

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA NO ESTADO FEDERATIVO: UMA PROPOSTA DE RELEITURA SOB A ÉGIDE PÓS-POSITIVISTA

BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION IN THE FEDERAL STATE: A RE-READING PROPOSAL UNDER THE POST-POSITIVIST AEGIS

Luciana Gaspar Melquíades Duarte¹
Vitor Medeiros dos Reis²

RESUMO

O presente artigo objetiva, sob o lume teórico pós-positivista, revisitar a tradicional abordagem doutrinária acerca da estruturação da Administração Pública brasileira, explicitando-se suas inconsistências e propondo-se um modelo de organização fundado no Princípio Federativo, contemplado pela Constituição vigente (BRASIL, 1988). Desta maneira, pretende-se oferecer eficiente contributo à sociedade no sentido de obstaculizar a implantação de elementos organizacionais descompassados com as realidades fática e jurídica nacionais, afastando-se, destarte, os aspectos impositivos e autoritários que tradicionalmente impregnavam a presente temática, havendo sua substituição por perspectivas racionais, éticas e justas, conforme basilares pressupostos teóricos da concepção jusfilosófica sustentáculo da investigação que se empreende.

PALAVRAS-CHAVE: Organização administrativa. Federalismo. Pós-positivismo. Neoliberalismo.

ABSTRACT

This article aims, under the Post-positivist theoretical conception, to revisit the classical doctrine on the Brazilian Public Administration organization approach, highlighting its inconsistencies and proposing a theoretical reconstruction based on the Federative Principle, contemplated by the present Constitution (BRAZIL, 1988). Therefore, it is intended to provide effective contribution to the society by obstructing the implementation of inappropriate organizational elements in the national legal and factual realities. Moving away the authoritarian aspects which traditionally pervaded the present thematic, being replaced by rational, ethical and fair prospects as the basic theoretical principles of the jusphilosophical approach, supporter of the research that is being engaged.

KEYWORDS: Administrative organization. Federalism. Post-Positivism. New Liberalism.

¹ Especialista em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte/MG. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora/MG.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora/MG; bolsista de Iniciação Científica (BIC) na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Juiz de Fora/MG.

1 INTRODUÇÃO

A organização estrutural da Administração Pública brasileira, apesar de temática tradicionalmente contemplada pelas construções doutrinárias e jurisprudenciais pátrias, encontra inadequado tratamento no âmbito do Direito Administrativo, tendo em vista a sua fundamentação em concepções teóricas superadas ou mesmo a inexistência de embasamento teórico.

A partir deste contexto, tais modelos estruturais reproduzem-se indistintamente por meio das obras de inúmeros administrativistas, contribuindo para que os operadores do Direito perpetuem, em suas atividades, um paradigma organizatório imposto e não efetivamente racionalizado.

Determinam-se, neste diapasão, desdobramentos práticos não negligenciáveis. Ausente o fundamento de adoção de tal padrão de organização, não se permite averiguar, por exemplo, a viabilidade, adequação e eficiência da incorporação de novos elementos a tal modelo, a exemplo das agências reguladoras e das entidades que integram o terceiro setor.

Neste cenário, o presente artigo pretende efetuar, sob o lume constitucional, uma releitura da temática concernente à estruturação da Administração Pública – expressão tomada em seu sentido amplo, englobando os órgãos de governo, com sua função política, bem como os órgãos e pessoas jurídicas que desempenham função meramente administrativa (ALEXRANDRINO, 2013) – apresentando, como fundamento de tal organização, o Princípio Federativo, instituído pela Constituição da República (BRASIL, 1988) por meio de seus artigos 1º e 18, como pedra angular da estruturação da Administração Pública brasileira.

Através da análise das implicações, em tal arquétipo, geradas pela adoção do Federalismo na Constituição (BRASIL, 1988), objetiva-se oferecer, à sociedade, eficiente contributo para a otimização da atuação administrativa, possibilitando o eficaz atingimento de seus fins e inviabilizando, destarte, utilizações indevidas da estrutura administrativa por parte de gestores, governantes e administradores.

Sob a metodologia preponderantemente dedutiva que norteou a pesquisa qualitativa e bibliográfica, com a utilização precípua de fontes indiretas, efetuou-se ampla revisão de bibliografia, que será apresentada ao leitor de maneira reflexiva.

Explicita-se, por fim, que a abordagem indicada realizar-se-á sob a égide do arcabouço teórico pós-positivista, fundamentalmente pela *Teoria da Argumentação Jurídica* e *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Alexy (2005), pela Teoria da Normatividade Constitucional de Hesse (1991) e da proposta hermenêutica *Direito como Integridade*, de Dworkin (2002), tendo em

vista a natureza normativa conferida aos princípios jurídicos a partir desta concepção jusfilosófica, bem como as suas exigências de racionalidade, refutação ao subjetivismo na aplicação do Direito e atribuição de normatividade aos preceitos constitucionais.

2 FEDERALISMO: ASPECTOS ESSENCIAIS

2.1 Formas de Estado: contraposição fundamental

Impende-se destacar, previamente à análise das especificidades da forma de Estado Federalista, as considerações doutrinárias relativas às possibilidades de organização estatal.

Veja-se, inicialmente, que, conforme Fernandes (2012), deve-se compreender “forma de Estado” como a distribuição do poder político em função de um território.

Neste contexto, tornou-se clássica, no Direito Constitucional brasileiro, a classificação das formas de Estado orientada por Silva (2007), segundo a qual poder-se-ia estabelecer uma contraposição básica: Estados simples – a exemplo do Estado Unitário – e Estados compostos, sendo a Confederação e a Federação seus precípuos representantes.

Aponta a tradicional doutrina, em relação ao Estado Unitário, a presença de um polo central distribuidor e emanador de normas, inexistindo efetiva subdivisão do Poder, que irá apresentar-se estruturalmente enraizado em torno de tal elemento central (FERNANDES, 2012).

No tocante aos estados compostos, as elaborações teóricas fazem-se em sentido diverso. Em relação à Confederação, por exemplo, observa-se uma junção de Estados em que há distribuição geográfica do Poder Político, sendo todos os membros dotados de soberania.

A Federação, por sua vez, caracteriza-se como a mais intensa associação de Estados que se conhece. Por meio da união de elementos estatais anteriormente independentes, cria-se um novo Estado, sendo autônomos seus componentes, conforme passa-se a investigar.

2.2 Evolução histórica do Federalismo

O Sistema Federalista possui suas origens ligadas ao desenvolvimento histórico dos Estados Unidos da América. Neste sentido, Gonet Branco (2012) orienta que seu surgimento fora uma resposta à necessidade de um governo eficiente em um vasto território, havendo, outrossim, a urgência em assegurar os ideais republicanos que prosperaram com a Revolução de 1776. Desta maneira, para garantir a independência então conquistada, as antigas colônias

britânicas celebraram um tratado de Direito Internacional, criando-se uma Confederação. Posteriormente, os seus membros deixaram de ser soberanos – mantendo, no entanto, sua autonomia -, entregando a um novo ente – União - poderes suficientes para que exercesse as tarefas necessárias ao bem comum de todos os Estados reunidos. Configurava-se, assim, o Estado Federal.

Após a experiência norte-americana, outros Estados assumiram a forma federativa, adaptando-a às suas peculiaridades, havendo, então, modelos diversos de Federalismo, que compartilham, entretanto, determinadas características fundamentais.

2.3 Características essenciais

Conforme aduzido por Horta (1999), pode-se definir um conjunto básico de características que permitem a identificação de um Estado Federal, apesar da existência das referidas especificidades inerentes às realidades de cada nação.

2.3.1 Pluralidade de entes constitutivos

Em um Estado Federal, reúnem-se diversos entes, unidos pelo *pacto federativo*, existindo um ente central, tradicionalmente denominado de União, e os demais entes, intitulados Estados-membros. Alude-se comumente a este modelo como “federalismo de dois níveis”.

Na experiência brasileira, a Constituição (BRASIL, 1988) consagrou o Município igualmente como entidade federativa, conforme artigo 18, integrando-o na organização político-administrativa juntamente com a União, Estados-membros e Distrito Federal.

Neste sentido, tem-se os apontamentos de Bonavides (1996):

Não conhecemos uma única forma de União Federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988.

Não se olvide a constitucionalidade deste pioneirismo brasileiro em relação à qualificação do Município como entidade federativa, uma vez que o Constituinte Originário, de fato, não experimenta limitações a sua capacidade inovadora na organização do Estado a ser constituído.

2.3.2 Indissolubilidade do Pacto Federativo

Nos sistemas federalistas, é vedada aos entes que os compõem a possibilidade de secessão, isto é, reputam-se impedidos de se desligar do ente central. Desta maneira, nota-se frequente, nos textos constitucionais, a assertiva de ser indissolúvel o laço federativo que une os seus membros, a exemplo da Constituição (BRASIL, 1988), como se observa em seu artigo 1º.

Nesta seara, destaca-se ainda da Constituição (BRASIL, 1988) que a mera tentativa de secessão de algum dos Estados-membros permitirá a decretação da intervenção federal, como se extrai de seu artigo 34.

Destaca Moraes (2003), neste cenário, que a interpretação de tal diploma normativo deve ser efetuada, pelos juristas, de maneira a não ameaçar a organização federal instituída, não colocando em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

2.3.3 Autonomia dos entes e soberania do Estado Federal

2.3.3.1 Autonomia

Característica intrínseca ao Federalismo é a atribuição de autonomia - capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano (GONET BRANCO, 2012) - aos seus entes constitutivos, a exemplo do artigo 18 da Constituição (BRASIL, 1988).

Doutrinariamente, destaca-se que a autonomia indicada constitui-se a partir de três elementos, a saber: capacidade de auto-organização e auto legislação; capacidade de auto governo e capacidade de auto-administração.

Por meio da capacidade de auto-organização, os entes federativos criam as suas próprias Constituições, tendo em vista o Poder Constituinte Decorrente. A capacidade de auto legislação, por sua vez, possibilita a produção de suas próprias normas, que devem guardar compatibilidade, ressalte-se, com os contornos existentes no ordenamento jurídico pátrio, como determina o artigo 25, *caput*, da Constituição (BRASIL, 1988).

Através do auto governo, aos componentes do sistema federativo é possibilitada a tomada de decisões que lhe sejam relevantes, em estrutura governamental própria. Destaque-

se, então, a possibilidade de escolha, pelas populações, dos seus representantes nos Poderes Legislativo e Executivo (MORAES, 2003). Note-se, entretanto, que tais governos devem respeitar os esquemas genéricos estabelecidos constitucionalmente, havendo, ademais, espelhamento da estrutura governamental federal no âmbito estadual. Veja-se, a título de exemplo, a necessidade de manutenção da forma republicana, do sistema representativo e do regime democrático.

Por fim, a capacidade de auto-administração permite o exercício, pelas entidades federativas, das competências administrativas, legislativas e tributárias definidas constitucionalmente.

Registre-se, por precípua, que a atribuição de autonomia indistintamente a todas as entidades federativas, associada à existência de competências próprias, como ver-se-á em breve, implica a igualdade política entre elas. Com efeito, todas atuam paralelamente, num regime de cooperação, inexistindo, a princípio, subordinação entre elas. A igualdade entre as entidades federadas consiste, pois, em um corolário do princípio federativo.

2.3.3.2 Soberania

Dispondo os membros da Federação da autonomia referida algures, faz-se mister abordar, neste contexto, a temática da soberania.

A partir dos ensinamentos de Gonet Branco (2012), observe-se que a soberania, capacidade de autodeterminação plena, não condicionada a nenhum outro poder, externo ou interno, é atributo do Estado Federal como um todo e não a somente de alguma entidade federativa específica.

As considerações de Justen Filho (2005) fazem-se nesta perspectiva:

Numa Federação, cada órbita política configura-se como autônoma em relação às demais, ainda que não soberana. A soberania – entendida como poder incondicionado de identificar os próprios interesses e de submeter outros entes à sua realização – é reconhecida ao Estado (entendido como o conjunto dos entes federados).

A soberania consiste, pois, na capacidade atribuída ao Estado Federal de responder, interna e externamente, pelos interesses inerentes à nação.

2.3.4 Existência de uma Constituição Federal

A Constituição Federal atua como fundamento de validade das ordens jurídicas parciais e central, conferindo unidade ao ordenamento jurídico do Estado Federativo. Visando estabelecer compromisso entre as aspirações de cada região e os interesses comuns às esferas locais em conjunto, a Federação gira em torno de seu documento constitucional, sendo-lhe um instrumento regulador (GONET BRANCO, 2012).

Para determinados constitucionalistas, o Princípio Federativo deve consistir, inclusive, em *cláusula pétrea* de tais diplomas normativos, prevenindo que a Federação acabe por transformar-se em um Estado unitário. Tal diligência consta do inciso I do §4º do artigo 60 da Constituição (BRASIL, 1988).

Em tal documento, explicita-se, ademais, a repartição de competências entre os entes administrativos, conforme averiguado a seguir.

2.3.5 Repartição de competências entre os entes federativos

Tratada, em âmbito doutrinário, como o cerne do Estado Federativo, a repartição de competências entre os entes que o compõem exige aprofundada análise.

2.3.5.1 Competência: conceito e perspectivas

Aludindo-se a “competência”, pretende-se designar faculdades juridicamente atribuídas a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para a tomada de decisões e desempenho de determinadas atividades (SILVA, 2007).

Pode-se compreender, desta maneira, a distribuição de competências, no âmbito do Federalismo, como um instrumento em prol da eficácia da atividade estatal, uma vez que existe, no Estado Federal, mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas. Evitam-se, destarte, numerosos conflitos e o desperdício de esforços e recursos através da distribuição, pelo documento constitucional, de tais faculdades (GONET BRANCO, 2012).

2.3.5.2 Espécies de competência

Observam-se, no hodierno Direito Constitucional, distintos métodos de classificação das competências. Quanto à origem, ressaltam-se as “originárias”, quando atribuídas

diretamente pela Constituição Federal, e as “delegadas”, quando atribuídas por determinado ente federativo.

No tocante à forma, dividem-se em “enumeradas”, quando a Constituição expressamente as atribui; “remanescentes”, quando não imputadas pelo Constituinte a nenhum dos entes e “residuais”, tipicamente presentes no âmbito tributário.

No que concerne à sua natureza, as competências apresentam-se como “materiais”, referindo-se a atos administrativos e de gestão, e “legislativas”, referindo-se a atos normativos.

Considere-se, ainda, a indicação segundo extensão das faculdades imputadas. Dividem-se, por consequência, em “exclusivas”, quando indelegáveis; “privativas”, quando comportam delegação; “comuns”, nos casos em que todos os entes podem atuar paralelamente no contexto em voga; “concorrentes”, havendo primazia da União na fixação das normas gerais, mas havendo possibilidade das entidades disporem normativamente sobre determinado tema e “suplementares”, quando se concede o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de outras normas ou princípios gerais, ou, ademais, que supram a ausência de omissão de tais normas gerais.

Classificam-se, finalmente, em relação ao conteúdo, em competências econômicas, financeiras, tributárias e político-administrativas.

2.3.5.3 Técnicas de repartição

Utiliza-se, no ordenamento jurídico brasileiro, como elemento basilar para a orientação da repartição das competências, o princípio da predominância do interesse. Através deste, imputam-se, a determinado ente federativo, as competências cujo interesse lhe seja preponderante. Neste sentido, serão de competência da União as matérias cujo interesse se faça geral. Ao contrário, quando temáticas de interesse regional, a atribuição se faz aos Estados. Nesta toada, as matérias de interesse preponderantemente local indicarão a competência dos Municípios. Ressalte-se, por fim, que, nas faculdades repartidas ao Distrito Federal, mesclam-se interesses regionais e locais.

Nesta senda, a título de exemplificação, explicitem-se as matérias relativas ao transporte coletivo municipal, a coleta de lixo, ordenação do solo urbano e fiscalização das condições de higiene de bares e restaurantes (FERNANDES, 2012) que são de competência dos Municípios, tendo em vista a relevância preponderante de suas implicações a tal ente federativo em relação aos demais.

Noutro giro, conforme lembra Fernandes (2012), deve-se destacar que, afora o princípio da predominância do interesse, o Federalismo brasileiro adota um sistema complexo de repartição de competências, trabalhando com a repartição horizontal - competências enumeradas, a exemplo das imputadas à União no artigo 21 e aos Municípios no artigo 30 da Constituição (BRASIL, 1988) - e com a repartição vertical - competências concorrentes e comuns, a exemplo do artigo 23 da Constituição brasileira (BRASIL, 1988) -, tendo, afinal, o objetivo de desenvolver um Federalismo de equilíbrio, no qual permeiam competências privativas, remanescentes – como as competências atribuídas aos Estados-membros pelo §1º do artigo 25 da Constituição (BRASIL, 1988), comuns e concorrentes entre os entes que compõem a Federação.

Em relação às competências tributárias, o constituinte brasileiro utilizou-se da técnica de enumeração exaustiva de competências para as entidades federadas, discriminando os tributos que cada ente pode instituir no exercício de suas atribuições, conforme a Constituição (BRASIL, 1988), através do artigo 145 (FERNANDES, 2012).

A partir desta minuciosa distribuição de competências, pretende-se, como explicitado alhures, a determinação de um Federalismo não somente de equilíbrio, mas igualmente de cooperação. Justen Filho (2012) disserta a respeito:

Nenhum dos entes integrantes de uma Federação é autorizado a identificar ou promover interesses próprios sem tomar em vista os interesses dos demais, sendo a cada um interdito estabelecer primazia em prol de si mesmo. Talvez o aspecto primordial seja o reconhecimento de que todos os entes integrantes da federação são co-titulares de interesses comuns, cuja promoção se desenvolve por meio da atuação conjunta e indissociável, assegurando-se a todos eles respeito recíproco. Os entes federativos são parcelas de um todo e o conjunto desses entes federativos não é uma simples soma de partes. O todo (a federação) é mais do que a mera soma das partes (entes federados).

Ainda outros elementos destacam-se no texto constitucional de forma a indicar as contribuições a este equilíbrio, a exemplo da participação dos Municípios no produto da arrecadação de impostos da União e dos Estados, segundo o artigo 158 e §3º do artigo 159 da Constituição (BRASIL, 1988).

Analisados os pressupostos do Federalismo, atentando-se às peculiaridades existentes no âmbito pátrio, parte-se, então, à investigação das implicações da adoção desta forma de Estado pela Constituição (BRASIL, 1988) na estruturação da Administração Pública brasileira.

3 PÓS-POSITIVISMO E ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pretendendo-se efetuar adequada investigação das implicações da adoção do sistema federalista pela Constituição da República à estruturação da Administração Pública brasileira, deve-se compreender a influência exercida pelo referencial teórico pós-positivista sobre tal objeto averiguado.

3.1 Desenvolvimento histórico da concepção jusfilosófica pós-positivista

Costuma-se comparar a história Filosofia do Direito a um movimento pendular, marcado por uma profunda dicotomia entre jusnaturalismo - pressupondo um Direito proveniente do estado de natureza e detentor de princípios morais e de justiça universalmente válidos - e juspositivismo - equiparando o Direito à lei e afastando-o das discussões éticas (BARROSO, 2005).

Considerando-se, neste sentido, os elementos sociais, políticos e econômicos que preponderaram em cada momento histórico da civilização humana, orientam-se os juristas à defesa das contraditórias concepções.

Nesta seara, note-se, durante a primeira metade do século XX, a prevalência imputada às construções teóricas do Positivismo sobre as jusnaturais, representando, inclusive, o sustentáculo dos regimes nazi-fascistas então vigentes. Baseadas em um estrito respeito à ordem jurídica em vigor, as atrocidades cometidas por tais sistemas encontravam, assim, sua legitimação, prosperando amplamente nas discussões jurídicas deste contexto.

Através da derrocada política e ideológica de tais governos, aos quais passou a emblematicamente ser associado, o juspositivismo encontrou renovados e vigorosos questionamentos, assistindo a intensos abalos em sua proeminência nos âmbitos político e jurídico nacionais.

Constatou-se, neste diapasão, a necessidade de uma construção jusfilosófica capaz de que reunir os adequados elementos de ambos os ideários, resultando-se, a partir da segunda metade do século XX, na gênese das elaborações teóricas pós-positivistas. Os apontamentos de Barroso (2005) sobre o Pós-positivismo fazem-se nesta direção:

Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política.

A partir do marco temporal indicado, as alegações pós-positivistas são transladadas ao cenário jurídico mundial, obtendo determinante aceitação nas construções legislativas,

doutrinárias e jurisprudenciais de inúmeras nações, influenciando releituras de tradicionais institutos e temáticas do Direito, conforme o objetivo da presente análise.

3.2 Fundamentos teóricos

Em lição que se tornou paradigmática no cenário nacional, ensina Barroso (2005):

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Nesta senda, pressupostos diversos das elaborações teóricas pós-positivistas, incidentes sobre a presente investigação, podem ser aduzidos.

Ressalte-se, inicialmente, conforme Hesse (1991), a normatividade atribuída aos preceitos constitucionais, anteriormente interpretados como mero simbolismo ou sugestão para a atuação dos agentes públicos. Prossegue Barroso (2005):

Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador (...).Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.

Desta maneira, considerando-se os elementos da Constituição efetivamente como normas jurídicas, passa-se a vincular todos os cidadãos de um Estado aos seus comandos, devendo-lhes observância e respeito. Veja-se que o presente tópico assume essencial relevância à averiguação em curso, uma vez que o elemento basilar da releitura que se efetua – Federalismo – encontra-se contemplado no documento constitucional brasileiro, bem como as precípuas características pertinentes ao sistema adotado.

Noutro giro, a partir da Teoria dos Princípios (ALEXY, 2002), ressalta-se outro componente igualmente fundamental do pensamento pós-positivista, consistente na bipartição das normas jurídicas em regras e princípios. Segundo as lições do doutrinador alemão, estes corresponderiam a mandamentos de otimização, sendo, então, normas concretizáveis em diferentes níveis, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, possuindo, ademais, a dimensão de “peso” ou “importância”. Admite-se, outrossim, por meio

dos princípios, a veiculação de valores no bojo do ordenamento jurídico. As regras, por sua vez, equivaleriam a postulados definitivos que, caso válidos, deveriam ser cumpridos à maneira do “tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002).

Relevante desdobramento da classificação referida pertine aos conflitos - em sentido estrito - entre tais tipos de normas jurídicas, devendo-se assinalar diferentes possibilidades de colisões, segundo doutrina de Bustamante (2010).

Mencione-se, preliminarmente, que o eventual conflito entre normas hierarquicamente distintas deve ser solucionado mediante a aplicação do critério da hierarquia. Em se tratando de mesmo nível hierárquico, o conflito entre regras extingui-se-á por meio de subsunção e a colisão entre princípios exigirá a técnica da ponderação, mediante o vetor da proporcionalidade. Através desta operação ponderativa, será imputado o valor decisório ao princípio que disponha, no caso concreto, o maior peso relativo, sem que isso signifique a invalidação do outro compreendido como de peso menor. Tendo em vista que nenhum princípio goza antecipadamente de primazia sobre os demais (FERNANDES, 2012), o peso poderá ser redistribuído, em casos diversos, de maneira distinta. Neste diapasão, revestindo o juízo ponderativo de racionalidade, tem-se o princípio da proporcionalidade, analisado em seus três subníveis: adequação – aquilo que é apto a alcançar o resultado pretendido; necessidade – aferição da inexistência de outro meio menos gravoso para se atingir o objetivo desejado; proporcionalidade em sentido estrito – averiguação da relação custo-benefício da norma avaliada, quando o ônus imposto deve ser menos que o benefício gerado (BARROSO, 1996). No que concerne aos conflitos entre normas de diferentes tipos, duas situações podem ser trazidas à voga. Em se tratando de um conflito, em sentido estrito, entre uma norma e um princípio do mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra, uma vez que a pretensão de definitividade que está presente nas regras jurídicas se manifesta em seu grau máximo, pois o mesmo legislador que escolheu os princípios jurídicos vinculantes para o caso concreto estabeleceu também uma prioridade entre esses princípios no caso coberto pela regra (BUSTAMANTE, 2010).

Aplicando tal análise pós-positivista ao estudo em curso, veja-se que, em se tratando de um princípio constitucional, o preceito que contempla o Federalismo abrange os elementos organizatórios do estado federal, uma vez revestido de normatividade. Observa-se, entretanto, a presença, na própria Constituição (BRASIL, 1988), de regras que acabam por excepcionar, sob a égide do esquema apresentado alhures, o referido princípio federativo, veiculando, destarte, determinações que contrariam as suas exigências, a exemplo da possibilidade de intervenção da União Federal sobre os estados membros, ainda que em casos específicos,

restringindo a autonomia e a igualdade que lhes fora conferida pelo sistema federativo vigente. Com efeito, a Constituição apenas contempla a possibilidade de intervenção da União nos Estados e nos Municípios e dos Estados nos Municípios, o que implica alguma subordinação do Município ao Estado e a União e do Estado à União.

Registre-se, ainda, como importante implicação do referencial teórico pós-positivista a esta abordagem, que, como princípio princípio constitucional, o federalismo impede a elaboração de normas infraconstitucionais que contrariem seus preceitos, posto que dotado de normatividade.

Veja-se, por fim, os requisitos pós-positivistas de racionalidade e refutação ao subjetivismo e discricionariedade na aplicação do Direito, segundo Alexy (2002) e Dworkin (2002), igualmente fundamentais à presente averiguação, tendo em vista o presente intento de estabelecimento de adequada fundamentação para a organização da Administração Pública.

A partir do referencial teórico exposto e da compreensão de suas relações com o objeto a se pesquisar, pode-se proceder a uma fundamentada releitura da temática atinente à estruturação da Administração Pública, fazendo-o, destarte, sob a égide do princípio federativo e suas implicações.

4 IMPLICAÇÕES DA ADOÇÃO DO FEDERALISMO NA ORGANIZAÇÃO ESTRUTURAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

4.1 Reflexos imediatos da adoção do princípio federativo

A contemplação do princípio federativo no bojo da Constituição (BRASIL, 1988) determina, como reflexo imediato, o sustentáculo da estrutura da Administração Pública brasileira, isto é, a criação de uma pluralidade de entes federados, dotados de autonomia organizatória, legislativa e governamental, conforme pressuposto indicado alhures. Estes integrantes da Federação brasileira, igualmente chamados entidades políticas, são pessoas jurídicas de direito público interno, sendo suas competências atribuídas, portanto, diretamente pelo documento constitucional, novamente seguindo os ditames da repartição de competências explicitados alhures.

Tais entidades federadas, no entanto, podem consignar que determinada competência que lhes fora originalmente imputada pela Constituição passe a ser exercida por núcleos especializados de competência, visando a incrementar a eficiência do desempenho de tal faculdade. Neste diapasão, aos entes federativos é permitida a edição de legislação, por meio

de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, que determine ou autorize a criação de órgãos ou entidades que exerçam tais atribuições que foram-lhe repassadas. Ressalte-se, não obstante, que estes órgãos ou entidades administrativas – denominação amplamente utilizada em âmbito doutrinário – não possuem autonomia política ou legislativa, sendo competentes para atuar tão somente nos termos e limites estabelecidos na lei que as originara. Possível, ainda, em algumas oportunidades, a delegação das competências administrativas a entidades privadas, alheias à estrutura administrativa, que disponham ao exercício de competências públicas mediante diversas espécies de vínculo (contratual, colaborativo, etc.).

Registre-se, por oportuno, que este expediente, conhecido como transferência de competências estatais para a iniciativa privada ou privatização, ganhou grande espaço no cenário nacional após meados da década de 1990, quando, através de diversas emendas constitucionais, impregnou-se na Constituição (BRASIL, 1988), inicialmente com nítida característica social, a ideologia e os institutos neoliberais, que implicam a redução da atuação direta do Estado, que passa a reservar-se nas competências de regulação e fiscalização. Isto implicou o surgimento, na estrutura administrativa, de entidades incumbidas especificamente destas atribuições regulatórias e fiscalizadoras – as chamadas “agências reguladoras”, adiante estudadas, bem como o incremento do uso, pelo Estado, de expedientes diversos de transferência das suas competências, como a concessão e a permissão do serviço público, a terceirização das atividades-meio, o fomento ao terceiro setor, implicando, inclusive, o advento de normas próprias para reger tais aparatos, como as alusivas às organizações sociais, às organizações da sociedade civil, às fundações de apoio, às parcerias público-privadas, para citar algumas.

A partir do contexto indicado, pode-se inferir que a organização básica da Administração Pública brasileira é estruturada com a finalidade de desempenho das competências repartidas pela Constituição (BRASIL, 1988), conforme esquema de imputação explicitado.

Nesta seara, ressalta-se a impossibilidade de determinado ente federativo criar órgãos com o objetivo de desempenhar determinada tarefa que não lhe fora atribuída pelo constituinte, sob pena de rompimento do princípio federativo. Mencione-se, como exemplo, a inviabilidade da criação de forças policiais pelos Municípios, tendo em vista que tal competência está sob a égide de competência da União e dos Estados-membros na atual Federação. Do mesmo modo, é obstaculizada a promoção de educação em âmbito superior pelos Municípios, uma vez que não se trata de faculdade que lhes fora atribuída no contexto constitucional brasileiro. Desta forma, sob a égide do Pós-Positivismo Jurídico, quaisquer atuações das entidades

administrativas em searas alheias as suas competências será inconstitucional, e, portanto, passível de decretação de nulidade e de seus conseqüentários.

4.2 Centralização e descentralização administrativa

Na hipótese de os entes federados executarem diretamente, por meio de órgãos públicos e agentes, as competências que lhes foram atribuídas pelo documento constitucional, destaca-se a ocorrência do fenômeno da centralização administrativa.

Ao contrário, quando algumas de tais tarefas são desempenhadas por “pessoas jurídicas” diversas, aponta-se a descentralização administrativa. Mencione-se, a título de exemplificação, a possibilidade de sua ocorrência por meio de outorga, quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere a titularidade de determinado serviço público, pressupondo-se, por óbvio, a edição de uma lei que a institua, ou, ainda, através de delegação, quando o Estado transfere por contrato ou ato unilateral unicamente a execução do serviço público (ALEXANDRINO, 2013). As considerações de Justen Filho (2013) fazem-se igualmente neste sentido:

(...) o direito permite que o ente político atribua uma parcela de suas competências administrativas a outros sujeitos de direito, criados diretamente por lei ou mediante autorização legal. Essas outras pessoas jurídicas não são entes políticos, nem titulares de poderes atribuídos diretamente pela Constituição.

Nota-se, portanto, tratar-se de entidades meramente administrativas, não possuindo existência política, visto que não foram criadas pela vontade da Nação

4.3 Concentração e desconcentração administrativa

Apesar das contradições existentes entre os administrativistas, deve-se destacar que o termo “desconcentração” indica a distribuição de competências na estrutura de uma mesma pessoa jurídica, isto é, em uma determinada entidade, objetivando-se tornar o seu exercício mais eficiente. Isto se dá através da criação de órgãos, que, segundo Justen Filho (2013), “é uma organização criada por lei composta por uma ou mais pessoas físicas, investida de competência para formar e exteriorizar a vontade de uma pessoa jurídica de direito público e que, embora destituída de personalidade jurídica própria, pode ser investida na titularidade de posições jurídicas subjetivas”. A desconcentração consiste, portanto, de mera técnica administrativa, conforme a melhor doutrina.

Tem-se a concentração administrativa, ao revés, como exemplifica Alexandrino (2013), quando a Administração Pública extingue órgãos anteriormente existentes em sua estrutura, reunindo em um número menor de unidades as respectivas competências.

4.4 Administração Indireta e Administração Direta

Restando caracterizada a ocorrência do fenômeno da descentralização, as resultantes entidades administrativas, criadas em tal contexto, passam a constituir a classicamente denominada Administração Pública Indireta. Trata-se, portanto, do conjunto de pessoas jurídicas criadas por lei ou mediante autorização legal que recebem suas atribuições de modo indireto, por uma decisão infraconstitucional dos entes federados, não sendo, portanto, titulares de competências atribuídas diretamente pela Constituição Federal.

Noutro giro, a reunião dos órgãos que integram os entes federados do Estado – União, Estados Membros, Municípios e Distrito Federal, titulares da função administrativa por decisão constitucional, denomina-se Administração Pública Direta.

4.5 Princípio da especialidade e do controle

A partir dos ensinamentos de Justen Filho (2013), observa-se que as entidades administrativas - a exemplo das autarquias, nos ditames de suas lições – estão sujeitas à determinação da especialidade de seu objeto de atuação, como decorrência da natureza derivada das competências de que são investidas. Faz-se presente, então, o classicamente intitulado princípio da especialidade, segundo o qual cada entidade da administração indireta tem o seu âmbito de competência fixado na lei que a cria ou autoriza sua criação.

Vê-se, desta maneira, que tais entidades são vinculadas, sem hierarquia, ao ente federativo instituidor, que exerce sobre elas controle administrativo denominado tutela ou supervisão, voltando essencialmente à verificação do atingimento de resultados, tendo em conta as finalidades para cuja consecução a entidade administrativa foi criada (ALEXANDRINO, 2013). Tem-se válidas, então, somente as atuações da Administração Pública Indireta que não extrapolem os limites e poderes estabelecidos na lei que originara tais seus componentes.

De igual sorte, o mesmo princípio da especialidade orienta a criação de órgãos com competências específicas, de maneira a favorecer a eficiência no seu desempenho. Estes, porém, distintamente das entidades administrativas, situam-se no âmago da entidade administrativa criadora, seja ela da Administração Direta ou Indireta.

Diante do exposto, veja-se que a decisão sobre como desempenhar a atividade atribuída – isto é, de que maneira organizar a estrutura da Administração Pública – reveste-se de caráter eminentemente político, fundando-se a escolha na extensão do controle político pretendido. A atuação do órgão dá-se mediante a subordinação aos preceitos ordinatórios emanados das autoridades superiores, de maneira que a opção pela sua criação implica maiores possibilidades de controle das atividades por ele desenvolvidas e maior ingerência política sobre elas. Ao revés, como as entidades administrativas indiretas são portadoras de alguma autonomia diante da entidade criadora, são capazes de desempenhar suas atividades mediante menor grau de influência da Chefia do Executivo, permitindo, por corolário, maior evidência das razões técnicas em detrimento do controle político.

4.6 Princípio da Hierarquia

A adoção do princípio federativo como fundamento da organização da Administração Pública acarreta ainda outros desdobramentos, a exemplo das alterações verificadas no princípio da hierarquia. Di Pietro (2010) introduz a temática, utilizando-se de clássica metáfora em âmbito doutrinário:

Sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia. A descentralização supõe a existência de, pelo menos, duas pessoas, entre as quais se repartem as competências.

Neste diapasão, observa-se que, por meio da coordenação, relacionam-se órgãos de mesmo nível hierárquico, de acordo com sua competência específica. Noutra perspectiva, a subordinação ocorre entre órgãos integrantes de uma mesma pessoa jurídica, impondo o controle dos órgãos superiores sobre os inferiores, dentro da estrutura hierárquica.

Deve-se destacar que tal concepção hierárquica de Administração Pública, apregoando a supervisão ativa, isto é, cobrança e fiscalização dos seus órgãos – inclusive por meio de sanções – fora amplamente influenciada pelo contexto ditatorial vivenciado pelo Brasil em seu Regime Militar (1964-1985).

Apesar de igualmente determinar benéficas contribuições aos sistemas democráticos, a exemplo da maior eficiência e controle da atividade administrativa, o princípio da hierarquia passa a sofrer vigorosos abalos a partir da consolidação dos Estados Democráticos de Direito.

Nestes novos contextos, note-se que as condutas de seus cidadãos pautam-se pelo estrito respeito ao ordenamento jurídico, tendo em vista os pressupostos de legalidade e juridicidade, havendo, então, necessidade mitigada da existência de intrincada hierarquia.

Neste sentido, diante do recrudescimento cada vez mais intenso das necessidades hierárquicas, o modelo piramidal indicado por Di Pietro (2010) para a organização da Administração Pública assiste a modificações em sua estrutura, como o alargamento de suas bases. Assim, conforme síntese de Modesto (2010), a hodierna Administração Pública continuamente afasta-se da tradicional metáfora de uma “pirâmide decisória”, vertical e integrada, encerrada nas tradicionais obras de Direito Administrativo.

4.7 Agências reguladoras

Entidades administrativas resultantes do processo de descentralização acima indicado, criadas preferencialmente sob a estrutura de autarquias sob regime especial, as agências reguladoras assumiram papel de destaque no cenário político-econômico nacional, carecendo de aprofundada análise na presente revisão da organização da Administração Pública.

4.7.1 Pressupostos teóricos

Conforme apontamentos de Binenbojm (2005), a estrutura regulatória de tal modelo funda-se na pretensão de insulamento político de administradores supostamente neutros, dotados de elevada qualificação técnica, que possuiriam, no contexto constitucional neoliberal, a função de regular um setor específico da atividade econômica ou determinado serviço público. Baseando-se em um acentuado grau de autonomia em relação à chefia do Executivo, as agências reguladoras, tendo em vista sua expertise, possuiriam capacidade de responder pronta e eficientemente às demandas crescentes de uma sociedade cada vez mais complexa.

Insta destacar, ademais, que a referida autonomia materializa-se através de distintas formas. Veja-se, por exemplo, a independência política dos dirigentes, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo, após aprovação do Poder Legislativo, exercendo mandato de termo fixo, geralmente renovável, descoincidente com o daquele.

Note-se, outrossim, a independência relativa as suas decisões, que não se submetem, por exemplo, à revisão de Ministérios ou da Presidência da República.

Indique-se, ainda, a independência gerencial, devido aos seus orçamentos próprios e às receitas que lhes são atribuídas por lei.

Ressalte-se, por fim, o seu amplo poder normativo, tendo em vista a disciplina das atividades econômicas e dos serviços públicos.

4.7.2 Contextos de surgimento

As modernas agências reguladoras multiplicaram-se no contexto intervencionista do *New Deal*, nos Estados Unidos da América, coincidindo-se com os movimentos políticos, econômicos e sociais de questionamento e superação do arcabouço jurídico-institucional do capitalismo liberal puro (BINENBOJM, 2005). Assim, tais instrumentos regulatórios apresentam-se como o resultado dos anseios populares de controle do poder capitalista. Neste sentido, destaca o jurista:

A proliferação das agências reguladoras independentes deu-se, assim, durante os anos 1930, não apenas como fruto da crença na capacitação técnica e no melhor posicionamento da Administração Pública para reagir de forma rápida e flexível no sentido de estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados, mas também da necessidade de driblar os entraves à regulação opostos por um Judiciário predominantemente conservador.

Note-se, então, que as agências reguladoras se afirmaram em uma conjuntura de crise do capitalismo liberal, em que a sociedade norte-americana urgia por medidas intervencionistas na economia e mitigadoras das garantias liberais clássicas, como a propriedade privada e a autonomia da vontade. Neste contexto de expansão estatal, justificava-se plenamente a criação das agências mediante outorga de maior independência. Com efeito, sua tarefa seria a de controlar o desempenho de novas atividades pelo Estado, o que não poderia ser efetuado com êxito caso sofressem ingerência da própria entidade controlada.

Inspirando-se, largamente, no modelo estadunidense, o Brasil passou, na década de 1990, a importar tal estrutura regulatória, implantando as referidas agências em solo nacional.

Saliente-se, entretanto, que o contexto político, ideológico e econômico pátrio opunha-se, diametralmente, ao norte-americano, tendo em vista a vigência do ideário neoliberal com os governos de Collor (1990-1992) e Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), com seus pressupostos inexoráveis de redução do intervencionismo na economia e enxugamento do aparelho estatal, com as consequentes privatizações e desestatizações.

Neste sentido, fazia-se imperioso atrair capitais estrangeiros para que tais setores privados pudessem efetivamente investir nas atividades econômicas de interesse coletivo e nos serviços públicos. Para o atingimento deste mister, garantir-se a estabilidade do setor econômico era fundamental, de forma que a implantação de um modelo que subtraísse o marco

regulatório do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira *tour de force* da reforma do Estado (BINENBOJM, 2005).

Desta maneira, a autonomia reforçada e o mandato fixo representavam verdadeiros instrumentos para o compromisso do país de proteger o direito de propriedade dos investidores e garantir o cumprimento fiel dos contratos celebrados.

Ante o cotejo exposto, observa-se que a implementação das agências reguladoras serviu para finalidades diversas nos âmbitos citados, conforme síntese de Binenbojm (2005):

De fato, enquanto nos Estados Unidos as agências foram concebidas para propulsionar a mudança, aqui elas foram criadas para garantir a preservação do *status quo*; enquanto lá buscavam elas a relativização das liberdades econômicas básicas, como o direito de propriedade e a autonomia da vontade, aqui sua missão era a de assegurá-las em sua plenitude contra eventuais tentativas de mitigação por governos futuros.

Destarte, através da importação do instituto em contextos absolutamente distintos, como explicitado, diversos conflitos com a realidade fático-jurídica brasileira passam a ser determinadas.

4.7.3 Conflitos com o Estado democrático de Direito e suas soluções

Dissertou-se, alhures, a respeito da nomeação dos dirigentes das agências reguladoras. Pretendendo-se, hipoteticamente, privilegiar o aspecto técnico em detrimento do político, tornando tais institutos livres de ingerências indevidas, tal escolha orienta-se, portanto, àqueles que dispõem de amplo conhecimento técnico para o exercício da função. Neste contexto, note-se que os indicados – como se espera que sejam detentores de conhecimento técnico acerca do setor regulado - são comumente provenientes de empresas cujos interesses serão atingidos diretamente pela regulação, determinando o primeiro sensível conflito com o Estado Democrático de Direito, conforme Binenbojm (2005): a atividade das agências reguladoras, nos moldes atuais, favorece os interesses do setor privado, gerando incontáveis prejuízos aos cidadãos e ao interesse público. Ressalte-se, no entanto, que não se está a defender a existência do equivocado e já superado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, mas apenas constatando-se que uma atividade destinada ao benefício da coletividade - tendo em vista que as decisões tomadas têm implicações diretas sobre a economia e os serviços públicos do país - está rompendo com suas finalidades instituidoras. Veja-se, por exemplo, a possibilidade de exclusão da população ao acesso de determinado serviço público em decorrência de tarifas demasiadamente elevadas.

Ademais, pontue-se que a ausência de comunicação entre os agentes políticos eleitos, a sociedade e as agências reguladoras conduz, ainda, a outro conflito: déficit democrático na atuação destas, padecendo de inúmeras críticas a respeito da sua ausência de legitimidade.

Por fim, considerando a ampla autonomia de que gozam as agências reguladoras, com suas independências política, decisional, gerencial e normativa – possuindo competência, ademais, para julgar a prestação dos serviços pelas empresas, como se concentrassem as três funções estatais, legislativa, executiva e jurisdicional – decorre o principal conflito com o Estado Democrático de Direito: a dificuldade de controle de tais agências, contrariando o esquema genérico de *freios e contrapesos* classicamente concebido.

Considerando-se que urge uma revisão da organização da Administração Pública, deve-se, então, indicar efetivas propostas para a alteração deste inadequado cenário.

Insta evidenciar, nesta análise, que as soluções de controle existentes no modelo norte-americano são reputadas excessivas para o âmbito brasileiro, uma vez que ferem o princípio da separação dos poderes. Veja-se, como exemplo, o Decreto nº 12291, editado pelo então Presidente Ronald Reagan, segundo o qual os regulamentos propostos pelas agências deveriam ser submetidos à revisão do Office of Management and Budget – OMB, integrante da estrutura do Gabinete da Presidência da República. Verifica-se, neste caso, conforme indicações de Binjenbojm (2005), quase um retorno à era do Executivo unitário, absolutamente inconsistente com o modelo democrático brasileiro.

Neste diapasão, o questionamento sobre a ausência de legitimidade na atuação das agências encontra imediato percurso pelo qual se deve enveredar: o aumento da participação da sociedade civil nas suas atividades reguladoras. Desta forma, as audiências públicas, as consultas públicas e os conselhos consultivos propiciam que a Administração Pública decida com maior probabilidade de atender aos anseios de todos os envolvidos na atividade regulatória (BINENBOJM, 2005).

A solução para os outros conflitos expostos - a dificuldade de controle das agências reguladoras e o favorecimento dos setores privados - perpassa pela atividade legislativa do Congresso Nacional. Neste sentido, propõe-se, no presente estudo, a edição de uma lei geral para as agências reguladoras que discipline as controvertidas temáticas, buscando dirimi-las.

Veja-se, no contexto trabalhado, que desde o ano de 2004 tramitava na Câmara dos Deputados o projeto da Lei Geral das Agências Reguladoras (BRASIL, 2004), que previa mecanismos aptos a enfrentar tais polêmicas. No entanto, no ano de 2013, decidiu o governo pela sua retirada de tramitação, sob o argumento de que a legislação atual seria suficiente para definir as atribuições das agências, não havendo necessidade de uma lei geral. Reputa-se,

entretanto, tratar-se de decisão inadequada, uma vez que os conflitos mencionados exigem uma postura legislativa ativa para serem enfrentados, sendo absolutamente insuficientes as previsões normativas hodiernamente existentes.

Assim, dentre os conteúdos a serem contemplados pela necessária lei geral, faz-se mister, por exemplo, a redução do mandato dos dirigentes e métodos minimamente objetivos para a indicação destes, conforme pressupostos do referencial teórico sob o qual se pesquisa, a exemplo da exigência de formação acadêmica compatível com o cargo³, uma vez que a atual legislação reguladora da matéria, Lei nº 9.986 (BRASIL, 2000), estabelece critérios demasiadamente genéricos para a indicação, prevendo apenas que os diretores devem ser brasileiros, de reputação ilibada, com formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados.

Ante o exposto, tendo em vista a essencial função desempenhada pelas agências reguladoras no âmbito nacional, pugna-se pela retomada dos debates acerca do conteúdo da referida lei, visando à sua edição, para que sejam harmonizadas tais instituições com os elementos basilares do atual Estado Democrático de Direito brasileiro.

4.8 O espaço público não estatal

Já se asseverou que, com a assunção dos preceitos neoliberais ao *status* constitucional, o Estado incrementou a utilização dos institutos e fórmulas de transferência da execução das atividades públicas para a iniciativa privada. Com efeito, tais atividades que passaram a ser delegadas não perderam a natureza publicística, posto que a Constituição não desonerou o Estado da responsabilidade por elas; trata-se, de fato, de um novo liberalismo, caracterizado não mais pelo abstenseísmo público que gizou o liberalismo clássico, mas pela redução do aparato estatal mediante a delegação aos parceiros privados da execução material de algumas competências, com a reserva ao Estado da regulação e da fiscalização do seu desempenho.

Registre-se, por precípua, que a transferência de atividades-fim do Estado para a iniciativa privada implica o surgimento de discussões quanto ao regime jurídico que deve orientá-la. De fato, a natureza da atividade atrai o regime jurídico publicístico, ao mesmo passo que a natureza das entidades executoras da atividade acena para o regime jurídico de Direito Privado. Desta sorte, aufere-se a efetiva necessidade de composição das esferas pública e

³ Neste sentido, tramita atualmente o Projeto de Lei do Senado (PLS) 464/2007.

privada, numa realidade denominada por Estorninho (1990) de ‘miscelânea’ dos regimes jurídicos.

Serão apresentadas e discutidas, pois, as inovações que advieram no Direito Administrativo em virtude destas novas perspectivas.

4.8.1 Concessão, permissão e autorização de serviço público e as parcerias público-privadas

A Constituição (BRASIL, 1988) veiculou, no *caput* de seu artigo 175, desde sua concepção originária, a possibilidade do Estado prestar os serviços públicos que lhe foram outorgados diretamente, através de órgãos ou entidades da Administração Indireta que viesse a criar com este propósito, ou através da concessão ou da permissão do serviço público.

Trata-se, esta última opção, da possibilidade de contratação de um terceiro – pessoa física, jurídica ou consorciada – para a prestação à comunidade de serviços públicos específicos, mediante a regulação e supervisão do Poder Público. Forma-se, na espécie, uma relação triangular, em que todos os integrantes – Estado, prestador privado e cidadão usuário – possuem direitos e obrigações perante os demais. O Estado possui a responsabilidade subsidiária pelos danos eventualmente decorrentes da prestação do serviço pela empresa, que assume a responsabilidade civil objetiva diante do cidadão. Possui, ainda, o dever de adimplir as obrigações contratuais firmadas com a empresa e o direito de cobrar dela a mesma postura. Já o cidadão possui o dever de adequar-se às condições eventualmente requeridas para a fruição do serviço público e de custeá-lo sempre que exigível; detém, porém, direitos vários derivados da natureza democrática do Estado, como o de receber o serviço de maneira universal, isonômica, com qualidade, eficiência e transparência e mediante tarifas módicas.

Breve nota deve ser dedicada à precariedade, aludida no artigo 40 da Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995), do instituto da permissão. Tradicionalmente, ela traduz a ausência de estabilidade, para o permissionário, em relação a sua duração, decorrente da suposta discricionariedade do Poder Público para revogá-la por razões de conveniência e oportunidade. Porém, sob a égide da normatividade constitucional decorrente do paradigma pós-positivista já aludido, bem como da concepção escalonada no ordenamento jurídico, os preceitos constitucionais vigem com precedência em relação às disposições legais. Entre eles situa-se o princípio da segurança jurídica, corolário do próprio Estado de Direito, princípio estruturante da Constituição (BRASIL, 1988). Tal princípio milita em benefício do permissionário exigindo, sob o espectro da racionalidade também derivada deste referencial teórico, que as razões

jurídicas apresentadas pelo Poder Público para justificar a revogação da permissão precedam, em relevância, aquelas que militam em favor do permissionário como implicações do princípio da segurança jurídica.

Registre-se, ainda, a possibilidade de a União valer-se do instituto da autorização para a prestação dos serviços públicos elencados nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição (BRASIL, 1988). Como norma específica, esta prevalece sobre a norma geral alusiva à delegação dos serviços públicos constante do art. 175 do texto constitucional já trazido à lume, com incidência restritiva, porém, às hipóteses taxativamente nela versadas. Como a Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995) não procede à definição da autorização de serviço público, impõe-se a sua exegese sob o lume da doutrina administrativista, que a qualifica como ato precário, unilateral e discricionário, que, por estas razões, não gerariam direito subjetivo ao autorizatário a sua perenidade. As mesmas ressalvas efetuadas quando da apresentação da precariedade da permissão cabem em relação à autorização, registrando-se, porém, que nas oportunidades em que o legislador discrepar do uso doutrinário tradicional do termo, sua construção prevalecerá em virtude da menor cogência da literatura jurídica diante do Direito Posto. Foi o que se sucedeu, *verbi gratia*, na Lei nº 9.472 (BRASIL, 1997), quando da disciplina da autorização do serviço de telecomunicações, em que foi atribuída ao ato administrativo a natureza de vinculante.

O artigo 6º da Lei nº 8.987 (BRASIL, 1995) dispõe sobre a necessidade da qualidade do serviço prestado, veiculando, inclusive, exigências referentes à continuidade. Neste momento, esclarece, em dispositivo polêmico, a ausência de caracterização da descontinuidade pelo inadimplemento do usuário. A celeuma reside no conflito de direitos que o dispositivo pretende solucionar, a saber, o direito fundamental à propriedade do prestador do serviço de receber pelo desempenho de sua atividade e o direito igualmente fundamental, variável em conformidade com a natureza do serviço prestado, do usuário privado do serviço em virtude do inadimplemento.

Sob o paradigma teórico do Pós-Positivismo, de fato, a questão demandaria uma análise das razões que conduziram o cidadão ao inadimplemento, uma vez que, diante da normatividade constitucional de ambos os direitos colidentes – direito à propriedade da empresa e direito ao serviço do usuário – impõe-se o emprego do postulado da proporcionalidade. Com efeito, caso se verifique a razoabilidade das razões do usuário pela ausência de pontualidade no pagamento da tarifa e o direito fundamental satisfeito pelo serviço público a ser-lhe furtado preceder, em relevância e peso, o direito à propriedade, seriam exigíveis, em observância ao

segundo preceito da proporcionalidade, a necessidade ou menor gravosidade, outras medidas menos restritivas ao seu direito que o corte do serviço.

Colhe-se o ensejo, neste tópico, para o enfrentamento do instituto das parcerias público-privadas disciplinado pela Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004), que consiste em espécie de contrato de concessão de serviço pública gizada por particularidades indicadas no artigo 2º da lei em foco que dão gênese às modalidades patrocinada ou administrativa. A primeira discrepa da concessão comum pela necessária oferta de contrapartida do poder público concedente ao parceiro privado adicionalmente à tarifa a ser cobrada dos usuários, ao passo que a segunda exige, como diferencial, a condição da Administração Pública de usuária, direta ou indireta, do serviço prestado. Acrescente-se, como distintivo, o valor mínimo do contrato de parceria público-privada, fixado no artigo 3º da Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004) em R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) bem como o prazo de duração mínimo de 5 anos. De ver-se, pois, que o diploma legal em comento veio, ao criar novas modalidades de concessão do serviço público, alargar suas possibilidades de emprego pelo Poder Público, demonstrando sua afinidade aos preceitos neoliberais.

Uma das principais críticas que recaem sobre o instituto das parcerias público-privadas consiste na outorga, disciplinada no artigo 8º da Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004) de garantias pelo Poder Público ao parceiro privado acerca do adimplemento de suas obrigações contratuais, erigindo-o à condição de credor privilegiado do Estado. Apontam diversos doutrinadores a afronta ao artigo 100 da Constituição (BRASIL, 1988), conduzindo a sua inconstitucionalidade. Tais garantias foram robustecidas pela assunção da novel Lei nº 12.766 (BRASIL, 2012), que criou o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas com o limite de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais). Com efeito, a outorga de tratamento diferenciado dos agentes privados pelo Estado apenas pode suceder-se diante da necessidade de supressão de uma desigualdade de fato, o que não é o caso, na espécie, considerando, sobretudo, o grande poderio econômico das empresas detentoras de condições para a assunção dos compromissos de elevada monta típicos das parcerias público-privadas. Estas constatações implicam a conclusão de que, na verdade, o artigo 8º em comento concede, verdadeiramente, um privilégio odioso a grandes agentes econômicos, contrariando frontalmente os preceitos do Estado Democrático de Direito constituído.

Registre-se, porém, que no inciso VI do art. 10 da lei em cotejo versa a necessidade de submissão do edital de concorrência que permitirá a deflagração da parceria público-privada a consulta pública, conduzindo-o à possibilidade de controle prévio pela sociedade. Lado outro, no § 3º do mesmo dispositivo, reside a necessidade de aprovação por lei específica de eventuais

editais de parcerias público-privadas patrocinadas em que a remuneração do parceiro privado pela Administração Pública seja superior a 70% (setenta por cento). Estes expedientes, a despeito de sua falibilidade, são capazes de permitir algum controle às concessões por eles abrangidas.

4.8.2 Terceirização

Se, por um lado, a delegação de atividades públicas analisada no item anterior caracteriza-se pela transferência da execução de atividades-fim para a iniciativa privada, o instituto ora em apreço dela aparta-se por implicar a delegação, para agentes igualmente privados, de atividades-meio, assim concebidas aquelas instrumentais à consecução dos escopos últimos do Estado.

Neste ponto, reside outra celeuma afeta à constitucionalidade do emprego do instituto das terceirizações pelo Estado, à vista do inciso II do art. 37 da Constituição (BRASIL, 1988), que institui o concurso público como a forma legítima de ingresso nos quadros de pessoal da Administração Pública. Anote-se, por precípua, que, nas hipóteses de terceirização, o vínculo do trabalhador dá-se com a empresa interposta, contratada pelo Estado para o fornecimento de mão-de-obra necessária para o adimplemento das funções públicas. Desta maneira, enquanto agente privado, a empresa terceirizada efetua suas contratações no regime jurídico privatístico, à revelia, pois, das limitações impostas ao Poder Público como derivações dos pressupostos de igualdade do Estado Democrático de Direito.

O instituto tem se sustentado, porém, na exegese do inciso XXI do mesmo artigo 37 da Constituição (BRASIL, 1988), que dispõe sobre a possibilidade de contratação pelo Estado, mediante licitação, de serviços. A interpretação sistêmica do texto constitucional permite, pois, a conjugação de ambos os dispositivos e a conclusão pela possibilidade de emprego do instituto das terceirizações pelo Poder Público, desde que atendidos os preceitos publicísticos.

Celeuma outra reside na existência de responsabilidade subsidiária, pelo Poder Público, diante de obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa terceirizada. O §1º do art. 71 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) dispõe sobre a ausência de tal responsabilidade, tendo sido, porém, insistentemente inobservado pela Justiça Trabalhista sob o escólio do inciso VI do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Não obstante, mediante provocação pela via da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (BRASIL, 2007), o Supremo Tribunal Federal, em decisão polêmica e até hoje combatida veemente pela doutrina, pautou-se pela constitucionalidade do dispositivo legal que exonera o Poder Público da responsabilidade

subsidiária pelos encargos trabalhistas não adimplidos por empresa terceirizada. Com efeito, a decisão não subsiste perante a normatividade constitucional dos preceitos alusivos à socialidade do Estado e o respeito ao trabalho

4.8.3 Fomento ao terceiro setor

Outra importante técnica de transferência das atividades públicas para o setor privado dá-se mediante o fomento ao terceiro setor, assim concebido como a sociedade civil desempenhando atividades de interesse público. Nesta oportunidade, diferentemente das duas anteriores, a participação dos agentes privados não se dá com o escopo lucrativo típico do regime jurídico privatístico, mas mediante propósitos altruísticos de atuação em benefício de questões de interesse social ou difuso.

É certo que o próprio art. 116 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) já implicara em notável expansão desta possibilidade ao permitir, ainda que sujeito a determinadas condições, a celebração de acordos, ajustes ou convênios com organizações públicas ou privadas que atuarem na persecução de interesses comuns ao Estado, que compreendam a realização de obras ou serviços de engenharia.

Não obstante, grande incremento desta perspectiva deu-se com a edição da Lei nº 9.637 (BRASIL, 1998) e da Lei nº 9.790 (BRASIL, 1999), que dispõem, respectivamente, sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e como organizações da sociedade civil de interesse público.

Desta forma, percebe-se que o fomento ao terceiro setor passou a contar com novas estratégias de efetivação, de maneira a melhor instrumentalizar o Estado no alcance dos resultados afetos a suas tarefas constitucionais à revelia, porém, do uso imediato de seu aparato, como decorre da proposta neoliberal.

5 CONCLUSÃO

Pretendeu-se, por meio da utilização do ideário jusfilosófico pós-positivista, oferecer renovado fundamento para a estruturação da organização da Administração Pública brasileira, qual seja, o Princípio Federativo, possibilitando-se, destarte, serem averiguadas as transformações e inadequações do atual modelo organizacional à luz do Estado Democrático de Direito.

Após a identificação das precípuas características da forma federativa de Estado e do referencial teórico sob o qual se pesquisa, foram-nas aplicadas ao objeto estudado, constatando-se, neste diapasão, severos impactos nos elementos estruturais referidos. Aponte-se, a título de exemplificação, que o princípio federativo instituído constitucionalmente vige como norma, portanto, vincula a organização administrativa brasileira. Ademais, como princípio, cede diante de regras do mesmo nível hierárquico em contrário (*verbi gratia*: intervenção, repartição de competências pela União via fundos de participação). Outrossim, como princípio constitucional, impede a elaboração de normas infraconstitucionais que contrariem seus preceitos, posto que dotado de normatividade.

Verificou-se, ademais, a inadequação do atual esquema regulatório vigente no país, havendo-se, neste cenário, numerosas contradições com as exigências pós-positivistas de moralidade e racionalidade. Através da importação do paradigma de regulação estadunidense em um contexto político-ideológico-econômico absolutamente distinto daquele para o qual fora concebido, as atuais agências reguladoras apresentam causas de intensos conflitos com o Estado Democrático brasileiro. Pugnou-se, então, por uma maior participação popular e pela edição de uma lei geral para a disciplina da atuação de tais órgãos reguladores, solução reputada compatível com os anseios sociais e com ordenamento jurídico.

Ante o exposto, intencionou-se incrementar a eficiência da função estatal administrativa, gerando benefícios reflexos à sociedade, uma vez obstaculizadas utilizações indevidas da máquina administrativa.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Método, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **As agências reguladoras independentes e a Democracia no Brasil.** *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 3, ago-set-out, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva Editora, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 18 fev. 2014.

_____. **Lei nº 9.986 de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19986.htm>. Acesso em 25 jun. 2014.

_____. **Projeto de Lei n.º 3337 de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2004/msg166-040412.htm>. Acesso em 25 jun. 2014.

_____. **Projeto de Lei do Senado n.º 464 de 2007.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82101>. Acesso em 25 jun. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy.** Pensar: Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-628, jul./dez. 2010

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS. **Executive Order 12291.** Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html>> Acesso em 25 jun. 2014.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo Contrato Administrativo.** Coimbra, 1990.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. Ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1999,

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MODESTO, Paulo. **Anteprojeto de Nova Lei de Organização Administrativa: Síntese e Contexto**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, julho/agosto/setembro de 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2014

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.