

A força subjetiva da constitucionalização de direitos como vetor de reorientação do poder no estado contemporâneo

The constitutionalization of rights' subjective power as a new direction vector of empowerment in the contemporary state

SILVA, Rogerio Luiz Nery da*

Resumo: O presente estudo visa a verificar a evolução operativa e o papel do Estado, nos termos de seus deveres jurídicos aplicados aos direitos sociais – os quais, verificados em conceito – ensejam a análise de suas pretensões de validade e efetividade, a partir de suas condições de possibilidade e eficácia. Da concepção de Estado e suas respectivas funções perante os governados, enfrenta-se singela informação histórico-evolutiva com o desaguar no Estado-administração, sobre o qual pesa o encargo de atendimento das demandas sociais, consoante o perfil de provedor dos direitos fundamentais sociais, de modo a alcançar a sua efetividade, pela adoção de medidas e ações governamentais, voltadas a suprir as necessidades dos administrados.

Palavras-chave: Estado gerencial. Direitos sociais. Políticas públicas.

Abstract: This essay intends to present and verify the operative evolution and conquests relative to the State mission, in terms of its legal duties. Besides the study of the concept of the social rights, the article comes into the analysis of the validity and effectiveness pretension, starting from its specific conditions. From the state conception and its own social functions, then it comes into the historical evolution information since its primary design till the Management State, which has been charged of the obligation of answering to the social demands – all this considerations in terms of the connection with the constitutional status of social fundamental rights provider. The citizens' right to the social rights effectiveness depends on the government decisions and actions. **Keywords:** Management state. Social rights. Public policies.

Introdução

A noção do poder estatal como fenômeno necessário à convivência humana em harmonia e à sua diversificada inspiração teórica, identificada por pontos comuns e incomuns, tanto quanto às suas origens, como justificção, são referências em torno das quais orbitam as posições dogmáticas,

* Direito Público; Evolução Social; Direitos Fundamentais Sociais; dr.rogerionery@gmail.com

registrando um viés evolutivo ao longo dos séculos recentes, do que resultam certas variantes estruturais, entre tendências mais ou menos centralizadoras e das quais decorrem extensa gama de atribuições administrativas, civis e sociais, em relação às quais o Estado tem o dever de satisfatoriamente se desincumbir para o alcance do bem comum e o atendimento do interesse coletivo.

Verifica-se que hoje a complexidade da sociedade pós-moderna, na esteira de Habermas¹ melhor chamada contemporânea, exige muito em termos de esforço do Estado para se adaptar às constantes mudanças quanto ao projeto civilizatório; a própria filosofia, a partir de visão catoniana, no que se refere à de Filosofia da Consciência e a Filosofia da História "*foram negadas, de toda a sua radicalidade*" pela expansão desenfreada da complexidade da sociedade moderna, por seu elevado grau de diferenciação e inexistência de centro gravitacional.

Segundo a noção de Bobbio,² as concepções formais e instrumentais de Estado devem buscar alimentar-se reciprocamente; nesse jaez, vale ressaltar que: o viés formalístico tem papel instrumental, como condição necessária e suficiente à existência de um Estado, investido do exercício de poder soberano em relação a determinado território – apto à tomada de decisões e à emissão de diretrizes vinculativas sobre os habitantes, dos quais se espera efetiva lealdade e obediência, sem que se cogite de qualquer inoponibilidade de limites ao poder estatal.

A diferença entre o conceito jurídico e o vinculado à realidade do Estado, registra Radbruch,³ reside no aspecto de que o jurídico se projeta sobre o Estado, nele refletindo a qualidade de sujeito, e se enquadra como "conceito jurídico relevante", ao contrário dos conceitos jurídicos autênticos – destinados a conceber o conteúdo das normas; já o relativo à realidade se mostra ligado à *ratio* histórico-sociológica, tomando-a matéria essencial sobre a qual se deva realizar o direito, destacadamente o de viés público.

Na investigação da origem do Estado se encontram variadas modulações:⁴ a um, o Estado como obra de Deus (teorias divinas), de ordem teológica; a dois, o Estado como obra do homem, desdobrada em teorias contratuais e teorias de violência; a três, o Estado como obra da sociedade, segundo teorias históricas ou evolutivas, desdobradas pela doutrina familiar e natural.

Também nesse matiz, Carvalho⁵ preleciona que as teorias de justificação do Estado se dividem entre o "*Agredado Familiar*" e a "*Agregação de não familiares ou não aparentados*". Isto posto, as primeiras desdobradas entre: a um, a teoria da origem familiar do Estado e, a dois, a teoria da tradição do legislador primitivo; as últimas, por sua vez, em: a um, as teorias contratualistas do pacto social (Hobbes, Rousseau, Locke, Sieyès, Montesquieu *et alli*) e, a dois, as teorias de origem violenta do Estado.

As muitas teorias explicativas acerca da origem e justificação do Estado se desdobram segundo matizes preponderantes,⁶ podendo ser prudentemente classificadas como: a um, as teorias religiosas; a dois, as teorias de força; a três, as teorias jurídicas; a quatro, as teorias éticas, a cinco, as teorias psicológicas, e, paradoxalmente, a seis, teorias negativas da existência do Estado – estas últimas, ao contrário das que lhe antecedem na apresentação, voltadas a impugnar-lhe a continuidade fática, pregando sua abolição.

¹ Habermas (2003, *passim*).

² Bobbio (2009, p. 95).

³ Radbruch (2004, p. 265-269).

⁴ Menezes (1984, p. 77).

⁵ Carvalho (1942, p. 57).

⁶ Campos (1972, p. 221).

Bobbio⁷ considera que a teoria dos três tipos de poder legítimo, como formulada por Weber⁸ permite associar diversos tipos de motivações: a um, o poder tradicional, quando a obediência resulta da crença no aspecto sacro da pessoa do soberano, derivada da hereditariedade e da tradição, não admitindo razões para ser alterado; a dois, o poder racional, em que a obediência deriva da racionalidade do comportamento de acordo com a lei – vale dizer, submetido a normas gerais e abstratas, instituintes de uma espécie de relação impessoal entre governante e governado –; e, a três, o poder carismático, em que a obediência deriva da crença nos dotes excepcionais do governante. Ressalve-se que, tanto a tradição quanto a racionalidade do poder são, a um só turno, razão de obediência e princípio de legitimação, fazendo-se cinzentas suas fronteiras divisórias.

1 Desenvolvimento

No que se refere à relação entre o indivíduo e o Estado, pode-se registrar que a Teoria dos Quatro *Status*⁹ descreve distintas naturezas: potencialmente passiva, ativa, negativa ou positiva, das quais podem derivar deveres ou direitos, conforme o caso concreto, a saber: a um, no *status passivo* (*status subjectionis*), o Estado determina deveres a serem cumpridos pelo indivíduo, pelo modal deôntico de proibição, que vincula seu comportamento por via de mandamentos. De outra sorte, a dois, no *status ativo*, o indivíduo participa efetivamente na formação e funcionamento do Estado, por um modal de autorização, manifestando sua vontade, quando participa, pela via da democracia direta ou de escrutínio.

Por sua vez, a três, o *status negativo* abarca o direito de reação ou de defesa, constituindo espécie de membrana protetora à esfera de liberdade dos indivíduos, em face dos atos de gestão do Estado – posto diante do modal proibitivo (quer por ação, quer por omissão), seja para não impedir determinada prática lícita, seja para não intervir sobre as opções subjetivas dos particulares, ou ainda, para não eliminar de posições jurídicas consolidadas dos indivíduos, de acordo com a “proibição do retrocesso.”¹⁰

Final e enfaticamente, a quatro, a teoria considera o *status positivo* (*status civitatis*), que salvaguarda os interesses dos indivíduos e grupos, quanto às prestações a serem suportadas pelo Estado em seu favor, como forma de justificação da própria construção teórica, pela destinação dos recursos arrecadados dos governados, sob a forma de tributos (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, *ex vi*, contribuições previdenciárias, de intervenção no domínio econômico, para custeio de iluminação pública, etc.) ou de políticas extra ou parafiscais.

Ao Estado incumbe garantir as liberdades e os direitos, sem intervir na liberdade pessoal-individual (direito a prestações negativas) – direitos de defesa –, proporcionar serviços públicos-sociais e criar instrumentos jurídicos e administrativos viabilizadores de soluções às situações fáticas ao efetivo exercício das mencionadas liberdades fundamentais.

Os direitos sociais, sob essa ótica, traduzem mais que a liberdade-autonomia – “perante o Estado” –, mas a liberdade “por intermédio” do Estado – salienta-se, mais que uma liberdade a ser sustentada diante do Estado –, esta o é “graças ao Estado”; por isso, legitimada a exigir postura ativa do poder público.

⁷ Bobbio (2009, p. 93).

⁸ Weber (1946).

⁹ Jellinek (2005, p. 47-64).

¹⁰ Queiroz (2007, p. 101-122).

Diversos movimentos podem ser relacionados ao reconhecimento dos direitos sociais, assim compreendidos como esforço de promoção do ideal de igualdade material, em justo contraponto à igualdade formal, desenhada pelo estado liberal – no contexto de Estado Mínimo, não intervencionista. Merece relevo o advento das Constituições do México, de 1917 e da República Weimar,¹¹ de 1919, esta última coincidente com o ano de criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de especial importância para a tutela e concretização dos direitos sociais trabalhistas.

Nesse contexto, os Estados passaram a apresentar perfil de ativa participação no cotidiano das comunidades, a partir da Primeira Guerra Mundial,¹² mediante postura mais intervencionista na ordenação dos recursos e na política econômica, notadamente, quanto aos aspectos relacionados com a sobrevivência e melhoria das condições da vida. Essa investida estatal teve amplo espectro, como o autor nos exemplifica, a partir das escolhas dos produtos estratégicos – em termos internos e internacionais, decorrentes da guerra – para fins de definição das prioridades de produção, perpassando níveis intermediários, relativos ao aproveitamento, aplicação e controle da mão de obra, até galgar níveis mais elementares, como a distribuição de alimentos.

Assim se verificou, em termos fáticos, a transição da isenção/omissão estatal – característica do estado liberal – para a adoção de economia controlada, pelo intervencionismo do estado social, que aceitara o desafio da vinculação à efetiva realização da justiça social,¹³ compromissada e comprometida com o desenvolvimento da pessoa humana e com os parâmetros da licitude. O suporte concomitante e inafastável ocorreria daria com base na ordem jurídica, mantendo o estado social jungido às preocupações éticas, orientadas à efetivação dos direitos e prerrogativas humanas/fundamentais.

O Estado Social, denominado *Welfare State* (Estado do bem-estar social), apresenta duplo papel: a um, fiscaliza a economia e nela intervém para reajustá-la, sempre que as condições de operação se afastem das metas sociais traçadas; e, a dois, assume o compromisso de provedor das prestações sociais básicas, assecuratórias da dignidade dos mais necessitados.

As garantias jurídico-sociais-constitucionais, embora determinadas nas cartas políticas do período, não constituem efetivas limitações estatais em sentido estrito. Na verdade, expressam, fundamentalmente, o estabelecimento de parcerias e participações do poder público, com vistas a realizar os novos direitos e garantias relacionadas ao exercício da cidadania.

Com essa alteração de política estatal, verifica-se afastamento do modelo de “direitos de reação” ou dos “direitos a prestações negativas”, segundo os quais a liberdade e a igualdade seriam alcançadas pela simples imposição de fronteira entre o estado e a sociedade civil. A esse respeito, cumpre registrar a esclarecedora crítica do autor ao modelo liberal originário,¹⁴ como se pode depreender da reflexão sobre suas palavras, aqui transcritas literalmente: *“tal concepção deixa o indivíduo na mesma situação social em que se encontra, mantendo-se o status quo vigente, discriminatório e não raro violador de sua cidadania”*.

O modelo social optou pela gradativa interferência ou direção na vida econômica, na rotina dos setores de produção, medida de natureza coletiva, avocando ao ente estatal a responsabilidade de tutelar mais eficazmente a vida política, voltada às satisfações de

¹¹ República Weimar. Apesar de sua vocação provedora, os problemas políticos, sociais e econômicos dificultavam o restabelecimento da ordem e da estabilidade da Alemanha do Pós-Primeira Guerra. Sem base segura para reconstituir uma democracia liberal, viu-se a incapacidade de controle do poder das elites. O *Crash* de 1929, nos Estados Unidos, depois espalhado pelo Mundo, iniciou o *débâcle* da República Weimar, que redundaria no surgimento dos primeiros movimentos e partidos extremistas, culminando, em 1933, com o fim da Constituição de Weimar (Adolf Hitler). Disponível: <<http://ideiaslusitanas.blogspot.com>>, blog do jurista Prof. Dr. Paulo Ferreira (Portugal). Acesso em: 10 dez. 2009. (adaptado).

¹² Leal (2009, p. 72).

¹³ Leal (2009, p. 73).

¹⁴ Leal (2009, p. 74).

necessidades socioeconômicas básicas de sua população, visando a rechaçar e mitigar os conflitos oriundos das correspondentes estruturas sociais.

O ponto de especial importância para o presente estudo dos direitos sociais, neles incluído o direito à educação, é que, embora o estado social tenha por finalidade garantir a efetividade da justiça social e a promoção da dignidade da pessoa humana, sua atuação deva ocorrer com fulcro na ordem jurídica estatal, orientado pela ética e destinado a assegurar os direitos humanos fundamentais e decorrentes prerrogativas.

Como o advento do Estado Social e o reconhecimento dos direitos de mesma índole ocorreram no primeiro quartel do século XX, os direitos sociais são tidos por sucedâneos e não sucessores dos direitos individuais de reação, sem se sobreporem, mas somando-se a estes, por seu posterior reconhecimento. De pronto, cumpre delinear alguns contornos mais destacados do Estado Contemporâneo, com suas características de Estado Social, até alcançar a conformação mais recente, de cunho gestor, regulador, articulador da sociedade, comprometido com os objetivos e bem comum da sociedade pluralista. Para tanto, é necessário alinhar os aspectos atinentes ao braço operativo do Estado – a administração pública, como a abordagem multidisciplinar.

No contexto em tela, o modelo econômico desenvolvimentista, com fortes vínculos internacionais e dependência de iniciativas de agentes do mercado financeiro e empresas multinacionais impõe, diferentemente do que ocorria na vigência do estado liberal clássico, que a atividade econômica seja objeto de alguma intervenção estatal, visando a mitigar as tensões sociais e as desigualdades resultantes desse modelo. Nesse sentido, certas escolhas políticas terão o propósito de incentivar estratégicos setores de atividades produtivas ou de serviços, particularmente em países periféricos, bem como o intuito de proteger os marginalizados e excluídos, mediante a implementação de projeto de desenvolvimento sustentável e inclusivo.

Na realidade de países periféricos, o Estado e o governo enfrentam sérios desafios relativos à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Há nítida tendência à avocação aos poderes públicos – originariamente pelo executivo – da responsabilidade de tutelar à vida política, sob viés coletivo e indeterminado, notadamente em relação ao atendimento das demandas elementares dos governados. A ocorrência de incontáveis conflitos no seio da sociedade exigiu a promoção de criteriosa intervenção na economia, o que marcou certo refluxo da atuação estatal, se contrastada sua “ausência” nessa seara, no momento histórico imediatamente anterior, sob a forma de delineamento da condução dos setores de produção e prestação de serviços.

Como ressaltado, a tendência intervencionista do *welfare state* emergiu a partir da Primeira Guerra Mundial,¹⁵ com o fito de fixar o modo de aplicação dos recursos e correspondentes procedimentos de índole econômica, para assegurar as condições mínimas de sobrevivência digna, elevação dos níveis de serviços públicos essenciais, postos à disposição da sociedade, a fim de adequá-los ao padrão de convivência civil. Tal desiderato alcançou, desde a produção dos bens, como esforço de guerra, até a aplicação da mão de obra e a distribuição de alimentos. Nesse intuito, foram particularmente relevantes as constituições do México (1917) e de Weimar (1919), marcantemente prestativas e assecuratórias.

Na vigência desse modelo, a primazia do executivo induz postura crítica em relação aos demais poderes, com ênfase ao legislativo, cuja imagem se vê associada à omissão, lentidão e ineficácia quanto às iniciativas normativas para implementação dos direitos individuais e coletivos. A evolução do tema na positivação germânica se dá pela constituição de Weimar,¹⁶ após o período de 1815 a 1848, no

¹⁵ Barreto (2009, p. 249).

¹⁶ Grimm (2006, p. 272).

qual os direitos fundamentais não se investiam de força jurídica para superar a legislação antagônica – de origem feudal – e de 1849 a 1919, com a I Constituição Imperial alemã – a Constituição da Igreja de São Paulo, marcada por sua abrangência e ineficácia. Tal documento transformou-se em ícone da constitucionalização dos direitos sociais, mas, embora servindo de referência às constituições ocidentais de seu tempo, possa ter contribuído para a instauração de séria crise econômica, que acabou por favorecer o triunfo de Hitler no acesso ao poder.¹⁷

O Estado Social de Direito também teve seu desenho contemplado pela lei fundamental alemã¹⁸ – *Grundgesetz* – designada como Constituição de Bonn (1949), que, muito embora tenha operado significativa redução do rol de direitos sociais em relação à constituição antecedente, evidenciou claro compromisso com o ideário da justiça e do bem-estar social, cuja compreensão ultrapassa os contornos formais e políticos, para caracterizá-lo como fundamento à instituição de políticas públicas destinadas a suprir as emergentes carências sociais.

As garantias constitucionais de ordem jurídico-social, fixadas nas constituições do período, não implicam limitações estritamente estatais, mas firmam parcerias necessárias entre os poderes públicos, na missão maior de realizar a cidadania. Deriva daí a referência supra ao “refluxo” dos direitos fundamentais, pois se substituiu a noção de liberdade e igualdade, fundada na limitação da ação do Estado em relação aos cidadãos – fundante do descaso e abandono estatal, reforço ao *status quo ante*, discriminatório e violador – valendo-se do estabelecimento de políticas públicas prestacionais, para cuja execução o Estado deve ampliar seus recursos, pela via financeira pública: receitas originárias e, sobretudo, derivadas – de natureza fiscal e, em certos matizes, extrafiscal – com metas de compensação do poder aquisitivo, em razão da capacidade contributiva daqueles submetidos à exação tributária.

O *New Deal*,¹⁸ ou teoria do efeito horizontal da ação do Estado – levado a efeito sob a liderança de Franklin Roosevelt – promoveu a inversão da matriz operativa do estado, migrando das iniciativas endógenas da estrutura burocrática de governo para aquelas intergrupais, voltadas às demandas sociais inadiáveis, como a proteção ao trabalho, os serviços de saúde e de educação, entre muitas outras. Além das conquistas nessas áreas, o estado social também trouxe à tona experiências de discutível resultado, assim como a dependência paternalista e o assistencialismo, responsáveis por vícios na interação cidadão-estado.

A vida na sociedade democrática também conhece contradições necessárias, que bem podem ser designadas como *paradoxo democrático*,¹⁹ operado a partir de previsões constitucionais que garantem às maiorias políticas conjunturais algumas prerrogativas, caracterizadoras de forma de opressão interna sobre certas minorias políticas, cooptadas em favor de metas gerais de Estado.

Em contrapartida, as mesmas tendências exercem o chamado esforço contramajoritário, ao elegerem determinadas categorias de direitos como fundamentais – cuja exata inspiração originária desde o art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) –, estimula a refrear certos projetos e expectativas de maiorias políticas que, de alguma forma, possam vilipendiar os direitos fundamentais. Parte da doutrina, entretanto, assevera que apenas os direitos civis teriam esse condão,²⁰ já que os direitos sociais não representam limites ao Estado, eis somente atribuírem incumbências ao ente estatal.

¹⁷ Moreira (2010, p. 2).

¹⁸ O *New Deal* foi uma política do governo americano destinada a enfrentar a crise de 1929 e seus consectários econômicos e sociais.

¹⁹ Leal (2009, p. 76).

²⁰ Grimm (2006, p. 273).

O Estado Democrático de Direito apresenta duas concepções contrapostas:²¹ a um, a partir da Teoria dos Sistemas²² e, a dois, a partir da Teoria do Discurso.²³ A primeira considera a sociedade moderna assentada na característica de hipercomplexificação social, vinculada à diferenciação funcional dos âmbitos de comunicação, o que implica o desaparecimento de moral tradicional hierarquizante, a qual se sobrepõe a todas as esferas de ação ou de vida; a segunda, ética discursiva, de cunho racional-procedimental, em que a modernidade resulta do desenvolvimento das estruturas da consciência, no sentido de superar as representações morais pré-convencionais ou convencionais, com o necessário advento de código moral pós-convencional universalista.

Focando o Estado sob a perspectiva da administração pública, como braço operativo relativamente às prestações públicas, verifica-se que a formulação de preceitos de aplicação muito genéricos implicou equacionamento mais racional dos meios materiais e humanos, com vistas a atender os objetivos fixados, marcando o advento do estado gerencial, cuja permeabilidade tende a se estender a todos os níveis da realidade social.

Coerentemente com essa inferência, o Estado democrático de direito converter-se, em termos de administração pública, ao gerenciamento,²⁴ em razão da modificação profunda do próprio senso de instituição administrativa, cujo campo de ação passou a alcançar as mais diversas dimensões de toda a sociedade. A partir desse ponto, a administração converteu-se em agente econômico e, para poder agir “sobre o mercado”, ainda que de forma regulativa, seus contratos, suas empresas públicas conjugaram a lógica da competitividade e da rentabilidade, semelhante à que preside as iniciativas do setor privado, sem, no entanto, descurar de seus deveres constitucionais.

A consequente ampliação de tarefas da administração implicou a reorientação de seus métodos, especialmente diante de suas dotações, sempre limitadas de recursos. Coerentemente, o poder público foi instado a redefinir objetivos, pontuando aqueles prioritários, conforme estratégia de intervenção preventiva de qualquer emprego irracional de meios.

Os imperativos de eficiência e eficácia recém-adotados passaram a pesar mais sobre a administração pública que sobre as próprias empresas privadas de onde foram “importados”, em razão do princípio republicano orientador da indisponibilidade dos interesses e bens públicos, de modo a assegurar o bem-estar coletivo de forma compatível com os recursos confiados, sempre em obediência ao critério da eficiência e utilidade dos que dela necessitam.

O Estado passou então a ser balizado pelo propósito do constante crescimento da riqueza (nacional), da mesma maneira como ocorre nas empresas privadas, guardadas as devidas peculiaridades. A adoção de princípios de gestão empresarial pelo estado, entretanto, não tem o condão de instruir atuação indiferente às necessidades sociais e que se conduza exclusivamente com olhos voltados a metas a atingir, com a frieza típica das empresas ocidentais. Tal postura, diga-se, mesmo no ambiente puramente capitalista, tende a ser substituída, se não por bondade ou solidariedade, mas por necessidade de estimular os participantes do empreendimento, o que, nos dias atuais, tem registrado crescente preocupação com metas motivacionais em relação aos acionistas (distribuição de lucros) e aos empregados (participação nos lucros).

O gerenciamento estatal somente se destacou após a Segunda Guerra Mundial,²⁵ quando aplicado em favor do desenvolvimento industrial e da reabertura das fronteiras, momento em que se verificou

²¹ Neves (2006, p. 79-121).

²² Luhmann (1975).

²³ Habermas (2003).

²⁴ Chevallier e Loschak (1982, p. 681).

²⁵ Chevallier e Loschak (1982, p. 685).

vasto esforço de modernização das empresas privadas, no intuito de reinserção de um universo mais amplo. Submetidas à dura pressão da concorrência, as empresas privadas foram obrigadas a ajustar estratégias, adaptar estruturas e a melhorar sua produtividade, descobrindo princípios da gestão racional. Verificou-se a introdução de novos valores, rechaçando-se os antigos imperativos de segurança, estabilidade e garantia, em favor das metas de eficácia, competitividade e rentabilidade, a partir dali erigidas a verdadeiros dogmas da gestão.

Entretanto, nem tudo ocorreu de forma tão receptiva; obstáculos surgiram a partir do momento em que a noção tradicional da administração precisou ser fundamentada sobre princípios diametralmente opostos, antes dissociados do ideal de rendimento ou de eficácia, mas focados em continuidade do serviço público a qualquer custo, inclusive com prejuízo, concentrada na regularidade da prestação.

Deve ficar claro que não se está aqui a festejar pura e simplesmente tais mudanças, porém, ao contrário, a demonstrar a necessidade de um meio termo, um “justo meio”,²⁶ entre o rendimento e a continuidade e a regularidade, não se devendo prestigiar exclusivamente um dos extremos, em detrimento absoluto do outro.

Entre os óbices enfrentados, registre-se que a lógica gerencial, de início, foi vista como completamente inaplicável à administração pública, e mesmo considerada contrária à sua finalidade. Hoje, é pacífico que os princípios²⁷ adotados pela ciência da administração na esfera de gerenciamento são tidos como aplicáveis também aos negócios públicos.

Ademais, o modelo administrativo tradicional revelou-se cada vez mais incapaz de dar conta das novas necessidades, fazendo-se nítido que a rigidez, o formalismo, a lentidão – seus então signos distintivos – são incomparáveis com as novas tarefas assinaladas à administração, as quais requerem, paradoxalmente, surpresa, adaptabilidade e rapidez de reação.

Tanto o é, que o modo de funcionamento burocrático, segundo o qual a administração mantinha a estabilidade social, precisou modernizar-se para desempenhar plenamente seu novo papel. A partir daí, sustenta-se certa mitigação dos rigores da legalidade estrita, como um sistema de legitimação sobre o qual a administração se apoiava na rigorosa obediência à lei. De acordo com esses autores supramencionados, tais restrições não são mais compatíveis com o intuito de dotar a ação administrativa de resultados de sucesso.

Ao contrário, a administração viu-se compelida a forjar a própria legitimidade, provando destinar-se aos melhores interesses coletivos, em cotejo com a qualidade e do rigor dos métodos de gestão utilizados. A administração, nesse sentido, teve de remeter-se a uma ordem jurídico-política que a envolva e ultrapasse a legitimação fundada sobre o conteúdo das próprias operações em que se vê engajada.

Registre-se, a título de referência histórica, que o estabelecimento de canais regulares e reversíveis de trocas reaproximou a defesa dos interesses e razoável receptividade administrativa aos valores sociais dominantes. Nesse sentido, a administração foi tomada pela mística da eficácia e da eficiência (rentabilidade), irradiada pelo corpo social. O postulado da inviabilidade da avaliação da gestão pública em termos de eficiência foi progressivamente ultrapassado pela constatação de que administração quanto como as empresas privadas, devem buscar a produtividade e racionalizar seus métodos de trabalho, no que concerne às técnicas de organização e, mormente, de decisão, como se discutirá em capítulo específico.

²⁶ Aristóteles (2001, p. 103-120).

²⁷ Fayol (1990).

O atendimento dos valores e preceitos constitucionais, ainda que com possíveis ponderações, requer reconhecer-se que não se pode ceder a argumentos puramente técnicos, que, por óbvio, têm a sua importância, mas que não se podem projetar de forma absoluta sobre aqueles, nem servir de trunfo aos que dominam o seu conhecimento específico.²⁸ Cumpre registrar, de outra sorte, ter sido a receptividade aos valores gerenciais pela função pública marcadamente favorecida pela mitigação da fronteira demarcatória tradicionalmente entre o público e o privado, cuja diluição relativa, mas crescente, tende a atenuar a concepção da estrita especificidade administrativa.

O Supremo Tribunal Federal, além de sua vertente de evolução jurisprudencial, trilha paralelamente pela produção de “doutrina da melhor casta”, eixado com o que há de mais atual na doutrina administrativista alienígena. Em voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923-DF, na qual o Partido dos Trabalhadores questionou a inconstitucionalidade da chamada “Lei das Organizações Sociais”, enfrentou o STF o tema da Reforma do Estado com especial clareza. Para o ministro, a Reforma do Estado, embasada na Declaração de Madri,²⁹ de 14 de outubro de 1998, assumiu papel de centralidade na chamada “agenda política mundial”, em nada se caracterizando como mera resposta neoliberal à crise do Estado intervencionista.

Segundo o voto, não se trata de buscar simplesmente a redução abrupta do porte do Estado, nem se destina a atribuir o predomínio do mercado; ao reverso, a solução para a crise do Estado está na reconstrução do aparelho do Estado, não no seu puro desmantelamento. Prossegue o eminente ministro explanando que a Reforma Gerencial do Estado não se confunde com a adoção simplista de novas formas de gestão, pois pressupõe profunda alteração na estrutura do Estado.

No julgado, salienta-se que a Reforma Gerencial do Estado não está circunscrita à pauta político-administrativa do Brasil, vez que materializa um fenômeno político-administrativo mundial – implementada em vários países, notadamente no contexto latino-americano, voltada a aperfeiçoar a gestão pública, tornando-a mais ágil e flexível, adequada a enfrentar os desafios de nossa sociedade complexa, nas suas palavras. Aduz o magistrado que o novel modelo gerencial de Reforma do Estado encontra inspiração nas transformações organizacionais do setor privado, renovadoras do modelo burocrático-piramidal de administração. Conforme esse protótipo, flexibiliza-se a gestão, reduzem-se os níveis hierárquicos, com conseqüente amplificação da autonomia decisória gerencial.

Apure-se que, na Declaração de Madri, fica claro que *“o governo não pode ser uma empresa, mas pode se tornar mais empresarial”*, vale dizer, a administração pública pode alcançar mais agilidade e flexibilidade.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes destaca que a redefinição do papel do Estado e sua reconstrução serão decisivas frente à incapacidade de absorção e administração eficientes das pesadas demandas, sobretudo as da área social. Acrescenta que a decadência do modelo intervencionista, somada à notória ineficácia e ineficiência da administração burocrática de inspiração weberiana, agravada pela crise fiscal, conduz à inexorável necessidade de reestruturar o Estado brasileiro, segundo a perspectiva gerencial, que requer planejamento cuidadoso do uso dos recursos, conforme prioridades definidas democraticamente, execução e avaliação da implementação de políticas públicas.

²⁸ Zippelius (1997, p. 497).

²⁹ Conforme a Declaração de Madri, trata-se de *“construir um Estado para enfrentar os novos desafios da sociedade pós-industrial, um Estado para o século XXI, que, além de garantir o cumprimento dos contratos econômicos, deve ser forte o suficiente para assegurar os direitos sociais e a competitividade de cada país no cenário internacional. Busca-se, desse modo, uma terceira via entre o laissez faire neoliberal e o antigo modelo social-burocrático de intervenção estatal.”*

Do exame do voto depreende-se nitidamente que o Estado declina do papel de “executor” para assumir o de “gestor”; afasta-se de agente interventor e produtor direto de bens e serviços, para se tornar promotor e regulador do desenvolvimento, tanto econômico quanto social.

A título de esboço histórico, o voto referido ainda permite consolidar as informações político-econômico-administrativas de época, da seguinte forma: a Reforma do Estado brasileiro, em seu ponto inicial, voltou-se principalmente para promover “*a abertura comercial, o ajuste fiscal, a estabilização econômica, a reforma da previdência social e a privatização de empresas estatais, criação de agências reguladoras, quase todas já implementadas, ainda que parcialmente, na década de noventa.*” Tais medidas de vanguarda sufocaram o risco da hiperinflação, que, por décadas, prejudicou o desenvolvimento do país, efetivou-se a estabilização da economia.

Em continuidade, cumpre ressaltar o esforço para enfrentar o desafio da formulação e efetivação de políticas públicas sociais, centradas, sobretudo, nas áreas de saúde, moradia e educação. Admitindo-se a incapacidade da máquina estatal para vencer aquelas solicitações, sublinhou-se a necessária e indispensável Reforma do Aparelho do Estado, como assenta o *decisum*.

Proseguindo, o voto confere destaque ao Programa de *Publicização*, entendido como a “*descentralização para o setor público não estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica*”, conforme consta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, cujo perfil envolveu multifacetadas vertentes, a saber: a um, o *Ajuste Fiscal* – a fim de que o Estado recobrasse sua capacidade de definição e implementação das políticas públicas; a dois, a *Liberalização Comercial* – superando a prática do protecionismo de substituição de importações pela abertura do mercado; a três, o *Programa de Privatizações* – dando conta da crise fiscal e da limitação da capacidade estatal na promoção da poupança forçada por meio de empresas estatais. Transfere-se, pois, ao setor privado, a tarefa da produção que em regra lhe cabe e que, por princípio, realiza com maior eficiência.

A quatro, e por derradeiro, o *Programa de Publicização* – “*transfere para o setor público não estatal a produção dos serviços competitivos ou não exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle.*” Assim se desenhcou a Reforma do Estado, no tangente à superação do papel de executor ou prestador direto de serviços, para assunção do de regulador e provedor ou promotor destes, notadamente dos serviços sociais – como educação e saúde –, essenciais: a um, ao desenvolvimento – pelo investimento no ser humano; a dois, à democracia – pela promoção dos cidadãos; e, a três, à efetiva e justa distribuição de renda – pela ampliação da oferta de mão de obra especializada.

O que se pode considerar mais marcante na referida decisão para os fins da presente tese está na constatação – com todo o tom de modernidade do voto, fulcrado na mais atual doutrina administrativa mundial –, pelo ministro, que finda por afirmar – com todas as letras –, pelo âmago do seu pensamento constitucional que: “*Como promotor desses serviços³⁰ o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade.*”

Com precisão técnica e didática, o voto fez-se suficiente mesmo a reverter a *opinio* do Ministro Eros Roberto Grau, inicialmente responsável pela instauração da divergência em relação ao voto do relator original – o já aposentado Ministro Ilmar Galvão –, sucedido na vaga por Mendes, que conclui, nesse ponto, pela aptidão do Programa de Publicização³¹ em viabilizar o compartilhamento com a sociedade/

³⁰ Referindo-se à educação e à saúde supramencionadas pelo mesmo voto-vista na ADI – MC n. 1923-DF.

³¹ STF: ADI – MC n.º. 1923-DF “*As Organizações Sociais correspondem à implementação do Programa Nacional de Publicização-PNP e, dessa forma, constituem estratégia central da Reforma do Estado brasileiro.*”

comunidade da responsabilidade pelos serviços públicos, como a educação e a saúde, estendendo essa possibilidade também às empresas e ao Terceiro Setor. Trata-se, segundo o Ministro, em outros termos, de uma *"parceria entre Estado e sociedade na consecução de objetivos de interesse público, com maior agilidade, eficiência."*

Sobre os novos contornos das atividades tidas como estatais,³² destaca-se a importância da utilização da sociedade civil organizada, assim quando entendida como terceiro setor – ideário surgido na Itália e que incrementou sua força nas últimas décadas, a partir de associações e pequenas cooperativas, sem fins lucrativos –, que se lançam a auxiliar nas atividades do primeiro setor (Estado), especialmente *"na perseguição do bem-estar social"*, complementando também as ações do segundo setor (empresas). Também digna de nota, faz-se a comparação da interação entre os setores, *mutatis mutandi*, com o sistema do *check and balances*, entre as funções de Estado, subsidiando o Estado *"na realização dos objetivos sociais e o segundo com a elevação do nível econômico das pessoas"*, em nítida aplicação do princípio da subsidiariedade.

Concorda-se plenamente com a assertiva, diante da capacidade que a sociedade civil organizada demonstra em cooperar na busca do equilíbrio em relação aos encargos de cada setor, suprindo as etapas não exclusivas da Administração Pública – direta e indireta (primeiro setor) –, assim quando, indiretamente, amplia a qualidade de vida e o poder aquisitivo daqueles a quem assiste, expandindo sua força econômica, como bem salienta o autor retromencionado; assim também, quando chama a si (terceiro setor) a responsabilidade de desempenhar certas atividades que, por sua natureza, se mostrem deficitárias, não se fazendo atrativas ao segundo setor por não oferecerem satisfatória oferta de lucro (retorno financeiro, típico naquele e proibitivo neste).

Conclusão

Conforme aqui se pode estudar, o Estado, a partir de suas diversas e controvertidas origens e justificações, passou por diversas modificações desde a sua concepção originária, desde a vertente absolutista, liberal, intervencionista até desembarcar no desenho mais recente de viés negocial ou gerencial, não sem enfrentar diversas contradições, a partir de intensa derivação das muitas funções estatais, o que se operou inicialmente pelo mecanismo da desconcentração em órgãos, depois pela descentralização em entidades para estatais, seguido da descentralização via espécies delegatórias – de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos –, com especial destaque para a atuação do terceiro setor – que recebe repasses de recursos públicos, por meio de transferências ou de fomento fiscal indireto, além de contribuições de natureza tributária advindas das empresas, até, muito recentemente, aportar sobre a vertente do terceiro setor, como delegação por reconhecimento ou delegação social, baseadas em projetos expositivos, reconhecimento do interesse público e estabelecimento de metas de desempenho, mediante contratos de gestão ou termos de parceria.

De tal forma que, é possível prestar serviços públicos: a um, diretamente, pelos próprios órgãos públicos, ou, indiretamente, a um, pelas entidades para estatais; a dois, – via Segundo Setor – pelos delegatários, com a assunção contratual do dever estatal não exclusivo ou, a três, – via Terceiro Setor, com a cooperação sem fins lucrativos na gestão e prestação de serviços de natureza pública. O que se propõe agora é avaliar a viabilidade dessa atuação de expandir para a sociedade civil organizada, sob

³² Pinho (1997, p. 2).

a forma de Organizações Sociais (Sistema "OS"), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), Entidades de Apoio (EA) e Serviços Sociais Autônomos (Sistema "S"), ou ainda outras formas que possam vir a ser desenvolvidas, de modo a viabilizar a participação mútua no processo, com vistas a otimizar a aplicação de recursos humanos, financeiros e materiais em geral.

Com isso, espera-se poder incrementar a qualidade dos serviços prestados, em especial pelo ponto que mais merece destaque: a proximidade entre o prestador e o beneficiário do serviço, em razão da maior interatividade proporcionada na esfera comunitária, apta a facilitar sobremaneira a fiscalização. Na Europa, o terceiro setor desfruta de consolidada posição, ao que denomina "cristalizado e organizado", particularmente, sob a forma de cooperativas e centros de serviço com atuação mediante voluntariado, com ampla penetração geográfica e consubstanciando a "*construção de uma sociedade melhor e mais justa*."

Como bem se pode depreender, do que vem até esta quadra exposto, muito tem sido preciso evoluir, desde os mais remotos modelos e matizes de entidade estatal, segundo suas concepções políticas, econômicas ou sociais – de sua forma mais embrionária até as mais atuais – como já visto, desde os modelos de Estado Absoluto, Estado de Polícia, Estado Despótico, Estado de Direito, Estado Liberal, Estado Social, Estado Interventor, Estado Regulador e Estado Gerencial, até que se pudesse compreender o objeto e o alcance da previsão do Estado Democrático e Social de Direito.

A nova arquitetura estatal conjuga à configuração clássica outros atores, a partir do princípio da descentralização das atividades não exclusivas e abre espaço à atuação do chamado setor privado, seja em busca do lucro, com o segundo setor, seja despido dele no caso do terceiro. O novo desenho mostra-se mais flexível e, portanto, mais adaptável às constantes mudanças da dinâmica administrativa do mundo presente.

Com essa formação, o Estado se vê fortalecido pelas especificidades de cada um desses atores, em cumprimento ao princípio da especialidade, cada qual atuando em sua esfera de identificação, ficando a máquina estatal aliviada dos tradicionais sobrepesos do Estado tradicional, e, para os fins específicos do presente trabalho, abre espaço a participação dos indivíduos na execução, fiscalização e controle de políticas públicas.

Será justamente no contexto desse Estado mais aberto, mais alternativo, que se formarão as condições mais favoráveis a uma ampla participação do cidadão na edificação das políticas que satisfaçam os reclamos da sociedade democrática, dada a possibilidade de interferir ativamente nos afazeres do Estado, seja opinando, seja executando em seu lugar, nas hipóteses em que tais ações sejam admitidas.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

CAMPOS, Jerman Jose Bidart. *Derecho Político*. Buenos Aires: Aguilar, 1972.

CARVALHO, Orlando Magalhães. *Resumos de Teoria Geral do Estado*. Belo Horizonte: Os amigos do livro, 1942. v. 2.

CHEVALLIER, Jacques; LOSCHAK, Danièle. Rationalité juridique et rationalité manageriale dans l'administration française. *Revue française d'administration publique*, n. 24, 1982.

FAYOL, Henry. *Administração Industrial e Geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

GRIMM, Dieter. *A Constituição e a Política*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

JELLINEK, Georg. *Teoría General Del Estado*. Montevideo: B de F, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais – Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LÖEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução Esp. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *ADI 1923 MC-DF*. Voto-vista. Informativo STF n. 474, 1 a 3 de agosto de 2007.

MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MOREIRA, Vital. *A constituição de Weimar de 1919*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/Conti_alema.htm>. Acesso em: 10 mar. 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre Themis e Leviatã – uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A importância da parceria entre o Ministério Público e o Terceiro Setor na Jurisdição Coletiva*. 1997.

QUEIROZ, Cristina M. M. *O princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WEBER, Max. A Ciência como vocação. In: GERTH, Hans; MILLS, Charles Wright. *From Max Weber: essays in Sociology*. New York: Free Press, 1946.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.