente, de não tratá-las em profundidade, mas em linhas muito gerais.

Tecnicamente, cremos que isso seria o esperado, cumpriria escandir a tarefa em dois de seus enfoques lógicos: de um lado, tratar da correção dos defeitos do regramento constitucional atual do direito administrativo, para a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, e, de outro, tratar da inovação de instituições que poderão aperfeiçoar todo o sistema de controle da atividade administrativa do Estado Democrático de Direito. Corremos o risco necessário ao pretender queimar etapas, mas, ainda assim, atrevemo-nos a apresentar uma única sugestão matriz que, uma vez admitida, poderá abrir um amplo campo para recolher todas as demais idéias corretivas e aperfeiçoadoras, com muito maior eficiência.

O que submetemos à apreciação dos políticos e dos publicistas é, fundamentalmente, o caminho que aponta o desdobramento lógico das etapas do desenvolvimento do Direito Administrativo, nesses dois séculos de existência, durante os quais tem refletido fielmente as concepções juspolíticas dominantes, com as características de alta mutabilidade e rápida adaptabilidade, que lhe são próprias.

Nessa trajetória, recorde-se, o Direito Administrativo surgiu na França como uma conquista liberal, para submeter o Poder Executivo à lei, superando o absolutismo cesáreo que o precedera, afirmando-se como instrumento da doutrina da separação dos poderes e das liberdades e direitos individuais, tornando-se com isso uma pilastra do conceito de Estado de Direito.

Numa segunda etapa, o Direito Administrativo se expandiu, como uma conquista social, para disciplinar o ingresso do Estado nos campos econômico e social, derogando, no processo, os milenares institutos privatísticos que tinham sobrevivido intocados ao absolutismo e ao surto do liberalismo. Passou a servir a princípios igualitários, caracterizando-se como um instrumento estatal de submissão dos interesses individuais e coletivos ao interesse público, cujo conceito formal ficou ao sabor dos regimes políticos dominantes, das ideologias impostas ou dos ditadores de plantão. Nessa etapa, o Direito Administrativo era o direito do Estado face à sociedade: um Estado de Direito, ainda, mas qualificado como social, pela ênfase da proteção a que visava proporcionar.

No correr dessas duas etapas, como não podia deixar de ser, o Direito Administrativo se encastelaria na força normativa dos preceitos, na linha dogmática do positivismo jurídico, perdendo muito, em consequência, da força valorativa dos princípios.

E foi, com efeito, com a redescoberta, neste século, da dimensão axiológica do Direito, ante a inanidade do oceano de produção normativa preceitual deixada pelo Estado de Direito Social, no afã de tudo prever e de tudo reger, que sobreveio a terceira e atual etapa evolutiva do Direito Administrativo.

No campo político, descobrira-se, com horror, que o Estado de Direito Social, onipresente e hipertrofiado, cobrara um alto preço pelo desenvolvimento e para cuidar dos interesses públicos: um custo em vidas humanas, intolerância, preconceitos e guerras, duas quentes e uma fria, porém não menos letal e desgastante de valores.

No campo jurídico, descobrira-se, também, com não menos horror, que o “interesse público” servia para “justificar” qualquer ação do Estado, desde a repressão individual às aventuras bélicas. O publicista alertou então que existiam dois interesses públicos: o primário, ou originário, que seria o da sociedade, para o qual o estado deveria atuar, e o secundário, ou derivado, que seria o do próprio Estado. E, feita essa distinção, tornava-se cada vez mais claro que começava a falhar no Direito a sua dimensão axiológica primária — a que atende à sua vocação de instrumento consensual das sociedades.

Sentiu-se a necessidade de afirmar essa vocação fundamental e de reimpregnar o Direito dos valores perdidos, baralhados e mascarados, abandonando o positivismo formalista e se buscando nas raízes liberais a força legitimadora perdida no processo.

O direito dessa terceira etapa, a “nova fase do direito moderno”, como a denominou Reale,²¹ ressalta a jurisprudência de valores e redimensiona, sem perder o melhor de seu contributo, a jurisprudência dogmática e a jurisprudência de interesses.

Nessa nova etapa, enfim, uma lei não mais é considerada justa por ser expressão da legalidade, mas por representar a legitimidade.²²

O resgate da legitimidade assoma, assim, como o traço marcante do novo direito, inaugurado no constitucionalismo contemporâneo na luminosa Lei Fundamental de Bonn,²³ como a certidão de batismo do moderno conceito de Estado Democrático de Direito, no caminho do Estado de Justiça.

A precedência da legitimidade (Estado Democrático) sobre a legalidade (Estado de Direito) é a pedra de toque. A legitimidade sem sua expressão legal é insuficiente; a legalidade sem o conteúdo de valor que lhe dá o consenso da sociedade é mera formalidade.

O direito justo, por ser legítimo e legal e, ainda, moral, só pode prosperar sob duas condições: a existência de canais de participação da sociedade, para garantir que seus interesses primários primem sobre os interesses derivados do Estado; mas como isso não basta, devem existir canais de controle, do próprio Estado e da sociedade, para garantir que a atuação do Estado não se desvie dos interesses primários.

É sob o influxo dessas concepções, inauguradas no constitucionalismo brasileiro, como se pode deduzir da simples leitura do Título I, da Carta Magna de 1988,²⁴ que o Direito Administrativo desabrocha, em sua terceira fase, não mais como um sistema derogatório de normas privatísticas e não mais como um sistema garantidor de prerrogativas do Estado-Administrador na prossecução do interesse público, mas como um sistema de relações entre a sociedade e o Estado-administrador para o atendimento e para o controle do atendimento dos interesses individuais, coletivos e difusos que lhe couberam realizar.

O Direito Administrativo, mais do que nunca travejado nos princípios fundamentais de toda a construção juspolítica constitucional, tanto quanto qualquer outro conjunto coerente de princípios e de normas jurídicas, como o Civil, o Penal, o do Trabalho etc., torna-se um dos sistemas através dos quais a so-

²¹ Miguel Reale, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990.

²² Bobbio, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milão, 1972, 2. ed., p. 46 e segs.

²³ O art. 20 faz preceder o princípio da legitimidade ao da legalidade.

²⁴ Mais precisamente dos incisos II e III e do parágrafo único do art. 1º.

cidade busca a realização de seus interesses, com ou sem o Estado, conforme o desejem seus membros, pois é nesta opção que está o próprio cerne do regime democrático.

Nem por outra razão, o ilustre Jean Rivero já se referia, em 1954, ao Direito Administrativo como “o estudo das regras que informam as relações da Administração com os particulares, determinando-lhes os poderes sobre pessoas e bens, fixam-lhes as condições de exercício, os controles destinados a assegurar o respeito de seus limites”²⁵ e, no mesmo espírito, mas de forma mais explícita, o temos conceituado, nas últimas edições de nosso Curso, não só como o direito que rege as peculiares relações do Estado e de seus delegados com a sociedade, na sua atividade de satisfação dos interesses públicos que lhe são confiados, mas, enfaticamente, o “controle de sua legalidade e legitimidade”.²⁶

Todo esse esforço de superação do Direito Administrativo no Brasil, para servir de adequado instrumento jurídico do Estado Democrático de Direito, depende, primeiro, de sua impregnação de valores, que, hoje, se apresentam como princípios²⁷ e, segundo, da multiplicação de instituições voltadas ao controle desses princípios. Em outros termos: de instituições de participação política permeando os ramos do Direito Público, para conferir-lhes legitimidade, e para assegurar o seu controle, ao lado e em reforço ao já conquistado controle de legalidade, aperfeiçoamento das instituições constitucionais de provedoria de justiça, aptas a realizá-los no mais elevado patamar técnico.

Com essa dimensão, o Direito Administrativo se alça a instrumento privilegiado do Estado Democrático de Direito.

Ora, aquela dupla exigência, a ser satisfeita e aprimorada: da afirmação dos princípios sintetizadores de valores da sociedade e da garantia de sua observância, é muito mais facilmente alcançada a partir de uma unidade fundamental do Direito Administrativo, em nível nacional.

Pretende-se, aqui, sugerir que se ouse dar o passo seguinte ao que já se iniciou na Constituição de 1988, mas, sem dúvida, o que ainda falta para sintonizar o Direito Administrativo com o novo Direito Constitucional, que veio pautado pelo binômio legalidade-legitimidade e acenando à dimensão da licitude, constitucionalmente apontada em mais de vinte dispositivos (V. nota 5).

Em outros termos: a partir de 1988, já se tornou não só possível como recomendável realizar o sonho acalentado, entre nós, desde Veiga Cabral: as-

²⁵ Conceito encontrado no *Curso de direito administrativo comparado*, tradução da Profª Odete Medauar, São Paulo, 1984.

²⁶ *Curso de direito administrativo*, Forense, Rio, da 7. ed., de 1989, e posteriores, Capítulo IV, item 15.

²⁷ Atuam, assim, os princípios como a espinha dorsal do direito, pois se, conforme a irretocável lição de Miguel Reale, em toda norma há um valor, no princípio, norma de normas, está a quintessência dos valores jurídicos de uma sociedade.

sentar os fundamentos constitucionais de uma codificação nacional de princípios e normas gerais de Direito Administrativo.

Deve-se partir do reconhecimento de que, não obstante o imenso e indiscutível mérito da doutrina brasileira do Direito Administrativo, na construção paciente de uma unidade científica, duas causas têm historicamente impedido seu aperfeiçoamento em termos de coerência e sistematicidade: a federação e a ausência de codificação.

Hoje, com a introdução da técnica constitucional da competência concorrente limitada, que permite reservar à União o poder de definir princípios e normas gerais, sem comprometer o exercício da autonomia dos entes federados para estabelecerem suas próprias normas específicas, o regime federal não mais se constitui em entrave. E, quanto à ausência de codificação, não será necessário, agora, mais que um pequeno passo adiante na evolução da Disciplina para se lograr instituir um núcleo central coerente, de Direito Administrativo Nacional, para, a partir dele, definirem-se os sistemas próprios de cada entidade política.

Essa unificação do essencial no direito positivo coroa a unificação já alcançada na doutrina e contribui para uma jurisprudência coerente. Princípios e normas comuns só podem a todos beneficiar, pelo aperfeiçoamento que permitirão ao sistema geral de produção e de aplicação do Direito Administrativo.

Essas novas circunstâncias juspolíticas tornaram, certamente, inadequadas e obsoletas as objeções tradicionalmente oferecidas à codificação no Direito Administrativo, como as de Meucci, Lentini e Zanobini, que não a aceitavam por considerá-la ainda prematura em seu País.²⁸ Carlos S. de Barros Júnior, já em 1949, perguntava se, àquela altura da evolução jurídico-administrativa, essas objeções subsistiam²⁹ para, em sua clássica monografia concluir que “o Direito Administrativo deve ir sendo parcialmente codificado”, recomendando, então, como início do trabalho, uma consolidação.³⁰

Ninguém, porém, mais autorizado, para justificar a codificação que José Cretella Júnior, que por ela tem porfiado desde que a defendeu em tese, em 1951³¹ e, quinze anos mais tarde, a desenvolveu, com sua sempre cuidadosa e rigorosa metodologia expositiva, em vários capítulos conformadores do Título VII, de seu *Tratado de Direito Administrativo*.³²

²⁸ Escreveu Meucci a respeito: “Senza dunque negare *a priori* la possibilità, noi ci limitamo a costatare che il diritto amministrativo non ha ancora raggiunto quel grado di maturità e svolgimento che è necessario per tentare una codificazione o per dimostrarle impossibile” (*Istituzioni*, 1909, p. 21, *apud* “A Codificação do Direito Administrativo”, monografia especializada de Carlos S. de Barros Junior, in *RDA*, vol. 18, out./dez., 1949, p. 3).

²⁹ *Op. cit.*, p. 3.

³⁰ *Op. cit.*, p. 6.

³¹ *Da codificação do direito administrativo*, São Paulo, 1951.

³² Ed. Forense, Rio/São Paulo, 1966, p. 337 a 360.

Em exaustivo estudo de todos os argumentos jurídicos e metajurídicos, com todo o peso de sua indiscutível autoridade, o professor emérito da Universidade de São Paulo e autor da única obra cíclica de Direito Administrativo no Brasil que se pode, justamente, apelidar de tratado, já alinhava, à época, as seguintes conclusões:

“a) os dados fornecidos pela História revelam constante tendência para os trabalhos gerais de codificação jurídica; b) os vários ramos do direito, alguns recentíssimos, formam códigos, longe da perfeição, é claro, mas pacificamente aceitos; c) para a melhor doutrina dos tratadistas é possível a codificação administrativa; d) as experiências de codificação total no campo do direito administrativo, tidas como impossíveis e nefastas, são atualmente realidade de resultados quiçá positivos; e) as causas apontadas como obstáculos irremovíveis à possibilidade codificadora são hoje objeto apenas de menção histórica; f) há interesse teórico e prático na elaboração desse corpo uno e sistemático das normas administrativas; g) a codificação administrativa, total e oficial pode (tese da possibilidade) e deve (tese da conveniência) ser posta atualmente em prática”.³³

Isso, em 1966.

Mas, já anteriormente, em 1950, tinha vindo a lume uma monografia de Jules Lespès, também defendendo a codificação do Direito Administrativo, mas como uma peculiaridade, extraordinariamente apropriada às atuais circunstâncias e ao ressurgimento do primado do valor no Direito: a singularidade estava em que o autor propugnava por uma codificação de princípios gerais da matéria.³⁴

Nesse artigo, que se tornou clássico no assunto, Lespès deixou sintetizadas as vantagens de se contar com uma codificação nesse sentido que, hoje, poderia abranger, entre nós, não só princípios como normas gerais sobre a matéria:³⁵

1. obriga a examinar reordenadamente toda a matéria;
2. permite a simplificação e a classificação, diminuindo o supérfluo, preenchendo as lacunas e evitando as contradições;
3. facilita a tarefa do aplicador administrativo;
4. oferece melhores possibilidades de controle;

³³ *Op. cit.*, p. 360.

³⁴ *In RDA*, vol. 22, out./dez. 1950, p. 24 e segs., em tradução de Guilherme Augusto dos Anjos, da *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 16ème année, 1950, nº 1.

³⁵ A técnica da competência concorrente limitada, com a adoção de normas gerais, já era conhecida, por haver sido introduzida na Alemanha, pela Constituição de Weimar, de 1919, art. 10, mas não foi suficientemente difundida senão com a Lei Fundamental de Bonn, que distinguiu, com clareza, a legislação de normas gerais (*Rahmengesetzgebung*) da legislação concorrente (*Konkurrierende Gesetzgebung*).

5. torna mais segura a aplicação jurisdicional; e, ainda, acrescente-se, mirando o caso brasileiro;

6. uniformiza, numa federação, os princípios e as normas gerais sobre a matéria, evitando a atomização do Direito Administrativo.

Diante desses autorizados posicionamentos, torna-se confortável advogar-se um novo passo, na Revisão de 1993, para o aperfeiçoamento de um processo de racionalização do direito administrativo que vem sendo realizado nas sucessivas Constituições brasileiras: não será necessário mais que atribuir à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de Direito Administrativo.

Esta simples provisão já dispensaria a inserção de inúmeros dispositivos de direito administrativo na Constituição que, à falta de uma veiculação nacional, tiveram que dela constar.

O que será indispensável, neste como em qualquer outro esquema, é que a Constituição enuncie os princípios regedores da totalidade da atividade administrativa do Estado e, até, de suas modalidades específicas, como o poder de polícia, os serviços públicos, ordenamento econômico, ordenamento social e fomento público, para que orientem as normas gerais, a serem baixadas em lei complementar.

Por ordem, teríamos os princípios revestidos da estabilidade e permanência necessárias para conformarem um Direito Administrativo nacional, homogêneo no essencial, e, como decorrência, as normas gerais, dotadas de relativa flexibilidade para atenderem à dinâmica evolução da Disciplina, notadamente no que se refere ao controle de legalidade e da legitimidade da atividade administrativa. Finalmente, e em consequência, as normas específicas permaneceriam na competência das entidades federadas, permitindo uma perfeita sintonização entre as regras gerais nacionais e as peculiaridades administrativas de cada unidade da federação.

Se, na revisão constitucional de 1993, se atribuísse à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de direito administrativo, em acréscimo ao rol do art. 22, tornar-se-ia desnecessário o atual inciso XXVII, do mesmo artigo, e, por coerência, o inciso XXI poderia passar a integrar o art. 24.³⁶

Ter-se-á, assim, sobretudo, realizado um ideal de aperfeiçoamento técnico da disciplina sonhado desde os grandes administrativistas do Império, culmi-

³⁶ Ambos os incisos apontados como tecnicamente inadequados na relação das competências privativas da União (v. Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Competências na Constituição de 1988*, Ed. Atlas, São Paulo, 1991, p. 111 e segs.).

nando um processo de aprimoramento de cento e setenta anos de desenvolvimento no País.³⁷

A codificação, aqui preconizada, deveria abranger o tratamento, no nível de normas gerais de Direito Administrativo Nacional, das seguintes instituições básicas: pessoas administrativas, atos administrativos, contratos administrativos, atos administrativos complexos, servidores públicos, domínio público, poder de polícia, serviços públicos, ordenamento econômico, ordenamento social, fomento público e controle administrativo.

O título codificado das pessoas administrativas conteria as regras gerais sobre caracterização da administração direta e indireta, incluídas as autarquias, as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e outras entidades delegatárias legais de atividades administrativas, sobre sua criação, alteração e extinção, e sobre suas relações com o Estado e a sociedade, bem como sua responsabilidade administrativa e patrimonial.

O título codificado dos atos administrativos conteria as regras gerais sobre a sua constituição e desconstituição, da condição de validade de seus elementos, de sua eficácia, exequibilidade, executoriedade, de seus tipos e do procedimento administrativo básico, com suas garantias e formalidades essenciais.

O título codificado dos contratos administrativos conteria as regras gerais sobre sua constituição e desconstituição, das condições da validade de seus elementos, de sua eficácia, exequibilidade, executoriedade, de seus tipos e dos incidentes de sua execução.

O título codificado dos atos administrativos complexos conteria as regras gerais sobre sua constituição e desconstituição das condições de validade de seus elementos, de sua eficácia, exequibilidade, executoriedade, de seus tipos e dos incidentes de sua execução.

O título codificado dos servidores públicos conteria as regras gerais sobre seu regime jurídico básico, provimento e desprovimento, tipos, garantias, deveres, vedações e regime disciplinar básico.

O título codificado do domínio público conteria as regras gerais sobre o uso e disposição dos bens móveis e imóveis do Estado, notadamente os institutos administrativos de delegação de uso.

O título codificado do poder de polícia conteria as regras gerais sobre essa delicada atividade administrativa do Estado, a caracterização das fases do ciclo de polícia — a ordem de polícia, o assentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia — e as condições da eventual delegabilidade de atos materiais de execução.

³⁷ A codificação vem sendo cobrada desde Veiga Cabral, reforçada por Viveiros de Castro, Aarão Reis, Matos de Vasconcelos, Themístocles Cavalcanti, Guimarães Menegale, Hely Lopes Meirelles e José Cretella Júnior.

O título codificado dos serviços públicos conteria as regras gerais sobre essa atividade administrativa do Estado, sobre os instrumentos de delegação — legal (paraestatal), contratual (concessional), unilateral (permissional) bem como o reconhecimento unilateral (autorização e colaboração) sobre os direitos dos usuários e suas relações com o Poder Público e a entidade prestadora de serviços.

O título codificado do ordenamento econômico conteria as regras gerais sobre essa atividade administrativa que cabe ao Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, notadamente no que se refere à fiscalização.

O título codificado do ordenamento social conteria as regras gerais sobre essa atividade administrativa do Estado, definindo os institutos básicos de sua execução, notadamente nos campos da educação e da saúde.

O título codificado do fomento público conteria as regras gerais sobre essa atividade administrativa do Estado, definindo os institutos básicos de incentivo e de planejamento estatais.

O título codificado de controle administrativo, por fim, conteria as regras gerais da atividade de controle interno de legalidade e de mérito, e de sua provocação externa e interna.

7. Conclusões

No quadro de transição constitucional, que se iniciou com o processo político de elaboração da Constituição de 1988 e se prolongará até a promulgação da Constituição revista, em 1993, ou, quiçá, em 1994, deverá firmar-se, em definitivo, o conceito e, oxalá, a vivência do Estado Democrático de Direito.

Nesse Estado Democrático de Direito, o primado indissociado da legalidade e da legitimidade se impõe, de maneira muito especial, à sua extensa e complexa atividade administrativa, mormente numa quadra marcada pela deficiente racionalidade pública, característica do fenômeno atualmente tratado como ingovernabilidade.

Com apoio na distinção entre administração pública externa e interna, define-se o que, numa federação, seria a partilha federativa da competência administrativa externa e o condicionamento federativo da competência administrativa interna.

Com esse instrumental dogmático procedeu-se, então, a um exaustivo exame do condicionamento federativo da administração pública, identificando na Constituição, em cada um de seus títulos, as espécies institucionais vigentes.

A articulação desses institutos examinados conforma no seu todo o modelo constitucional vigente do direito administrativo brasileiro que se poderia deno-

minar de nacional, conformado por normas principiológicas, normas gerais e normas específicas.

Esse sistema de direito administrativo constitucional tem a ele acoplado, e como complemento, o sistema constitucional da advocacia pública, atuado pelas instituições que exercitam a advocacia *lato sensu*: a advocacia da sociedade, a advocacia do Estado, a advocacia dos necessitados e a advocacia privada (arts. 131 a 135 da Constituição), encarregados de garantir o Estado Democrático de Direito. Em prosseguimento, foram relacionados os antigos e os novos instrumentos de controle da legalidade e de legitimidade de assento constitucional.

Em vista do exposto, definiu-se, em resumo, três avanços desse modelo constitucional: 1º) a cristalização do núcleo de um sistema constitucional de direito administrativo nacional; 2º) o desenvolvimento de instituições voltadas ao controle de legalidade e de legitimidade que conformam, também, o núcleo de um sistema contratual de direito de participação; 3º) o aperfeiçoamento das instituições de intermediação técnica no processo juspolítico de controle de legalidade e de legitimidade, definidos como o núcleo constitucional das advocacias pública e privada.

Todavia, o aperfeiçoamento do sistema administrativo está intimamente ligado ao de toda a Constituição, identificando-se, sem preocupação político-partidária, problemas de natureza estritamente técnica a serem superados na revisão, como o são o casuísmo, a assistemática, a indefinição e a provisoriedade.

Especificamente, no que toca à matéria administrativa na Constituição, sem maior preocupação em definir, desde já, o que manter, o que corrigir e o que inovar em 1993, o que aqui se ofereceu foi uma única sugestão matriz, que, uma vez admitida, poderá ensejar um amplo processo de aperfeiçoamento da Disciplina no País: a codificação das normas gerais de Direito Administrativo nacional. Prevê-se, para tanto, a inclusão de uma nova competência legislativa para a União como um dos incisos do atual art. 22 da Constituição, justificando-se a proposta com uma longa e rica trajetória doutrinária a seu favor.

Finalmente, ofereceu-se, como ilustração e contribuição, um breve estudo de que seria o conteúdo de um Código de Direito Administrativo Nacional, formulado em nível de normas gerais, abrangendo pessoas, relações e atividades administrativas e seu respectivo controle.

Do resumo acima pode-se destacar, à guisa de conclusão, a multiplicação dos controles de legalidade e de legitimidade para tornarem-se as mais notáveis conquistas do Direito Administrativo contemporâneo. “O controle da legalidade continua necessário mas não é mais suficiente”, observa o Presidente da Câmara do Conselho de Estado francês, e prossegue: “deve ser completado

por controles técnicos e econômicos...”, “está aberto, igualmente, e sobretudo, ao conjunto dos cidadãos, sob as múltiplas formas de ‘controle social...’”.³⁸

Uma codificação será apenas o coroamento de toda essa evolução, atingindo, graças à rigorosa sistematização de que ela pode se valer com vantagem, o ponto de equilíbrio do controle: “nem deficiente nem excessivo”, porque, ainda conforme Guy Braibant, “A definição de um justo equilíbrio entre as necessidades de ação e aquelas do controle é certamente uma das questões mais árduas dos Estados modernos.”³⁹

Finalmente, a codificação proporcionará um excelente exemplo de como se pode reduzir o volume das Constituições sem retirar-lhes o essencial, que são os seus princípios.

O excesso de detalhismo e de casuísmo, que vem enxundiando as modernas Cartas Políticas, poderia ser revertido, pois, como bem observou William Munro, isso não se deve mais a uma expansão das funções estatais, que já encerraram seu ciclo de ampliação sobre a sociedade, mas decorre agora do descontentamento e da insegurança do próprio povo.⁴⁰

Justificou-se, portanto, no passado, o detalhismo e a minudência, em nossas Constituições, quanto ao direito administrativo de observância nacional, tendência que ainda persistiu em 1988. Impõem-se, agora, no Direito Administrativo de assento constitucional, a prudência e o equilíbrio de uma reversão temperada: ficariam, no Texto Máximo, apenas os princípios fundamentais e a previsão da competência da União para legislar sobre suas normas gerais.

Ter-se-iam, portanto, na Constituição revista:

1º) princípios claros e bem definidos;

2º) um preciso sistema de partilha de competência das atividades administrativas finalísticas;

3º) a atribuição de competência à União para codificar o sistema nacional de condicionamento do exercício das competências finalísticas.

Em suma, no que se refere ao Direito Administrativo, uma vez instituída a competência da União para legislar sobre suas normas gerais e autorizada a codificar o sistema nacional de exercício das competências administrativas das entidades federadas, restaria banido o casuísmo do texto constitucional, garantir-se-ia, com o Código, uma rigorosa sistematicidade e eliminar-se-iam as indefinições, tudo com uma única, simples e direta solução.

Oxalá nossa contribuição, não obstante a modéstia e o desatavio com que foi apresentada, possa merecer a consideração que almejamos dos políticos e publicistas a que se destina em primeira mão.

³⁸ Apud Jessé Torres Pereira Júnior, “O controle da administração pública na nova Constituição Brasileira”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, nº 103, jul./set. 1989, Senado Federal, Brasília, DF, p. 33 e 34.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Apud, Jessé Torres Ferreira Júnior, *op. cit.*, p. 45.