*PRIVATIZAÇÃO VERSUS CONCESSÃO**

JOSÉ AUGUSTO DELGADO
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Meu querido amigo Cerdônio, é muito difícil a um homem de 58 anos de idade, depois de tantas emoções, falar. Falar especialmente quando, de coração aberto, ouviu um amigo suspeito, pela amizade que me dedica e que muito me honra, prestar a homenagem de que fui testemunha. É muito difícil falar, especialmente depois de receber o mais inocente dos beijos e de fazer com que nesta noite fosse beijado também pelas minhas netas ausentes. É muito difícil, Cerdônio, falar, depois do que ouvi aqui, não a "Voz do Silêncio", que todos vimos, a voz mais altiva, a voz mais profunda, a voz do que representa a força da vontade do homem. É muito difícil, Cerdônio, falar, quando o coração está cheio de emoção, especialmente quando o coração está cheio de agradecimentos. Mas cumpre-me, Cerdônio, já que me é impossível paralisar o tempo e aqui ficar a agradecer toda essa homenagem que a noite testemunhou juntamente com os meus queridos amigos, iniciar a missão que aceitei com muita honra porque veio de um amigo como você.

Exm° Sr. Ministro Cesar Rocha, cuja presença aqui, embora represente o Superior Tribunal de Justiça, é mais uma presença também de amizade. Isso me toca também lá dentro. Meu querido professor e sempre mestre, não somente meu, mas mestre de todos nós, Caio Tácito, que me ensinou as primeiras letras do Direito Administrativo e que hoje continua a me ensinar muito mais do que naqueles primeiros dias; prof. José Alfredo Baracho, que há pouco tive uma das grandes alegrias de ler uma sua obra, que considero como sendo una, *A Cidadania*. Testemunhei, professor, não sei se estou enganado, que pela primeira vez um constitucionalista se dedica a colocar a cidadania no apogeu que ela bem merece e que não está sendo vista por aqueles que têm o dever de zelá-la

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

*Aula magna ministrada na abertura do 1° Seminário de Direito Municipal Brasileiro e 3º Seminário Nacional de Direito Administrativo, realizados em Belo Horizonte - MG, nos dias 9 a 14.6.96, promovidos pela Editora NDJ Ltda.

no nosso país. Meu querido prof. Pedro Paulo, cuja amizade nasceu nos ares cariocas e que a cada dia mais está se aprofundando; meu querido prof. Júlio Esteves, cuja amizade nasceu na minha terra, no Encontro dos Procuradores das Assembléias Legislativas, e que o reencontro agora me deu muita alegria; meu querido amigo baiano, cuja amizade já vem de muitos encontros e que cada vez mais se reafirmam as alegrias, que se renovam, e mais admiração, Brito, pelo que você prega por este Brasil afora; meus amigos, minhas senhoras, Thaisa querida, que já foi para o silêncio da sua inocência: tenho uma missão a cumprir, a missão oficial desta noite, que é falar para os amigos aqui presentes sobre um tema que, hoje, no Direito Administrativo, é considerado o tema da moda, "privatização *versus* concessão", especialmente dando destaque à chamada privatização.

Os aspectos envolvendo o tema privatização têm sido de tanta largueza, que é rigorosamente impossível, dentro de 40 a 50 minutos, se fazer uma retrospectiva do que está envolvendo a preocupação do Direito Administrativo hoje, com essa nova entidade nele inserida, chamada privatização. É impossível começar a falar em privatização, a meu pensar, no campo do Direito Administrativo, sem antes voltarmos o nosso pensamento para aquilo que hoje está de qualquer modo institucionalizado e denominado: a chamada crise do Estado. Uma imagem ligeira sobre a crise do Estado leva imediatamente o pensador a fixar a necessidade de sua reforma e, em conseqüência, a pensarem um Direito Administrativo diferente, menos rígido, onde as portas não estejam fechadas para determinadas mudanças que envolvam relacionamento mais íntimo, mais intenso, mais abrangente, entre o público e o privado.

Dentro desse campo de reflexões sobre a crise do Estado, temos que situar a privatização não como "tábua de salvação", não como um fator determinante solucionador da crise. Mas temos que determinar primeiramente qual vai ser a função do Direito Administrativo moderno

http://bdjur.stj.gov.br

em estabelecer novos princípios, para que essa nova atuação de entrega de serviço público através da privatização alcance diretamente o cidadão, até hoje o único prejudicado pela crise do Estado, em face de a ele não chegar a essência do serviço público, atingindo-o naquele seu direito essencial que é o direito à saúde, à segurança, à educação, ao bem-estar, ao lazer, e outros direitos inerentes a sua condição de ser humano.

Observo nas minhas pesquisas, ao contrário do que poderia ocorrer, talvez até como um fenômeno próprio do Direito Administrativo que cuida das coisas públicas, que o Direito Administrativo está crescendo no campo da crise do Estado. E ao crescer, o Direito Administrativo não está deixando se envolver e não está se tornando tímido em face da crise pela qual passa o Estado. Nós sabemos que Carnelutti, em 1953, na sua obra *A Crise do Direito*, foi pessimista quanto à evolução da ciência jurídica; o mesmo também fez Ripert com a obra *O Declínio do Direito*, em 1949. Mas vejam os senhores que as idéias ali lançadas, e todas determinadoras de que a ciência jurídica iria entrar numa crise da qual talvez não saísse e não alcançasse a sua evolução, essas idéias não impressionaram o Direito Administrativo; pelo contrário, o Direito Administrativo se tornou consciente dessa crise pela qual estava passando e procurou criar novas idéias para o seu fortalecimento. Basta lembrar para os senhores a criação, dentro do Direito Administrativo, dos chamados Contratos de Colaboração, ao lado dos já conhecidos e tradicionais Contratos de Atribuições. Uma nova fase contratual se abriu para o Direito Administrativo, tendo em vista a exigência do relacionamento do Estado com a sociedade, especialmente esta, a sociedade, ao exigir do Estado a instalação de obras vultosas, obras de profundas e percussões e além do mais, que produzissem efeitos imediatos. Aí surgiu a necessidade de que o Direito Administrativo imediatamente chegasse com novas regras de disciplinamento para que tais anseios da cidadania fossem alcançados e a ele, cidadão, entregues, de um modo seguro, de um modo em que o Estado não ultrapasse os

http://bdjur.stj.gov.br

limites, especialmente os da legalidade, da moralidade da eficiência do serviço público.

Arnold Wald tem um artigo intitulado “O Direito da Crise”, no qual faz umas observações que me parecem de muita importância, interessantes, e que mostram como o Direito Administrativo está procurando circular estas crises e sendo um veículo para tentar solucioná-las. Sabemos que toda crise tem efeito desagregador, a exemplo das crises hoje presentes, como a crise energética; a crise do endividamento, não somente público e privado; a crise do baixo nível de vida das classes médias e das classes inferiores; a crise da mudança de mentalidade pela qual passamos; a crise da chamada escala de valores, a escala que está sendo escolhida pela sociedade; a crise pelo surgimento de novas tecnologias, que por um lado atendem a determinadas necessidades da cidadania, mas por outro afetam outras necessidades essenciais também da cidadania, como o desemprego; também a crise pelo fenômeno, que está ocorrendo de modo globalizante, do deslocamento do centro do mundo; nações que até então eram tidas como responsáveis pelo comando dos destinos do mundo, hoje estão perdendo tais comandos, e o centro do mundo está se tornando partilhado entre as outras nações. Dentro dessa crise, observamos que o Estado se agigantou, e quanto mais o Estado se agigantou as crises foram aumentando - o gigantismo do Estado não resultou em diminuição das crises -, tornando-se o Estado vítima do seu próprio crescimento.

A respeito desse ponto, escrevi as seguintes observações: os excessos praticados pelo Estado e a ampliação das suas funções conduziram-no ao gigantismo e, conseqüentemente, pelo acúmulo de responsabilidades sociais assumidas, a se tomar vítima do seu próprio crescimento. Tendo se desenvolvido de forma desordenada, configurou-se a necessidade de se diminuir o tamanho do Estado e ser pedida a colaboração da iniciativa privada para exercer serviços destinados ao

http://bdjur.stj.gov.br

público. Convém aqui fazer uma observação que todos os senhores devem estar lembrados: há três anos, as páginas amarelas da revista Veja nos davam notícia de um artigo assinado pelo atual Exm° Sr. Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, quando então pregava a diminuição do tamanho do Estado. As idéias de então foram desenvolvidas em sua campanha e, hoje - tenho absoluta certeza pela pregação da política administrativa que tende a realizar -, são idéias que o estão importunando, consciente de que esse tamanho do Estado precisa ser diminuído e de que o particular está sendo chamado a contribuir para que todas essas crises, e outras aqui não mencionadas, baixem pelo menos o nível dos efeitos produzidos no que se refere às relações do homem com o homem e do homem com o Estado.

Surge dentro desse campo a chamada entidade “privatização”, que para muitos está sendo vista como a solução de todas as crises, e que para outros, como a conquista de todos os interesses inescusos sempre buscados no trato com a coisa pública. Veja que já temos uma crise dentro da própria entidade da privatização quando os conflitos aí estão sendo apontados.

Registro, apenas, fugindo do roteiro, a tentativa feita pela classe sindical de revogar a chamada lei que conduz o programa de desestatização. Sabemos que um projeto de iniciativa popular se encontra em curso no Congresso para revogar a chamada lei que regula o projeto nacional de desestatização. E o argumento apresentado é de que a privatização, nos moldes em que está sendo efetuada no país, com base na legislação já existente, está provocando irregulares vantagens a determinados grupos, o que demonstra que dentro da própria privatização - que o Direito Administrativo está procurando regular, a fim de que os princípios rígidos da moralidade, da transparência, da publicidade, da legalidade, não sejam violados -, há forte suspeita de uma classe, embora não jurídica e devidamente autorizada para tal o fazer, mas de qualquer

http://bdjur.stj.gov.br

maneira já há uma suspeita instalada sobre o processo que se desenvolve.

Penso que também é um tema que deve ser tratado pelo Direito Administrativo, porque, como há pouco acabei de afirmar, em face da flexibilidade dos conceitos de Direito Administrativo, as suas portas, hoje, devem ser abertas para não ficar tratando, através de regras, de caminhos rigorosamente bitolados, tão-somente aqueles aspectos que envolvem diretamente a relação do jurisdicionado, do administrado com o Estado, mas também devendo circular por todas aquelas outras relações que ficam a *lateralis* mas que, por um caminho ou outro, podem conduzir ao não-cumprimento dos seus princípios.

A respeito da privatização, estabeleci algumas idéias que denominei de generalidades e condições para sua efetividade e disse o seguinte:

> a filosofia intervencionista adotada pelo Estado no concernente às atividades públicas o levou a açambarcar a quase totalidade do fornecimento e da administração dos serviços necessários a atender aos reclamos da população, como os de saúde, energia, água, esgoto, telefonia, entre tantos outros. Essa atividade estatal agigantou-se de tal modo que, em decorrência da incapacidade de ser bem administrada tal expansão, começou a enfrentar dificuldades para continuar a ser exercida de modo que atingisse a finalidade de alcançar o bem comum. O Estado, no desempenho desses serviços públicos, vê-se envolvido por tantas falhas organizacionais que impedem o alcance de seus objetivos com eficiência.

Em síntese, os serviços são prestados a um alto custo, apresentando-se com baixa qualidade e difícil acesso para as classes sociais de menor capacidade econômica ou financeira. A constatação desses fatos pelo Estado fez gerar nele próprio uma inversão da política intervencionista até então adotada, pelo que começou a chamar a iniciativa privada para assumir serviços e a explorar determinadas atividades que estavam a seu cargo, algumas de forma monopolizada,

http://bdjur.stj.gov.br

outras não. Surgiram assim novos tipos de negócio jurídico entre o Estado e o setor privado, exigindo, conseqüentemente, do Direito Administrativo a adoção de leis para regulá-los. Essas novas relações jurídicas apresentam-se sob a forma de concessão de serviço público e de privatização, a exigir uma redefinição das funções governamentais e uma revisão das responsabilidades das pessoas jurídicas de Direito Privado, que passaram a assumir os encargos da prestação do serviço público.

Penso que temos de rever e lançar idéias para o leque da responsabilidade das pessoas de Direito Privado, quando, ou por concessão, ou mesmo por privatização de serviços públicos, provocam danos ao cidadão. Impressionam-me sobremodo essas mudanças que estão ocorrendo, e temo, por que não dizer - uma timidez que tem tão-somente a preocupação de fazer com que as regras a serem aprovadas se tornem cada vez mais estáveis e mais produzíveis e atinjam diretamente os fatores que necessitam atingir-, que a privatização enfrente dificuldades até então não previstas pelos planejadores e pelos programas até agora instalados. Cito um exemplo bem marcante e que está chocando toda a nação brasileira, que está nos envergonhando da afirmação de ser cidadão brasileiro, perante as nações vizinhas e as nações distantes, o que acabou de ocorrer na cidade do Rio de Janeiro, quando 96 homens de terceira idade, em menos de dois meses, são levados à morte em decorrência do efeito de uma privatização da saúde, em decorrência de um serviço público que até hoje é cobrado como sendo da responsabilidade do Estado, mas que foi transferido para uma clínica particular que recebe subvenções estatais para exercer aquele serviço de proteção à saúde, e cujo resultado foi o que estamos testemunhando, talvez uma vergonha muito maior do que a do Caruaru e a do Estado do Pará. Tudo isso a demonstrar que o Direito Administrativo necessita pensar com muito cuidado e com regras muito mais rígidas como que sejam vigilantes e profetas do que possa ocorrer em decorrência da privatização. Sabemos da profunda ineficiência do serviço público em

http://bdjur.stj.gov.br

nosso país, mas sabemos também que não temos ainda uma cultura privatística para realização do serviço público. Então, antes do desenvolvimento dos programas de privatização, penso que há necessidade de se efetuar uma pregação, por todo este país, de mudança de mentalidade, para que os efeitos da privatização, repito, vão ao encontro do cidadão e não ao encontro de interesses particulares, como o que foi verificado no episódio da clínica Santa Genoveva.

Volto ao nosso tema devidamente sistematizado. O serviço público no País e, em regra, em outros países, tem passado por quatro fases; a primeira fase é a caracterizada por serviços públicos concedidos a empresas privadas estrangeiras, especialmente no País. A segunda fase caracterizou-se pelos serviços públicos administrados diretamente pelo Estado. A terceira fase, serviços públicos concedidos a empresas públicas. E a quarta fase, agora, que estamos começando a viver, que se apresenta num futuro bem próximo e que ainda não concluímos o primeiro ciclo, é a concessão de serviços públicos à iniciativa privada nacional ou estrangeira. O Brasil está começando a viver esta fase depois de 40 anos de início na Europa, especialmente na Espanha e na França. Como sempre ocorre, as entidades de Direito no Brasil sempre chegam com atraso de um quarto de século. Mas essas inovações chegam, e isso já dá um grande contentamento para nós, brasileiros. Sabemos que desde 1950 a concessão de serviços públicos na Europa é uma realidade e com profundo êxito, embora êxito relativo. Vamos observar o que está ocorrendo desde 1988, na França, o chamado “fenômeno das auto-estradas” - as estradas bem conservadas e prestando um serviço de utilização muito bom, até ao nível de ótimo, aos usuários. Não obstante, uma pequena crise se apresenta, isso para demonstrar aos senhores como é complexo esse programa da privatização. É que há pouco, em 1988, a França teve necessidade de comprar determinadas empresas privadas que estavam explorando auto-estradas, porque não estavam mais com capacidade financeira nem patrimonial para prestar os serviços com eficiência ao

http://bdjur.stj.gov.br

público. Vejam os senhores que depois de 40 anos de êxito algumas dificuldades se apresentam e necessitam ser corrigidas, voltando a intervenção do Estado para a eficiência do serviço público. A Espanha desenvolveu, de 1970 a 1981, um largo programa de liberação de auto-estradas, e a partir de 1982/86 aperfeiçoou esse programa, com auto-estradas eficientes.

A privatização no campo dos Estados americanos, podemos observar alguns registros históricos como os da Argentina e do México. Na Argentina, em 1990, foi iniciado um largo programa de privatização, um programa ambicioso; em três anos a Argentina vendeu 33 empresas, concedeu 19 serviços, fez 86 contratos petroleiros em regime de parceria. É cedo ainda para analisar o êxito da execução desses programas, porque estamos apenas há seis anos de uma nova modalidade de prestação de serviços públicos. O México estabeleceu programas divididos em seis itens, por exemplo, o Programa Nacional de Rodovias e Pontes concessionárias, o Programa Nacional das Águas, o Programa de Geração de Energia Elétrica, o Programa de Aeroportos e Serviços Auxiliares, o Programa de Postos Nacionais e o Programa Nacional de Solidariedade. Esses programas estão também sendo avaliados não somente no âmbito jurídico, mas também no âmbito econômico e financeiro, especialmente no âmbito social. Especialmente no âmbito jurídico, pela exigência de mutabilidade das normas, exigência que é feita para que esses programas permaneçam sob absoluto console da legalidade. Dentro desse campo de Privatização no México, de 1990 para cá, 3500 km de rodovias já foram entregues a empresas concessionárias.

Como propaganda da privatização, esses números impressionam e podem levar até os menos avisados que a privatização seja um programa de absoluto êxito e que deverá ser seguido por todos os países. Ocorre que o aprofundamento, a análise dos efeitos da privatização e do resultado que está produzindo para o cidadão, tem sido

http://bdjur.stj.gov.br

uma grande preocupação muito mais dos juristas que dos próprios economistas e administradores, especialmente dos juristas do Direito Administrativo, impressionados com a necessidade de o Estado cada vez mais deixar de ser Estado para dentro e se tornar Estado para fora, quer dizer, deixar de ser Estado para o “rei” e se tornar Estado para o cidadão. Têm de ser estabelecidas algumas diferenças de ordem doutrinária e de ordem legal no momento atual em que se pensa sobre privatização, concessão. Há uma tendência muito normal no Direito Administrativo na atualidade, de confundirmos a entidade privatização com a concessão ou com a permissão. Alguns autores estabelecem algumas diferenças e com base nos estudos desses autores fiz aqui uma pequena síntese que denominei “características e diferenças entre a privatização e concessão pública”. Por exemplo, o tempo não permite que desenvolvamos um debate mais aprofundado a respeito de tais diferenças, apenas irei citá-las em ordem sintética como que esteja anunciando notícias no “Jornal Nacional”, apenas jogando as idéias para que se espalhem e sejam colhidas por quem deseje colhê-las e sejam criticadas por quem tem a obrigação de criticá-las, como é a obrigação daqueles que fazem o Direito Administrativo, porque a crítica a essas idéias levará ao aperfeiçoamento. Na privatização, o patrimônio físico tem sua posse de propriedade transferida à iniciativa privada; na concessão, o poder concedente permanece titular dos ativos físicos e operacionais. Na privatização, a entrada da iniciativa dá-se em leilões de venda de ações e o capital privado adquire ativos já formados, portanto o capital privado compra o passado do bem, compra o já existente. E é com base naquele já existente, naquele passado, que ele vai desenvolver suas atividades e buscar conseqüentemente o lucro; na concessão, faz-se obrigatório o instituto da licitação pública, e a participação da iniciativa privada é comprometida com investimentos em implantação de equipamentos de infra-estrutura, ora em sua recapacitação. Então, o que temos? A empresa privada investe para o futuro, a empresa privada não fica com o

http://bdjur.stj.gov.br

patrimônio passado, a empresa privada planeja um investimento para o futuro e é com base nesse investimento para o futuro que a empresa privada vai tentar estabelecer a sua margem de lucro.

Aqui já temos alguns problemas que envolvem uma das grandes críticas feita atualmente à privatização, que é a sua realização através da venda em leilão de ações, onde se afirma que o princípio da transparência não está rigorosamente obedecido, não obstante um cronograma, feito pelo BNDES, afirmar que são necessários 292 dias, no mínimo, para se consumar um projeto de privatização, a defender a transparência. Mas penso que os aspectos burocráticos que se desenvolvem nesses 292 dias em média para preparação ao termo final de uma privatização, prejudicam o chamado princípio da transparência do Direito Administrativo, pela possibilidade de ocorrerem caminhos a ser perseguidos de modo obscuro por interesses escusos. Advoga-se que um novo sistema, um sistema de licitação especial mais transparente, seja aplicado para a privatização.

Outra diferença: a ingerência do Estado restringe-se a regulamentações gerais de mercado na privatização, portanto no mesmo nível das demais atividades privadas da economia. O Estado afeto à privatização fica com base no art. 174 da Constituição Federal, apenas estabelecendo regras determinantes para o setor privado, sem natureza obrigatória, enquanto na concessão o poder público mantém total e permanente envolvimento regulamentar sobre o objeto da concessão, fiscalizando, acompanhando a qualidade de serviços e redefinindo eventuais alterações tarifárias, ou seja, vinculando a performance operacional e econômica da empresa privada à ação governamental.

Na privatização, as transferências de ativo têm caráter de irreversibilidade, transferindo o patrimônio, ou o ativo do patrimônio - é interessante observar que não podemos falar em patrimônio porque o

http://bdjur.stj.gov.br

patrimônio é o conjunto do ativo e passivo, então só podemos falar em ativo, só podemos falar na transferência da parte boa do patrimônio. A parte má do patrimônio não é transferida na privatização, outra crítica que está sendo feita especialmente pelos estudiosos do Direito Administrativo. Porque está a se defender que o Estado, ao privatizar uma empresa pública, uma sociedade de economia mista, deverá privatizar tanto a parte ativa como a parte passiva, não somente a parte ativa, e ficando com a responsabilidade da parte passiva. De outro lado os defensores da iniciativa privada afirmam que se assim for não haverá atrativo para as empresas privadas; as empresas privadas não irão participar porque não irão ficar para o ativo. Mas chamo a atenção dos senhores que quando à empresa privada compra uma outra empresa privada, em regra essa compra se dá de todo o patrimônio: a empresa privada, em regra, assume também o passivo da outra empresa, da empresa vendedora. A empresa compradora assume o patrimônio total, ativo e passivo, direitos e obrigações da empresa vendedora.

E por que no serviço público brasileiro a privatização está sendo feita somente pela metade? Está sendo privatizada somente a parte-boa, a parte ruim continua a ficar com o Estado. Ainda da concessão: é obrigatória a reversão do patrimônio ao Estado após a conclusão do período do contrato de concessão, em regra entre 15 e 30 anos. Na privatização, a empresa privada busca a taxa de rentabilidade sobre o capital aplicado; na concessão, busca taxa de retorno, busca a remuneração do capital como sua recuperação integral. Na privatização a empresa luta para conservar o capital e sobre aquele capital ter á remuneração que entende devida. Na concessão se busca não somente a remuneração do capital empregado, mas recompor todo aquele capital porque o fenômeno da irreversibilidade do patrimônio não ocorrerá. E por fim, na privatização a empresa tem acesso direto à receita pelo serviço prestado, é a dona da receita, exerce controle absoluto sobre a receita. Na concessão, em alguns casos não é delegado à empresa privada

http://bdjur.stj.gov.br

concessionária o poder de acesso direto à receita pelo serviço prestado, a exemplificar, aquela taxa que vem junto com o IPTU pela arrecadação do lixo, cobrada muitas vezes pela Prefeitura e depois repassada para a empresa concessionária.

Dentro dessas preocupações, dessas meditações, dentro até dessas complexidades que estão envolvendo a entidade privatização no Direito Administrativo, não podemos deixar de reconhecer que o momento atual se apresenta como cenário favorável à privatização. Já que esse cenário é favorável por aqueles motivos antes determinados, pela impossibilidade do Estado em continuar a prestar um bom serviço público, há de se trabalhar no campo do Direito Administrativo, especialmente, com o estabelecimento de regras, que esse cenário favorável alcance o seu clímax de modo seguro para o cidadão e especialmente resguardando o patrimônio estatal. Então há necessidade de algumas condições prévias a serem defendidas, para ser iniciado então o processo de privatização. Um outro fenômeno que o Direito Administrativo tem que enfrentar, antes de o negócio jurídico começar a se desenvolver, começar a ser discutido, a ter as suas regras definidas, é o das partes também cumprirem determinadas condições prévias. Alguns afirmam que não há necessidade dessas condições prévias, bastando que as regras para a implantação definitiva do negócio jurídico sejam bem firmadas. Mas infelizmente estamos vivendo em um país em que a crise da moralidade pública está exigindo que o Direito passe por determinadas fases até então não pensadas, que estabeleça regras que impeçam, de um modo ou de outro, a violação à moralidade pública. Então uma parte da doutrina está pregando, por exemplo, que sejam estabelecidas para o processo de privatização as seguintes condições prévias: 1ª) adoção de um ambiente econômico propício à propriedade e aos investimentos privados. Que haja uma mudança - que ainda não cheguei a pensar como - de abrir um leque para uma proteção maior à propriedade privada, desde que ela esteja vinculada - a meu pensar - a um processo de privatização; 2ª) uma

http://bdjur.stj.gov.br

reestruturação do sistema tributário, não é a reforma do Direito Tributário, que está sendo efetuada, não é essa reforma tão querida e tão pensada pela Nação e tão exigida por todos nós, advogados, por nós, juízes, por nós, procuradores, e por nós, sociedade. Segundo a última publicação da revista Exame, a arrecadação tributária do Brasil me parece que chegou a 28% do produto interno bruto no mês de maio de 1996. E quanto mais cresce a arrecadação tributária do País em termos percentuais em relação ao produto interno bruto, mais cresce a ineficiência do Poder público na prestação de serviços públicos. Porque se o crescimento fosse na mesma ordem de utilidade de serviço público, talvez merecesse um silêncio, ou talvez merecesse até um aplauso para o crescimento dessa carga tributária em relação ao produto interno bruto. Mas o que se prega é uma reestruturação do sistema tributário que atinja especificamente o negócio administrativo chamado “privatização”, a fim de que haja regras que facilitem esse processo de transformação da prestação de serviço público por meio do Estado, pela iniciativa privada.

A respeito dessas modificações, especialmente nesses dois campos, há muito que se pensar, e penso que da responsabilidade do Direito Administrativo, em um casamento bem perfeito com o Direito Tributário. Embora o Direito Administrativo sempre ande unido ao Direito Tributário, esta união agora é daquele tipo indissolúvel, sem possibilidade de em nenhum momento haver qualquer divórcio. É um casamento onde o “amor” esteja bem presente para que as soluções sejam eficientes para os fins desejados.

O tempo está sendo inimigo de proporcionar a alegria de continuar a expor as minhas idéias, o tempo que nos proporcionou há pouco tantas emoções, o tempo que há pouco mostrou que um grupo denominado “A Voz do Silêncio” falasse por si só muito mais do que se apregoou através de anos a respeito da cidadania. É o que presenciamos aqui, e as lágrimas me vieram aos olhos com a demonstração de

http://bdjur.stj.gov.br

cidadania daqueles jovens, e fez com que pensássemos imensamente, se nós, especialmente nós, homens voltados para o Direito Público, embora estejamos muito a falar sobre Direito Público, ainda continuamos em silêncio? Será que estamos com timidez, meu caro prof. Caio Tácito? Será que no final do Século XX, nós que nos preocupamos com o Direito Público, será que não estejamos ainda talvez recebendo uma coerção do Direito Privado? Será que estamos sentindo ainda medo do Estado? Será que aquela coerção estatal esteja lá dentro do nosso espírito, meu caro prof. Brito? Será que ainda não nos desligamos da força, da impressão que o delegado de polícia, com seu chicote, deixou na nossa infância? Será que o nosso consciente, o nosso subconsciente está trazendo aquela força para dentro de nós e continuamos em silêncio? Continuamos a escrever timidamente, continuamos a falar timidamente do campo do Direito Administrativo? Será que já sabemos, que aprendemos que o Direito Administrativo é o regulador das atividades administrativas do Estado, especificamente aquelas relações com o cidadão? E sabemos que o Estado não está agindo bem e que estamos temendo oferecer determinadas propostas? Será que nós, especialmente no Estado brasileiro, estamos deixando ao largo, estamos deixando à margem, estamos pensando que, por exemplo, as despesas da União Federal evoluíram, estão a 17,8% do PIB em 1995? Isso é assunto tão-somente do Direito Orçamentário? É tão-somente questão financeira e não é uma questão de Direito Administrativo? Será que não é possível a criação de regras dentro do Direito Administrativo, para dessa forma impor maiores responsabilidades aos nossos dirigentes? Será que não tenhamos mecanismos para fazer com que esses números alarmantes não se produzam? Será que vamos continuar a aceitar, calados, surdos, silenciosos, uma dívida pública de 128 bilhões de reais, no ano de 1996? Será que isso não é tema de cidadania? Meu caro prof. Baracho, no seu hino à cidadania, especialmente no campo do acesso à Justiça, será que isso não é tema também da cidadania a ser atacado pelo Direito? Para se

http://bdjur.stj.gov.br

criar normas, para se impedir que o administrador público alcance uma dívida de 128 bilhões de reais, e que queira resolver isso com um programa de privatização? O Marcos Cintra, que sabemos especialista em privatização, engenheiro e ao mesmo tempo advogado, fez uma denúncia muito alarmante, que tudo que foi arrecadado até agora em privatização não dá para pagar um mês de juros da nossa dívida pública. Não posso conferir tais números, mas creio na afirmação de Marcos Cintra. Será que não podemos, se estivermos conscientes de que a privatização é uma solução para melhor entrega do serviço público ao cidadão? Se estivermos conscientes, não teremos meios de propor que ela seja acelerada? Vejam os senhores que a privatização no País tem passado por fases cíclicas, onde alcança, em determinados momentos, um apogeu, desde 1980; começou no governo João Figueiredo e passa por um declínio. Vejam os números: no governo Collor, 91/92,15 empresas foram privatizadas, arrecadou-se 4 bilhões e 76 milhões de dólares; no governo Itamar, 92/94, 18 empresas foram privatizadas, arrecadou-se 4 bilhões, 134 milhões de dólares; no governo Fernando Henrique Cardoso, até agora apenas cinco empresas foram privatizadas, a arrecadação só chega à 910 milhões de dólares. Dá um total apenas de nove bilhões e cento e vinte milhões de dólares até agora, do período Collor ao período Fernando Henrique Cardoso. No período Figueiredo e no período Sarney, os números são Insignificantes não têm estatura de representação para o nosso estudo.

O Direito Administrativo vive este momento de profunda meditação e complexidade, e esta meditação e esta complexidade se agravam quando ele começa a procurar socorro em determinadas outras áreas científicas e vai verifica que, por exemplo, o nosso leão está nos levando 28,6% do PIB, e levou, no ano de 1994,28,6% de PIB. E que o desemprego no País, em fevereiro de 1996, alcançou, em percentual de população 5,7%. Multipliquem 160 milhões de habitantes pelo percentual de 5,7% e verifiquem a que nível chegou o desemprego no País.

http://bdjur.stj.gov.br

Outro dado que tem que impressionar o Direito Administrativo pelo momento que estamos vivendo, porque são dados surgidos em conseqüência da má administração do Estado, que o Estado provocou - não foi a iniciativa privadas que provocou, não foi o homem, na sua atividade isolada, na sua atividade comum, que provocou; foi o Estado, na condução dessa atividade privada -: no Estado de São Paulo, em janeiro de 1996, foram protestados 26.840 títulos; já no mês de março, 29.442 títulos foram protestados. Pior ainda, a inadimplência dos consumidores, em todo o Brasil, em janeiro de 1994 foi de, em números de cheques sem fundos, 489.588 cheques sem fundos emitidos; ocorre que em março de 95, um ano após, 1.082.842 cheques sem fundos emitidos. Esses números têm uma grande responsabilidade, pela sua existência, do Estado. Sei que nesse campo da emissão de cheques sem fundos tem que se tirar o percentual da ausência da conduta ética pelo emitente, ética no negócio jurídico, mas se fizermos uma pesquisa, vamos chegar ao resultado de que esse índice e muito pequeno e que o grande percentual foi provocado por essa atuação do Estado. E tudo isso quer se resolver de um minuto para outro, quer se resolver através do milagre da privatização Sei que temos a necessidade do Estado enxuto. Sei que queremos um Estado eficiente, um Estado capaz de prestar serviços de qualidade. Mas para isso o Direito Administrativo há de contribuir. Que os resultados só produzam efeito daqui a um século, pouco importa; o que precisamos é da tranqüilidade de que o nosso dever foi cumprido com o estabelecimento da mensagem.

Temos que rever uma série de entidades, temos que nos envolver com a criatividade, criatividade esta que deve sempre estar pousada no pensamento voltado para o cidadão. Porque enquanto o Século XVIII e o Século XIX foram séculos da agricultura, os séculos da defesa dos direitos fundamentais do homem, o Século XX é o século da tecnologia. Temos absoluta certeza de que o final do Século XX e o início do Século XXI, especialmente, são séculos da cidadania. Porque se o

http://bdjur.stj.gov.br

homem, propriamente dito, em companhia do Estado não se voltarem para o cidadão, essa entidade que ainda nos sustenta, que é o Estado, cairá, e no momento em que cair o caos será introduzido. Que o Estado seja diminuído, que o Estado se torne eficiente, que o Estado mesmo diminuído e eficiente seja um mal, mas um mal necessário. Lembro-me sempre de uma frase: “por pior que seja o Estado, ele é muito melhor do que se o Estado não existisse”. A minha lembrança vem daquela frase tão conhecida: “"por pior que seja a democracia, ela é melhor do que qualquer um outro regime”. Prefiro a pior das democracias do que a melhor das ditaduras. Prefiro um Estado pequeno mas que seja eficiente, mas que seja um Estado do cidadão.

Agradeço aos senhores, embora triste por não ter podido expor outras idéias que aqui alinhei. Mas não posso deixar de agradecer, sem fazer as minhas preces a Deus, pela bondade com que Ele vem sempre distinguindo a minha pessoa. E especialmente não só pela família, pelos filhos que tenho, pelas netas que Ele me deu, mas especialmente pelos amigos que Ele tem me dado, amigos que, na sua expressão maior, estão hoje aqui representados por Cerdônio Quadros. Você, Cerdônio, com a homenagem que me prestou, não somente você, como toda a equipe da NDJ, onde tem toda a sua família presente, seus amigos mais íntimos, conduzindo essa homenagem que me foi prestada pela minha chegada ao STJ, foi daquele tipo de homenagem que vai lá dentro do coração e que faz com que as coronárias se estreitem e que se volte para aquela crônica de Rubem Braga, muito antiga, que dizia “meu coração sentiu lá de dentro”; não foram os músculos que sentiram, não foi o sangue que sentiu; foi a emoção, a emoção verdadeira que fez o meu coração palpitar. E palpitou muito mais quando você termina de homenagear com a inocência de um beijo, que bem simboliza aquilo que você prega em todo este Brasil: a paz, a solidariedade, o amor ao Direito e, muito mais que isso, Cerdônio, a homenagem que você presta ao cidadão brasileiro.

http://bdjur.stj.gov.br

Muito obrigado aos senhores.

http://bdjur.stj.gov.br