

## **AS MUTAÇÕES DO ESTADO E OS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO**

**Cosme de Oliveira**

Universidade de Taubaté, Taubaté, SP, Brasil  
Departamento de Ciências Jurídicas - UNITAU

### **RESUMO**

O Direito Administrativo tem como objeto de estudo a Administração Pública, enquanto face visível do Estado. Assim, aquela encontra-se jungida a este de tal forma que qualquer alteração na configuração do Estado implica, necessariamente, em mudança na estrutura da Administração Pública, impondo uma revisão no estudo do Direito Administrativo.

**Palavras-chave:** Estado, Direito Administrativo, mutações, globalização.

### **MUTATIONS OF THE STATE AND THE REFLECTIONS IN THE ADMINISTRATIVE LAW**

### **ABSTRACT**

The administrative law has as object of study the Public Administration, while the State's visible face. So, that is joined this in such a way that any change in the configuration of the State implies, necessarily, changing the structure of the Public Administration, imposing a review on the study of administrative law.

**Keywords:** State, administrative law, mutations, Globalization.

## **1 INTRODUÇÃO**

A questão proposta tem relacionamento direto com o novo tipo de Estado que se esboça em decorrência de imperativo de forças internas e externas, as quais têm suas gêneses em fontes diversas, sendo umas mais preponderantes que outras, mas todas com parcelas de contribuição para

o surgimento de um novo Estado. E a partir de então, projetam seus reflexos nas relações entre a Administração e os administrados, bem como nos órgãos integrantes de sua estrutura.

Neste prisma mostram-se inevitáveis profundas alterações no Direito posto. Vale dizer, relações jurídicas são alteradas, quer suprimindo ou reduzindo algumas conquistas já de longa data solidificadas, em nome de um bem maior, a coletividade. É o argumento dos que ocupam o poder, neste tempo de acomodação das forças sociais em movimento intenso. E, ao que parece, trata-se de uma releitura de Aristóteles, o qual partia do princípio de que na ordem natural, o Estado antepõe-se à família e a cada indivíduo, visto que o todo deve, obrigatoriamente, ser posto antes da parte. (ARISTÓTELES, 2001, p. 14).

A discussão, portanto, envolvendo a questão que trata da relação do indivíduo com o Estado esteve presente no rol de interesses dos antigos pensadores gregos e romanos e até mesmo entre os escolásticos medievais, tendo em vista a elaboração das doutrinas que observavam que a verdadeira realidade estava no indivíduo e não no Estado, no que ficou conhecido como nominalistas. Por outro lado, encontravam-se aqueles que defendiam a tese de que o Estado era a única possibilidade, pois seus componentes constituíam apenas unidades ou partes sem dimensão própria alguma, razão pela qual ficam conhecidos como realistas.

Já no limiar do século XXI, a queda do muro de Berlim, trouxe como consequência a desestruturação dos Estados erguidos conforme a visão do socialismo científico, ensejando ao pensamento jurídico a possibilidade de visualizar um novo perfil de Estado apto a atender os desafios decorrentes da pós modernidade.

Neste sentido, o Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Doutorado da UERJ, na linha de pesquisa “Transformações do Estado Contemporâneo” preconiza que

O fenecimento do Estado Socialista coincidiu com a crise do Estado Liberal em sua versão de Estado de Bem Estar Social. Busca-se hoje a saída no Estado Regulador, que mantém ainda algum controle sobre a economia privada, ou no Estado Social e Democrático de Direito, podado em seus excessos intervencionistas, mas há propostas alternativas de estado Pós modernos e de estado Pós Liberal.

No âmbito interno, as mutações decorreram, sobretudo, a partir da chamada Segunda Reforma Administrativa do Brasil em que as reformas inauguradas eram consequências tanto da crise que o Estado brasileiro experimentou nos anos 80 como da globalização da economia, conforme posição adotada por diversos economistas e juristas.

As mudanças ocorreram e ocorrem, independentemente de quais sejam suas causas, uma vez que são variadas, abrangendo aspectos políticos, sociais e econômicos. E nesta ordem de ideias, torna-se imperioso uma postura proativa dos entes estatais, tendo em vista está inegável constatação:

A administração deve mudar porque o Estado muda e o Estado muda, por sua vez, porque a sociedade está mudando aceleradamente. Face a esta cadeia inescapável de causa e efeito, o que é preciso é compreendê-la, para bem administrar as suas alterações. (MOREIRA NETO, 1999, p. 2).

As mudanças perpetradas na sociedade brasileira, via reforma constitucional, foram acolhidas com entusiasmo por alguns setores. Outros, no entanto, não deixam de demonstrar certo ceticismo, como é de ver nas seguintes considerações:

Hoje, parece mais apropriada a paráfrase: o que parecia sólido desmancha-se no ar – melhor dizendo, “reforma-se” e se transmuda no oposto. Cláusula “pétreas” não são, como se acreditava, rocha durável, mas massa plástica, amoldável e complacente. O que jurávamos configurar apanágio do Poder Constituinte originário seja, doravante, tangido pelos mandatários do poder que pensávamos “derivado”. Invertam-se etiquetas: onde se lia direitos, enxerguem-se “privilégios”. Tome-se nação por “mercado”, cidadão por “consumidor”, direitos sociais por “paternalismo” direitos adquiridos por “excrecências”, garantias por “obstáculos” e bem-estar da coletividade por “custo Brasil”. Liberdade – aos detentores de meios para usufruí-la. Igualdade - jurídica e formal. Fraternidade? Não, “livre” concorrência. Dignidade humana para todos os ... “incluídos”. Os remanescentes da macroeconomia “globalizada” suscitam interesse residual, de natureza, digamos, estatística. (FELIPPE, 1999, p. 9).

O que se espera é que as atuais transformações ou mudanças nas relações Estado/cidadão possam ser traduzidas em efetivas melhoras tanto no desempenho do Estado no seu papel indeclinável de oferecer serviços públicos de qualidade, quanto na maior participação popular nos destinos da comunidade, pois em última análise não é apenas ao aparelho burocrático que cabe a tarefa de decidir para onde vamos e como atingir a meta que se pretende alcançar.

O momento mostra-se oportuno a esse debate, considerando que prosseguem os esforços dos poderes constituídos para promover alterações no texto constitucional, como também na legislação ordinária, relacionados às questões previdenciárias e trabalhistas, afetando, por conseguinte, o Direito Administrativo.

*Ocorre que a Administração Pública, objeto de estudo deste ramo do Direito, ostenta em seus quadros milhares de servidores estatutários e celetistas e, desta sorte, as alterações em curso no Congresso Nacional repercutirão diretamente nas legislações disciplinadoras dos direitos e*

*obrigações desta categoria de trabalhadores e empregadores, no caso, o poder público, nos três níveis da federação, bem como as entidades autárquicas e empresas governamentais.*

## **1 BINÔMIO ESTADO E DIREITO**

Para uma adequada colocação do problema, faz-se necessário ter em vista o fato de que o Estado constitui-se em instrumento apto a realização dos fins do grupo social, mas que também pode ser compreendido como um aparelho repressivo que tende a defender os interesses das classes dominantes no bloco hegemônico de forças (WOLKMER, 2000, p. 65).

E nesta perspectiva, encontra-se a posição hegelianista de que o Estado esteja acima da sociedade e dos indivíduos consistindo um fim em si mesmo, o que encontra eco na doutrina coletivista, propugnando, de um lado, a solidariedade, o sacrifício que cada um faz de si pelo bem de todos, mas que também implica no esmagamento dos indivíduos reais e concretos em nome de benefícios coletivos abstratos e hipotéticos, conforme expressão de Olavo de Carvalho.

Neste toar, identifica-se o indivíduo em função do Estado, tendo em vista que:

Em face do direito privado e do interesse particular, da família e da sociedade civil, o Estado é, por um lado, necessidade exterior e poder mais alto; subordinam-se-lhe as leis e os interesses daqueles domínios, mas, por outro lado, é para eles fim imanente, tendo a sua força na unidade do seu último fim universal e dos interesses particulares do indivíduo; esta unidade exprime-se em terem aqueles domínios deveres para com o Estado na medida em que também têm direitos (HEGEL, 1997, §§ 236, p. 226).

Não muito destoante é o absolutismo hobbesiano no sentido de que somente a autoridade e a razão refreariam o impulso agressivo, insaciável e egoísta do homem em seu estado natural, ensejando o estabelecimento da organização político-administrativa da sociedade em que o governo, com o fim de garantir a segurança e o bem-estar coletivo não encontraria limites em sua atuação, representado na figura do deus mortal – o Leviatã, expresso nos seguintes termos:

Graças à autoridade que lhe é dada por indivíduo no Estado, é lhe atribuído o uso de gigantesco poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no domínio da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros.

É nele que consiste a essência do Estado, que pode ser assim definida: “Uma grande multidão institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos uns com os outros, para em nome de cada um como autora, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum”.

Soberano é aquele que representa essa pessoa. Dele se diz que possui poder absoluto. Todos os outros são súditos. (HOBBS, 2003, p. 131).

Quão quanto Estado e Direito constituam realidades dispares, temática considerada no bojo da Filosofia Jurídica e da Teoria Geral do Direito, emergindo os posicionamentos conhecidos como monismo e dualismo.

Assim, na perspectiva dualista, impõe-se fixar as linhas divisórias entre o fenômeno jurídico e a instituição incumbida, por consentimento expresso da maioria, de manter a ordem e o equilíbrio no jogo de interesses e necessidades dos membros constituídos.

Nessa linha de pensamento, Giorgio Del Vecchio defende a ideia de que o Estado e o indivíduo são duas realidades que o Direito deve conciliar, sem suprimir nenhuma delas. E ao diferenciar Estado e sociedade afirma que entre ambos há uma relação de gênero e espécie, pois o Estado é um vínculo de indivíduos, a formação do corpo social, acrescido de um vínculo jurídico. (STACCHINI, 2006, p. 68).

A partir de tal premissa, considera o Estado como o sujeito da vontade que cria um ordenamento jurídico. O sujeito da ordem jurídica, em que se realiza a comunidade de vida de um povo.

Tem-se, portanto, o Estado como uma realidade, cuja definição é de tal ordem complexa, que Hans Kelsen adverte em sua obra *Teoria general del Estado*, p.3-4, que a volumosa soma de definições dificulta a precisão do termo, reduzindo-o a mero juízo de valor, desprovido de caráter científico. (ACQUAVIVA, 2000, p. 5). Contudo, mesmo diante da tormentosa questão visualizada pela doutrina, os estudiosos do Direito e da Sociologia teceram diversas considerações reforçando o cipoal de acepções que o termo pode comportar, e segundo magistério de Francisco Porrúa Pérez, citado por Francisco Javier Juarez Jonapa, pode ser assim entendido:

El Estado es una sociedad humana establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, creado, definido y sancionado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica. (JONAPA, 2012, p. 23).

Igualmente, entre os múltiplos significados da palavra Direito, o mais estreitamente ligado à teoria do Estado é aquele que o relaciona como “ordenamento normativo”, expressão correspondente a Direito positivo, ou seja:

O conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como as relações familiares, as relações econômicas, as relações superiores de poder, também chamadas de relações políticas, e ainda a regulamentação dos

modos e das formas através das quais o grupo social reage à violação das normas de primeiro grau ou a institucionalização da sanção. (BOBBIO, MARREUCCI e PASQUINO, 2000, p. 349).

É ainda Del Vecchio quem demonstra a necessidade de alcançar o conceito do Direito, tendo em vista que uma noção comum e vaga pode às vezes bastar para certos fins particulares. Contudo, não o é para os fins superiores do conhecimento, tendo em vista que

São facilmente reconhecidas por todos as manifestações vulgares da atividade jurídica; mas, ante os problemas mais elevados e gerais, quando se trata de situar a idéia do Direito na ordem do saber, de determinar-lhe os elementos essenciais, de distingui-la de outros objetos e categorias afins, surgem dúvidas e dificuldades que a noção vulgar é impotente para resolver (...).

(...) o conteúdo da realidade jurídica não pode servir de base a uma definição do Direito. De fato, por natureza, o Direito é condicionado, sofre certas influências e depende de certas vicissitudes. Daqui a impossibilidade de utilizarmos esta realidade movediça para fixarmos o conceito do Direito. (STACCHINI, 2006, p. 48).

O dualismo Estado e Direito é temática que conduz diversos estudiosos a travarem incontáveis debates, como é de ver nas lições de F. J. J. JONAPA escudado no escólio de Luis Recaséns Siches entende que a questão pode ser compreendida, a partir do enfrentamento das seguintes proposições:

Al hablar del Estado nos referimos al orden jurídico, y viceversa. De ahí que exista la necesidad de contestar las siguientes interrogantes que plantea Luis Recaséns Siches:  
1º ¿Constituyen el Estado y el Derecho entes distintos pero relacionados de alguna manera esencial?  
2º ¿ Las palabras Estado y Derecho son,, meramente dos palabras que designan una sola cosa, de tal suerte que, en realidad coinciden plenamente, si ò no ?  
3º Si fueran las anteriores, una misma cosa, ¿cuáles son las relaciones entre ambos?  
4º ¿La Existencia del Estado implica la del Derecho o, por el contrario, es posible concebir la existencia del Estado sin el orden jurídico?  
5º ¿La existencia del Derecho implica la del Estado o, por el contrario, es posible concebir la existencia del orden jurídico sin la del Estado?" (JONAPA, 2012, p. 151).

Entretanto, para os adeptos da teoria monística, entre os quais menciona-se com frequência Hans Kelsen, que em sua obra Teoria Pura do Direito, posiciona-se firmemente contra a dualidade Estado-Direito, ao lecionar o quanto segue:

Uma vez reconhecido que o Estado, como ordem de conduta humana, é uma ordem de coação relativamente centralizada, e que o Estado como pessoa jurídica é a personificação desta ordem coerciva, desaparece o dualismo de Estado e Direito como uma daquelas duplicações que têm a sua origem no fato de o conhecimento hispostasiar a unidade (e uma

tal expressão de unidade é o conceito de pessoa), por ele mesmo constituída, do seu objeto. (KELSEN, 1999, p. 222).

Desta sorte, o tratamento das mutações do Estado e o reflexo no direito administrativo em especial passam, necessariamente, pela consideração de que tais questões implicam no reconhecimento de realidades inconfundíveis, até porque, parte-se do princípio que o Estado comporta uma pluralidade de ordem jurídica, ou seja, a normatização não emanada dos órgãos estatais, mas subsumida ao ordenamento superior para terem eficácia, tem seu espaço reconhecido no Estado Democrático, que atravessa uma profunda crise abalando suas estruturas políticas, socioeconômicas e jurídicas, fatores que justificam sua reforma.

Na sequência, sobrevêm as mutações observadas no âmbito do Direito Administrativo, decorrentes das mudanças instaladas na estrutura legal, organizacional e nas políticas públicas do Estado, com o fim de oferecer uma resposta satisfatória às demandas da sociedade, isto é, a realização do bem comum, podendo este também ser entendido como

O “objetivo social” ou o “propósito comum” para o qual se pretende organizar a sociedade costuma ser vagamente definido como o “bem comum”, o “bem-estar geral” ou o “interesse comum”. Não é necessário muito esforço para se perceber que esses termos não estão suficientemente definidos para determinar uma linha específica de ação. O bem-estar e a felicidade de milhões não podem ser aferidos numa escala única de valores. (HAYEK, 2010, p.75).

Tal objetivo se insere, a toda a evidencia, a reforma do Estado referentes as questões de naturezas políticas, econômicas e sociais e não propriamente a reforma do aparelho do Estado, pois que esta diz respeito a um conjunto de medidas com a finalidade de tornar a administração pública mais eficiente, conforme estabelecido no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, nos seguintes termos:

O diagnóstico mostra que para uma reforma consistente do aparelho do Estado necessita-se, hoje, mais que um mero rearranjo de estruturas. A superação das formas tradicionais de ação estatal implica descentralizar e redesenhar estruturas, dotando-as de inteligência e flexibilidade, e sobretudo desenvolver modelos gerenciais para os setores públicas capazes de gerar resultados (MARE, 1995, p. 40).

## **2 NOTAS SOBRE O SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

As reflexões históricas têm o relevante papel de possibilitar as fugazes olhadelas no passado sem olvidar das perspectivas futuras. É evidente que em se tratando de matéria jurídica, os fatos

presentes suscitam os mais calorosos debates, havendo um sem número de opiniões, que dirá de acontecimentos que desafiam os séculos!

Entretanto, há uma sólida corrente que admite encontrar a gênese do Direito Administrativo na França, tendo como marco a Lei do ano VIII, denominada de “Constituição Administrativa Napoleônica”, de inegável influencia em nosso ordenamento jurídico. (MEDAUAR, 1992, p. 10).

Assim, o Direito Administrativo nasce após Revolução Francesa em que ocorreu uma ruptura em relação ao direito então vigente no estado absoluto, não sendo possível admitir que o sistema pós revolucionário seja continuidade do anterior, pois que neste caso, estar-se-ia diante de uma continuidade e não de mudança em matéria administrativa.

A questão é, no entanto, controvertida. No Brasil, a elaboração doutrinária deste ramo do direito só foi possível a partir da criação da cátedra específica, o que ocorreu em 1851, nas Faculdades de Direito de Recife e São Paulo.

Já em 1866, ao publicar a obra “Direito Administrativo Brasileiro”, Antônio Joaquim Ribas fez o seguinte comentário: nossas leis e regulamentos, todos os dias se reformam e essas reformas, no dia seguinte são de novamente reformadas, havendo movimentos em sentidos desencontrados (MEDAUAR, 1992, p. 63).

Por mais incrível que possa parecer, constata-se que mesmo tendo transcorrido mais de um século, persiste a mesma política de mudanças nas legislações, o que de certa forma milita contra o princípio da segurança jurídica, tal qual denunciado por Ribas.

Não que as alterações constituam um mal em si mesma, até porque a boa razão não se orienta no sentido de um total engessamento da produção legislativa, em resposta aos reclamos sociais. O que se advoga é que a lei, enquanto instrumento regulatório de fatos futuros deve preservar as situações consolidadas antes de sua vigência.

Efetivamente, o Direito por estar inserido entre as ciências sociais e está sujeito às mutações, vez que o corpo social a quem suas regras são dirigidas não é estático.

Em linhas gerais, como se tem entendido doutrinariamente, o Direito Administrativo nasceu como um direito do Estado, passou a ser um direito do Estado e dos administrados, tornou-se hoje, com seu núcleo constitucional e como seu prolongamento um direito comum dos administrados, face ao Estado Administrador.



Verifica-se, portanto, uma permanente evolução deste ramo do saber, mesmo que em alguns momentos seus princípios tenham sido ignorados, em manifesto prejuízo às relações sociais, com a deflagração de conflitos em escala mundial ou mesmo a instituição de estados totalitários que afrontam os direitos fundamentais da pessoa humana.

Contudo, não se ignora a afirmação atribuída a K. F. von Savigny no sentido de que o direito repousa sobre esforços ininterruptos de vários séculos, razão pela qual a atual geração tem a posse de uma rica herança..

No que pertine, especificamente, ao Direito Administrativo, Alejandro Nietro, citado por Odete Medauar, manifesta a opinião de que este ramo do saber jurídico vive angustiado por sua falta de identidade; os juristas mais antigos herdaram patrimônio científico e ideológico equilibrado, que agora lhes escapa das mãos, sem que acertem encontrar novos pontos de referência aceitavelmente seguros (MEDAUAR, 1992, p. 68).

Em um primeiro momento, os juristas pátrios orientavam-se pela escola francesa de direito administrativo, sendo mais recente a influência norte-americana, sobretudo a partir de 1930, podendo ser observada ainda a adoção de alguns institutos de inspiração ítalo-franco-germânica.

Coube a Maurício Nabuco e a Luis Simões, em 1936, promover a reforma administrativa burocrática clássica baseada nos princípios administrativos do exército prussiano, adotada em substituição a administração patrimonialista, na qual a linha que separava o público do privado era extremamente tênue.

A criação do Departamento Administrativo do Serviço Público representou um marco na adoção de novos critérios administrativos no Brasil com a afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica.

Ocorre que a organização política sofre modificações, por força das transformações sociais, as quais impõem alterações constitucionais afetando, por conseguinte, a organização administrativa.

Como se sabe, uma constituição possui sentido político, mas não só. O sentido administrativo também está presente. Se assim não fosse estar-se-ia diante de normas abstratas, sem qualquer conteúdo prático.

### **3 FATORES INTERNOS E EXTERNOS DETERMINANTES DAS MUTAÇÕES ADMINISTRATIVAS**

A democratização política fortalecendo o exercício de direitos oponíveis à ação unilateral do Estado, conduz a uma reavaliação dos poderes administrativos e a uma necessária descentralização de serviços públicos. (TÁCITO, 1999, p. 2).

Sendo assim, as mutações verificadas no direito administrativo decorrem, necessariamente, dos influxos de natureza política que faz emergir um novo tipo de Estado. Este encolhe-se na justa medida em que devolve à iniciativa privada o espaço que lhe é próprio, reservando a si tão só a prestação de serviços típicos e o papel de vigilante das atividades transferidas.

Nesta linha, há quem defenda a ideia de que a mudança no perfil do Estado exige sua renovação em todas as suas dimensões: econômica (Estado capitalista), política (Estado Democrático) e financeira (Estado Fiscal).

Assim, ao lado da renovação do Estado, caminha a necessidade imperiosa de redefinir suas funções. Daí, considerar-se que o novo papel do Estado é o de oferecer condições para que sua economia interna se torne internacionalmente competitiva, face ao fenômeno globalizante que contribui significativamente para formação de um novo perfil de Estado. (PEREIRA, 2015, p. 39).

Assim, as mudanças verificadas são produtos de pressões irresistíveis exercidas sobre o Estado, enquanto membro da comunidade internacional.

Com efeito, em todo mundo se discute as reformas da estrutura estatal, em grande parte determinada pela globalização, entendida está com a intensificação das relações sociais em escala mundial, que liga localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa (GIDDENS, 1991, p. 69).

Em consonância ao conceito acima proposto, outros tantos são formulados, o que leva ao entendimento de que as ideias não divergem em essência sobre o significado deste fenômeno que congrega de um lado ardorosos defensores e de outro, aquele que lhes debitam os males da desigualdade crescente.

No mundo de hoje, um evento ocorrido em outro continente, há milhares de quilômetros, pode influenciar nossas vidas quase que instantaneamente. Oscilações na Bolsa de Tokio repercutem, às vezes no mesmo dia, sobre a taxa de juros que o cidadão brasileiro de classe média paga em seu cheque especial. (SARMENTO, 1999, p. 53).

Considerando serem inegáveis os aspectos perniciosos resultantes do fenômeno da mundialização ou globalização, como ficou mais conhecido, pertinente, portanto, indagações

formuladas por Viviane Forrester: “Quando tomaremos consciência de que não há crise, nem crises, mas mutação. Não mutação de uma sociedade, mas mutação brutal de uma civilização. (FORRESTIER, 1997, p. 8).

No caso brasileiro, pode se dizer que experimenta-se o “momento maquiavélico” de que fala J. G. A. Pocock., resultante da convergência das crises operadas no plano socioeconômico, quando se constata a ruptura da hegemonia dos setores dominante, no plano político, face a contestação do regime representativo e no plano jurídico-institucional, a crise é da própria matriz organizacional do Estado. (FARIA, 1993, p. 38).

Desta sorte, identificadas as causas determinantes da crise do Estado brasileiro e a necessidade imperiosa de enfrentá-la e superá-la exsurge como corolário a reforma na sua estrutura, vez que não condizente com os desafios postos pelos novos tempos.

Neste sentido, não basta que se propugne pelo bem da coletividade. É necessário permitir a constante renovação do ordenamento jurídico, reconhecendo-o como um sistema dotado de um potencial de autossuperação para a realização dos direitos fundamentais. (TORRENS, 2004, p. 61).

#### **4. MUTAÇÕES E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Parte da doutrina tem se orientado no sentido de que os princípios que compõem um sistema constitucional, na extensão se fazem jurídicos e na projeção se fazem administrativos. (FRANCO SOBRINHO, 1984, p. 5).

Assim, a reforma administrativa brasileira orientou-se a partir de três categorias de princípios informativos e interpretativos, os quais operaram no plano político, jurídico e técnico-administrativo. (MOREIRA NETO, 1999, pág. 19).

Exsurge, pois de natureza política o princípio da subsidiariedade, cujas raízes se estendem à prática observada na Confederação Helvética, passando pelo constitucionalismo alemão e direito comunitário europeu.

Em face de tal princípio, o cometimento de atribuições é escalonado em função de sua complexidade aos diferentes níveis da sociedade organizada, a começar pelo indivíduo até chegar a organização política de nível nacional.

Da mesma natureza é também o princípio da participação política, o qual consiste na expansão da consciência social de tal sorte a produzir as transformações dos modelos simples de democracia representativa em modelos mais complexos de democracia participativa.

Por princípios jurídicos entende-se o da transparência ou visibilidade que em última análise viabiliza a realização do princípio da participação, eis que permite a ampliação dos controles da administração pública aos cidadãos e órgãos da sociedade civil.

Ainda de natureza jurídica é, igualmente, o princípio da consensualidade, cuja conceituação encontra-se formulada nos seguintes termos:

A consensualidade aparece hoje tanto como uma técnica de coordenação de interesses e de ações como uma nova forma de valorização do indivíduo, prestigiando, simultaneamente, a autonomia da vontade, motor da sociedade civil e do progresso, e a parceria entre esses dois principais atores: a sociedade e o Estado. (MOREIRA NETO, 1999, p. 25).

Entre outros, sobressaem, com maior relevo, os princípios técnico-administrativos da autonomia e o da profissionalização. O primeiro representa uma tendência no Estado atual no sentido de atender de maneira racional as diferentes necessidades de gestão da coisa pública, segundo sua especificidade, sem apego excessivo aos padrões formais e rígidos que caracterizam o Estado burocrático.

Assim, os problemas a serem enfrentados encontram uma melhor resposta a partir de núcleos flexíveis, possibilitando ao Estado atuar com eficácia e eficiência, já que com os órgãos e funções enrijecidas tais resultados não seriam alcançados.

O princípio da profissionalização segue de perto o modelo adotado na iniciativa privada na busca da otimização dos resultados. Mas não só. Ocorre que num mundo em que mudança constante, mercados financeiros, crime organizado, meio ambiente etc., conduz a Administração Pública a atuar em campos cada vez mais exigentes de conhecimentos técnicos específicos, além do que não é condizente com a realidade atual a Administração contar com recursos humanos de qualificação inferior aos da sociedade.

Como é de ver, a reforma do Estado tem, necessariamente, repercussão direta no Direito Administrativo com o surgimento de novas figuras e critérios interpretativos. Porém, estes últimos não devem redundar em prejuízo ao princípio da segurança jurídica, com vistas ao que dispõe o artigo 2º, inciso XIII da Lei 9784/95, especificamente no tange aos critérios a serem observados nos processos administrativos, isto é, a interpretação da norma administrativa da forma que melhor

garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Com efeito, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos fluando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.” (DI PIETRO. 2008, p.80-81).

É evidente que em nenhum momento deve este ramo do Direito Público servir de apoio para a busca desenfreada de resultados no curto prazo, e à custa do sacrifício de conquistas já incorporadas ao patrimônio da sociedade, por conta da adoção de novos critérios de interpretação. Pelo menos não deveria.

Contudo, aos operadores do Direito resta o desafio de repensarem alguns postulados que até então eram tidos como insuscetíveis de flexibilização, a não ser mediante a promulgação de uma nova ordem constitucional, estabelecendo uma configuração de Estado diversa.

Mas o que se observa é o fato de que no bojo da reforma do Estado também emergiram novos critérios de interpretação da norma jurídica que colocam em xeque os fundamentos de institutos consolidados, como é o caso não apenas da segurança jurídica, mas também do chamado direito adquirido.

Ocorre que a novel moldura do Estado possibilitou a reinterpretção de alguns institutos jurídicos conferindo-lhes roupagem distinta daquela que já estavam cristalizadas no consciente coletivo como princípios basilares da cidadania, insculpidos no artigo 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Tal postura caminha em descompasso com o entendimento de que determinados valores encontram-se sedimentados na história da civilização e, portanto, eventuais modificações acarretam a possibilidade de causar instabilidade no corpo social, pois que o que era válido para ontem deixou

de o ser para os dias seguintes, perdendo ligeiramente as características originais, uma vez que não lhes são mais conferidos o grau de proteção que outrora desfrutavam.

Desta sorte, o direito adquirido e a flexibilização da coisa julgada temas considerados tabus passaram a ser tratados com vigorosa desenvoltura, tanto na doutrina, como na jurisprudência, cuja repercussão no Direito Administrativo se fez notar nos primeiros momentos.

Nesta ordem de ideias verifica-se que os debates que ocorrem Congresso nacional, mobilizando a sociedade civil acerca da reforma previdenciária encontra justificativa, em parte, pelo fato de que poderá afetar, mais uma vez o direito adquirido de milhões de trabalhadores, tanto da iniciativa privada quanto do setor público.

No que se refere a estes últimos não se trata de uma medida inédita, pois que já tiveram a oportunidade de experimentar uma profunda alteração em seus direitos previdenciários, por conta do advento das emendas constitucionais n<sup>os</sup> 19/98, 20/98 e 41/03.

Ocorre que, até então, o STF tinha posição firmada no sentido de que os servidores públicos já tinham integrado em seus patrimônios um conjunto de direitos insuscetíveis de serem alterados ou suprimidos face à vedação constitucional, prevista no art. 5<sup>o</sup>, XXXVI.

Relativamente aos aposentados e pensionistas, na vigência do texto constitucional, alterado pela EC n<sup>o</sup> 20/1998, o Supremo Tribunal Federal adotou, por algum tempo, que não seria possível a incidência de contribuição previdenciária, face a configuração do direito adquirido ainda na sistemática precedente, conforme assentado no julgamento da Adin n<sup>o</sup> 2.176/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 11-5-2000. (Informativo STF n<sup>o</sup> 188).

No mesmo sentido é a Adin n<sup>o</sup> 2.196-6/RJ – medida liminar – Rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 15 de maio 2000, p.2, proclamando a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos infraconstitucionais que trouxessem essa previsão. (Informativo STF n<sup>o</sup> 203).

Logo, a considerar tais posicionamentos, verifica-se que o STF reconhecia de forma expressa ser indevida a incidência da contribuição previdenciária dos inativos, tendo em vista que estas contribuições já tinham sido realizadas por ocasião em se encontravam em atividade.

Com o fim de preservar esta situação consolidada, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, Adin n<sup>o</sup> 3.105-8, em face do artigo 4<sup>o</sup> da Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 41, de 19.12.03, alegando que os servidores públicos aposentados e os que preenchiam as exigências de aposentação antes da

vigência da nova norma constitucional estavam submetidos, quando das suas aposentadorias ou do momento em que poderiam se aposentar, a regime previdenciário que não tinha caráter contributivo ou solidário (antes da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998), ou apenas tinha caráter contributivo (depois dessa mesma Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Sendo assim, os referidos servidores, depois de aposentados conforme, o sistema previdenciário então estabelecido pela Constituição, exerceram ou incorporaram ao seu patrimônio jurídico o direito de não mais pagarem contribuição previdenciária.

Esta linha de raciocínio seguia o entendimento firmado no Enunciado nº 359 da Súmula do STF, alterado após o julgamento do RE nº 72.509 ED-EDv, DJ 30.03.03, segundo o qual o servidor público aposentado ou que já reuniu os requisitos para se aposentar tem o direito de que seja aplicada, ao período de sua inatividade, a lei vigente à época em que se aposentou ou que poderia se aposentar.

Desta sorte, os servidores aposentados até 19 de dezembro de 2003, bem como os que detinham as condições para sê-lo, possuíam o direito de não pagar contribuição previdenciária, eis que a obrigação imposta pelo dispositivo impugnado prejudica este mesmo direito, impondo situação jurídica mais gravosa ao seu titular.

Portanto, a conclusão inarredável é que houve violação à garantia individual do direito adquirido (o que não foi exercido, apesar de já estar incorporado ao patrimônio jurídico de seu titular) e do ato jurídico perfeito (direito subjetivo exercido que se torna, por ato do Poder Público, situação definitivamente constituída), prevista no artigo 5º, XXXVI da CF.

Mas não é só. Configurou-se também o desrespeito à cláusula pétreia insculpida no art. 60, § 4º, IV da Carta Magna, segundo a qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Ocorre que a doutrina mantinha o sólido entendimento de que ao poder constituinte derivado falecia competência para afetar direitos adquiridos, conforme lição de José Afonso da Silva:

Ninguém duvida de que se configura como uma típica garantia individual a regra constante do inc. XXXVI do art. 52 da Constituição de 1988, segundo o qual a lei não pode prejudicar o direito adquirido. O argumento é irretorquível, como um entimema: a reforma constitucional não pode abolir direito adquirido porque se trata de uma garantia individual. Ou se quiser em forma de um silogismo: a reforma constitucional não pode abolir direitos e garantias individuais; o direito adquirido é uma garantia individual expressa no art. 5º, XXXVI; logo, a reforma constitucional não pode abolir o direito adquirido. Ou ainda, por outra forma: os direitos e garantias individuais são imodificáveis por emenda

constitucional; o direito adquirido é uma garantia constitucional; logo, o direito adquirido é imodificável por emenda constitucional. (SILVA, 1998, p. 130).

Contudo, apesar dos sólidos argumentos despendidos, o tribunal entendeu que em se tratando de tributação de ordem constitucional, não se aplica o direito adquirido nas aposentadorias já constituídas.

Na oportunidade, alguns doutrinadores entenderam que esta orientação não se coadunava com as decisões anteriores do próprio tribunal, a vista do posicionamento do Pleno do STF ao analisar a referida Adin.

“(…) não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.”

E, portanto,

“Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações”.

Colocada nestes termos a questão, razão assiste ao lúcido Professor Zélio Furtado da Silva quando assevera que passa a vigorar no país a idéia de que direito adquirido não é o que a norma legal prescreve e muito menos o que leciona a doutrina e sim o que os julgadores do STF afirmam, aduzindo ainda que:

O direito adquirido, para o Supremo Tribunal, tem sido aquele que os seus julgadores dizem que é. Não há uma interpretação dogmática do que está prescrito na lei. Atenta-se contra as definições legais e em descompasso com o que preleciona a doutrina adotada na história do Direito Brasileiro. (SILVA, 2000. p. 180/181).

## **5. MUTAÇÕES E A MODERNIZAÇÃO DO ESTADO**

Temos observado que a doutrina ora fala em modernização do Estado e em outras ocasiões encontramos a expressão Reforma do Estado.

Isso quer nos parecer tratar-se de expressões que encerram um mesmo sentido, independentemente da terminologia empregada.

De qualquer forma, mesmo após a promulgação da vigente carta magna já se ouviam vozes levantadas no sentido de que o Estado brasileiro dava sinais de ter chegado ao limite ou ao esgotamento de seu processo de intervenção fiscalizadora e reguladora na sociedade. (FARIA, 1994, p. 179).



Assim, se mostra firme a necessidade de reforma ou modernização do Estado, a fim de alcançar em suas praticas a desejada eficiência, agora alçada a posição de princípio constitucional, por força da EC 19/98.

Neste sentido, Luiz Alex Silva Saraiva e Luiz Gonzaga Ferreira Capelão, por exemplo, apoiados na obra de B. Kliksberge, “Como transformar o Estado. Para além de mitos e dogmas.” Brasília, Enap, 1992, adotam o seguinte ponto de vista:

A diretriz “mestra” da nova administração pública é a de desenvolver nos funcionários um compromisso com a construção de uma sociedade mais preparada para enfrentar as novas demandas contextualizadas em uma era de mudanças. A grande tarefa a ser realizada compreende, entre outros aspectos, a revisão dos serviços de atendimento ao público com vistas a sua maior eficiência e humanização. Isto implica repensar profundamente os modelos organizacionais vigentes. (SARAIVA e CAPELÃO, 2000, p. 63).

Visando a modernização do Estado e de seu aparelho prestador de serviços, devem ser alinhados, três níveis de mudanças: 1) a que pertine as alterações de estrutura e funcionamento dos órgãos estatais; 2) a mentalidade dos administradores públicos e; 3) a mudança da mentalidade do público usuário. (SARAIVA e CAPELÃO, 2000, p. 63).

Por outro lado, dentro da visão da nova esquerda social liberal também três posições, também podem ser defendidas, só que assentadas nas seguintes premissas:

[...] reformar o Estado significa basicamente três coisas: (1) reconstruí-lo – já que ele foi vítima de uma captura generalizada por capitalistas e burocratas – dotando-o de um núcleo estratégico com capacidade de decisão, recuperando suas finanças, e implantando uma administração pública gerencial em vez de burocrática; (2) delimitar seu papel, transferindo para o setor privado as empresas e par o setor público não-estatal seus serviços sociais, de forma a aumentar a competição; (3) aprofundar a democracia, fortalecendo as instituições democráticas não apenas da democracia representativa mas também as de democracia direta, como o referendo e os mecanismos de controle social, ao mesmo tempo que se promove a democratização da própria sociedade civil em que o regime democrático está apoiado. (PEREIRA, 2015, p. 39).

Desta sorte, os três pontos pelos quais a reforma do Estado deve ser efetivada, apresenta algumas interfaces nas concepções dos tratadistas, embora possam ser focados outros aspectos do tema, que, sem dúvida, comporta um sem número de análise, observações, propostas etc. (COSTA, 2000, p. 269).

Com efeito, entende-se que em primeiro lugar é preciso buscar formas de ampliar as ofertas de serviços públicos, reduzindo o deficit e os custos impostos à população pelas filas, os atrasos e o mau atendimento.

Em segundo lugar, é conveniente buscar também novas formas de comunicação biunívoca, no sentido de que as ações tenham um sujeito universalmente reconhecido e um mesmo significado para o governo e para a sociedade.

E em terceiro lugar, ainda segundo Frederico Lustrosa, é possível criar mais oportunidade de participação e controle social sobre a gestão pública, como já ocorre em pequena escala nas áreas de educação e saúde.

## **CONCLUSÃO**

Efetivamente, o Estado-previdência surgido a partir da crise de 1929, mostra sinais claros de esgotamento ante a inevitável globalização em processo acelerado de desvalorização dos compromissos humanizantes do Estado anterior.

Com efeito, nem todos optam pela inevitabilidade da globalização. Há aqueles que exercem o legítimo direito de resistência ante os malefícios por ela produzidos.

Algumas de suas características são bem conhecidas, assim como seus efeitos colaterais.

A busca obsessiva da eficiência faz aumentar continuamente o número dos que por ela são marginalizados, gerando desempregos em massa, inclusive nos países industrializados. Portanto, o modelo por nós adotado, a chamada terceira via, ainda não se mostrou ser o melhor caminho para busca do bem-estar social, em que todos possam participar minimamente dos recursos científicos e tecnológicos até então obtidos.

Assim, não basta hoje, ao Direito, que a ação administrativa do Estado apresente apenas os requisitos de validade e eficácia.

Há necessidade de que o setor público, enquanto gestor de interesses da sociedade seja também eficiente, em qualquer de seus aspectos, vez que não se pode conceber a administração exclusivamente centralizada no Estado.

O que importa, dentro da moderna visão do Direito Público é a função desempenhada, independentemente de quem quer que pratique os atos de administração na defesa dos interesses públicos.

Portanto, ora será algum agente público, investido legitimamente no cargo ou função, ora será um delegatário que faça às vezes dos órgãos estatais.

Ocorre, entretanto, que este afã por mudança tem levando, em algumas situações a perpetração de verdadeiros atentados aos princípios constitucionais, mesmo aqueles que estão ao abrigo das cláusulas pétreas.

Porém, é o que se tem assistido, mesmo com os protestos veemente da sociedade, afinal é ela de deve deixar evidente que a organização política mesmo diante das mutações, precisa ater-se a certos limites, sob pena de instaurar um permanente estado de insegurança.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, M. C. **Teoria Geral do Estado**, São Paulo, Saraiva, 2000.

ARISTÓTELES, **Política**, trad. Torrieri Guimarães, Ed. Martin Claret, 2001.

BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G. **Dicionário de Política**, trad. Carmen C. Varriale...[et al.], Ed. UNB, São Paulo, 2000.

CEPEDUERJ. **Transformações do Estado Contemporâneo**. Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Doutorado. Disponível em [http://www.cepeduerj.org.br/mestrado\\_doutorado/](http://www.cepeduerj.org.br/mestrado_doutorado/). Acesso em 05.abril. 2017.

COSTA, F. L. da. **Programa de Estudos e Pesquisas em Reforma do Estado e Governança**, RAP, Rio de Janeiro Ed. FGV, vol. 34, jan/fev 2000..

DI PIETRO, M. S. Za. **Direito Administrativo**, São Paulo, Atlas. 21ª ed., 2008.

FARIA, J. E.. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**, São Paulo, Ed. Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **A Inflação Legislativa e a crise do Estado no Brasil**, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Vol. 42, Dez. 1994.

FRANCO SOBRINHO, M. de Ol. **Regimes Políticos**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984.

FELIPPE, M. S. **Dez anos da Constituição**, Revista da PGESP, Setembro 1999.

FORRESTER, V.. **O horror Econômico**, trad. Álvaro Lorencini – São Paulo , Ed. UNESP 1997.

GIDDENS, A. **As consequências da modernidade**, trad, de Raul Fiker. São Paulo, Editora Unesp, 1991.

HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**, trad. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HEGEL, G. W. F. **Princípio da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino, São Paulo, Editora Martins Fontes, 1997.

HOBBS, T. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico ou Civil**. Trad. Alex Marins. Ed. Martins Claret, São Paulo, 2003.

JONAPA, F. J. J. **Teoría general del Estado**, Cidade de Mexico. Ed. Red Tercer Milenio S.C., 2012.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**, trad. João Baptista Machado, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1998.

MEDAUAR, O. **O Direito Administrativo em Evolução**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO (MARE). Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Imprensa Nacional, novembro de 1995. Plano aprovado pela Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República em setembro de 1995.

MORAIS, A. de. **Direito Constitucional**. 18ª Ed. São Paulo, Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, D. de F. **Apontamentos sobre a reforma administrativa**, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **A nova administração pública e o foco no cidadão: burocracia x marketing**, Revista de Administração Pública, Ed. FGV, v. 34, mar/abr 2000.

PEREIRA, L. C. B. **Nova esquerda social-liberal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Ed. FGV, v. 215, jan/ mar. 1999.

SARAIVA, L. A. S. e CAPELÃO, L. G. F. **A nova administração pública e o foco no cidadão: burocracia x marketing**, Revista de Administração Pública, Ed. FGV, vol. 34, mar/abr, 2000.

SARMENTO, D. **Constituição e Globalização: A Crise dos paradigmas do Direito Constitucional** - Anuário Direito e Globalização, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, J. A, da. **Reforma Constitucional e Direito Adquirido**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Ed. FGV, v. 213, jul/set, 1998.

SILVA, Z. F. da. **Direito Adquirido**, E. Leud, Rio de Janeiro, 1998.

STACCHINI, Â. P. G. **Del Vecchio e o Direito natural**. Dissertação de Mestrado em Direito. USP, 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012535.pdf>. Acesso em 08 jun 2017.

TÁCITO, C.. **A reforma do Estado e a modernidade administrativa.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Ed. FGV, v. 215, jan/mar. 1999.

TORRENS, H. L. **Hermenêutica Jurídica e Paradigmas Interpretativos.** Perspectivas e fundamentos de aplicação da teoria integrativa de Ronald Dworkin em face da ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro. Letra Legal, 2004.

WOLKMER, A. C. **Ideologia, Estado e Direito.** São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2000.