

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 127

julho/setembro – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Neoliberalismo e desadministrativização

GLADSTON MAMEDE

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O Direito Administrativo e a estrutura de Estado.* 3. *Administrativização no Brasil.* 4. *O interesse público.* 5. *O Direito Administrativo e as atividades desadministrativizadas.* 6. *Conclusão.*

1. *Introdução*

Muitos dos países da América Latina, neste final de século XX, abandonaram políticas estatizadoras, reservas de mercado e discursos nacionalistas para adotarem os caminhos definidos e defendidos pelo denominado neoliberalismo. Sá Costa, após advertir que “a expressão *neoliberalismo* é um eufemismo muito gracioso que designa o que há de mais ortodoxo neste antigo conjunto de idéias construído a partir do grande John Locke” (1995: 6), afirma, com propriedade, que “vivemos um período de indisfarçável fascínio pelo canto dos liberais. Progresso, desenvolvimento, felicidade, consumo (o sacrossanto consumo), inflação controlada, a vida planejada a longo prazo, enfim, estamos no empíreo. Caronte não mais conduz nossa barca do destino, nos sublimamos, tudo graças aos miraculosos efeitos do mercado. Como, e com que coragem, um espírito maldoso poderia levantar sua voz contra tal estado de coisas?” (*idem*: 6).

A opção neoliberal, não obstante este inconfundível fascínio que provoca em muitos, tem provocado um debate acirrado entre seus simpatizantes e seus opositores, numa disputa que ocupa palanques, tribunas, além dos meios de comunicação. O próprio Sá Costa põe-se, confortavelmente, no rol dos opositores, asseverando que “a livre interação de atitudes ego-

istas pode gerar um progresso para o país, mas, será esse processo real? Qual o preço a ser pago por ele?" (*idem*: 6).

Neste trabalho, pretendo tomar parte neste debate, refletindo sobre a opção neoliberal; desejo, especificamente, apontar e analisar um de seus subprodutos jurídicos, ao qual denominei "desadministrativização" e que, creio, merece a consideração de administradores públicos, legisladores, estudiosos do Direito e, sobretudo, da sociedade civil.

2. O Direito Administrativo e a estrutura de Estado

Contextualizando o surgimento de normas jus-administrativas e de sua disciplina de estudo, leciona Caetano: ao passo que "as idéias fundamentais do Direito Privado que no continente europeu chegaram ao século XX foram elaboradas pelos juristas romanos", [...] o Direito Administrativo surge como sistema de doutrina apenas nos alvares do século XIX." (1989: 19). É, sem dúvida, uma forma *nova* de regulamentação jurídica, que surge com uma tendência bem recente do Direito que Aguiar denomina "autolimitação do Estado" (1984: 40), empregando-a para referir-se a certa qualidade de normas constitucionais (sua validade, contudo, atinge outros ramos do Direito considerado público, entre os quais a disciplina administrativa, certo que, como afirma Caetano, "o Direito Administrativo está intimamente ligado à Constituição Política de cada país" (1989: 23).

A gênese do Direito Administrativo é, como se verá a seguir, um dos subprodutos da evolução política experimentada por muitas sociedades ocidentais nos últimos séculos, com alterações em diversos campos do fenômeno político-jurídico, permitindo disciplinar-se os mecanismos de funcionamento da máquina de Estado¹ e o relacionamento desta com os administrados. Esta autolimitação do poder de Estado, aliada a sistemas eleitorais que procuram determinar certa re-

presentatividade política, é saudada como democracia, não obstante se verifique que todo o sistema legislado, bem como efetivado, possui "n" elementos que afastam da sociedade civil a verdadeira possibilidade de "participação de Estado". Como já o disse, o regime participativo "requer um perfil de formação dos cidadãos, hábil a tornar efetivamente democrática a existência do Estado (para participar, é necessário que se tenham condições de compreender as condições políticas postas em jogo e, conscientemente, optar)" (1995: 96).

Ainda assim, não se pode deixar de reconhecer que uma das grandes contribuições das normas administrativas é a definição dos "parâmetros que o poder estatal estabelece para si mesmo" (Aguiar, 1984: 40), mérito que conunga com outras normas, mormente as constitucionais. O contraste pode ser verificado em Meirelles, ao indicar o absolutismo como o ambiente histórico que sucede o surgimento do Direito Administrativo, tempo em que "dominava a vontade onipotente do Monarca, cristalizada na máxima romana *quod principi placuit legis habet vigorem* e subsequentemente na expressão egocentrista de Luís XIV: *L'État c'est moi*." (1991: 35) Em oposição a este poder extremado, o Direito Administrativo surge no contexto da Revolução Francesa, ainda segundo Meirelles (*idem*: 35). Aliás, é inegável o débito do pensamento ocidental para com a produção intelectual, nesta destacadas as idéias políticas, para com o iluminismo francês (pré-revolucionário, revolucionário e, até mesmo, pós-revolucionário).

Ao menos em tese, a existência do Direito Administrativo, esse conjunto de normas que encerram modelos comportamentais dirigidos à redução do arbítrio indiscriminado na administração da sociedade ou, como posto anteriormente, normas que traduzem uma autolimitação do poder de Estado e regulamentação dos procedimentos que devem ser respeitados por seus agentes, assinala uma evolução social: evitar-se que a estrutura de Estado seja utilizada para beneficiamento daqueles que a controlam, em desproveito dos interesses da coletividade. Na vigência do sistema jus-administrativo, "os fins da Administração se consubstanciam na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros" e que, por conseguinte, "o ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade" (*idem*: 77).

¹ Como procurei demonstrar em *Semiologia e Direito*, é possível compreender o termo "Estado" como um adjetivo, "referindo-se a uma característica específica com que a cultura, em sua evolução histórica, revestiu determinados aspectos políticos da vida social humana. Esta característica pode ser conceituada como um valor institucional dado a determinados tipos de organização, e mais, a mecanismos protetores de uma certa forma em que a sociedade deve se estruturar. Esta estrutura social resultante e todos os instrumentos que a asseguram revestem-se de uma completa significação específica (significam "Estado")" (1995: 87).

Disse "ao menos em tese" certo que este conjunto de normas destinadas a disciplinar os atos de Estado, estabelecendo-lhes limites específicos (demandando lisura, publicidade, legalidade etc.), possui existência apenas na potencialidade da previsão normativa, vale dizer, carece de efetivação, quer pelo cumprimento voluntário por seus sujeitos passivos diretos (os agentes de Estado), quer pela aplicação das sanções previstas para o descumprimento pelos órgãos jurisdicionais competentes (cf. MAMEDE, 1995: 134 e ss.). Não obstante, trata-se, por mínimo, de uma promessa de evolução da sociedade: considerar – em certos limites – a coletividade como alvo privilegiado em relação à individualidade, sendo de estranhar que o sistema jurídico brasileiro imponha tantas dificuldades para que o cidadão, substituindo eventuais órgãos fiscalizadores inertes, provoque o Poder Judiciário para manifestar-se sobre qualquer lesão ao Direito Administrativo. Tal como posto em nossa legislação, essa – efetiva – participação de Estado é praticamente impossível de ser exercida: o ordenamento jurídico brasileiro cria, assim, uma *cidadania parcial*, na medida em que retira do cidadão o poder de agir para a preservação dos interesses sociais (depois de já ter retirado, da grande maioria da população, o poder de compreensão, não lhe fornecendo condições para uma formação educacional, minimamente satisfatória que fosse). A isto acresça-se uma exegese judicial que dificulta ainda mais o exercício da cidadania: o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, erige todas as dificuldades possíveis para o exercício das ações diretas de inconstitucionalidade², fugindo ao exercício de suas funções constitucionais a

²Na ADIn 1.234-7 (rel. Min. Ilmar Galvão), como já se houvera feito na ADIn 894-3 (rel. Min. Néri da Silveira), considerou-se a União Nacional dos Estudantes (UNE) parte ilegítima "para acionar o controle abstrato de constitucionalidade, tendo em vista que não se enquadra como entidade de classe de âmbito nacional, na interpretação que tem sido conferida à segunda parte do inciso IX do artigo 103 da Carta da República" (DJU de 10 mar. 95, p. 4.898). Ressalvando os votos vencidos dos ministros Francisco Rezek, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, tal interpretação concretiza uma fuga de nossa sobreeminente Corte de suas obrigações para com a sociedade brasileira, o que, em minha opinião, constitui um absurdo inominável. Aquela Corte, contudo, tem reiterado comportamentos que merecem a crítica da sociedade brasileira, como quando declarou a inconstitucionalidade da cobrança do empréstimo compulsório sobre a aquisição de gasolina ou álcool, instituída no ano de 1986 (Lei nº 2.288), apenas em 1º de dezembro de 1994.

partir de exegeses que limitam as garantias constitucionais.

Aquelas peculiaridades caracterizadoras do Direito Administrativo, entretanto, não são, por si só, um obstáculo às propostas neoliberais. Afinal, defensores do neoliberalismo defendem uma sensível redução das dimensões alcançadas pelo aparelho de Estado e por suas atividades, com o que se terá, conseqüentemente, uma redução de sua influência sobre a sociedade. Ora, se o grande mérito do Direito Administrativo é a regulamentação do poder de Estado, impedindo a manipulação para atender a interesses individuais ou para lesar interesses de cidadãos³, se forem passadas partes de suas atividades para a iniciativa privada, não há risco de mau uso da estrutura de Estado. Com efeito, o empreendedor privado que se incumba de determinada atividade não estabelece relações de comando, vale dizer, "relações verticais", termo que procura traduzir à superioridade que o aparelho de Estado possui quando da manifestação de uma "vontade de Estado". O argumento é bem simples: não se faria necessário um controle jus-administrativo quando uma atividade é privatizada ou transferida (concessão) ao empreendedor privado, situações em que ficariam resguardados tanto os bens quanto os recursos públicos: a iniciativa privada, ao assumir o controle de empresas e/ou atividades antes sob o controle e a responsabilidade estatal, passa a investir capital próprio.

Outro argumento relevante já foi expressado neste texto: toda norma jurídica define apenas "modelos hipotéticos de comportamentos (e de situações) devidas", como já tive ocasião de examinar (1995: 86), ou, como define Vasconcelos, "a norma é pura e simplesmente previsão" (1986: 5). Assim, a evolução do Direito Administrativo não significa que comportamentos antinormativos não irão se concretizar. Da mesma forma, como cedo, se à má utilização de bens e recursos públicos não se fizer corresponder processo judicial para apenar os agentes de Estado responsáveis, de nada serviria toda a evolução desse ramo do Direito.

E, finalmente, não se pode olvidar que os defensores do neoliberalismo ainda possuem "n" outros argumentos relevantes, como o mau de-

³Havendo que destacar, na defesa de tais interesses, diplomas como as Leis nºs 4.898/65 e 8.429/92 que, como ensina Mello, licenciam qualquer pessoa a "suscitar o controle da Administração para que seja sancionado o agente que haja incidido em 'abuso de autoridade'" (1994: 109).

sempenho das empresas estatais, sua utilização para atender interesses corporativos, a necessidade de se reduzir o tamanho da máquina do Estado (cujo gigantismo impede seu bom e perfeito funcionamento) e retira do país a capacidade de se inserir na economia global deste fim de século XX a necessidade de se destinar verbas públicas para determinados fins prioritários que não aquelas atividades a serem entregues à iniciativa privada, a ausência de recursos públicos suficientes para corresponder às necessidades de investimentos nos mais variados setores, demandando parceria com os setores privados etc. É neste sentido, aliás, que se manifesta Wald: "a modernização da economia brasileira e a retomada do desenvolvimento pressupõem que a política de concessões e de privatizações, já agora complementada pelo projeto de ajuste fiscal, seja efetivamente implementada" (1994: 1).

3. Administrativização no Brasil

Como, por definição, as normas jus-administrativas relacionam-se com os "atos de Administração Pública", concretizados por agentes de Estado devidamente investidos em órgãos da máquina estatal, será necessário concluir que quanto mais se dilarga a estrutura de Estado, maior é a "administrativização" da vida social e, principalmente, econômica. Digo administrativização no sentido de que a atividade trazida para o âmbito de Estado passa a reger-se pelas normas do Direito Administrativo: só pode consubstanciar-se pelas formas e para os fins definidos em lei; sua iniciativa deve ser fundamentada (requisito não contemplado por alguns autores) e de conhecimento público; algumas não podem ser renunciadas, por representarem um dever, mais que um poder de Estado.

O Brasil, não obstante a vasta literatura jornalística sobre escândalos na Administração Pública, possui uma vasta parte de sua economia administrativizada, quero dizer, submetida às normas jus-administrativas; afinal, é inegável que possuímos uma "tradição estatizadora" e, portanto, diversas áreas e atividades econômicas foram trazidas para dentro da máquina de Estado. Nosso gigantismo administrativo (ao qual sempre corresponderam "n" procedimentos burocratizados) remontam ao Segundo Império, quando uma política empreguista já se fazia notar. A Proclamação da República não significou, em instante algum, uma reversão nesta tendência: a extensa malha dos tantos órgãos de Estado, e seus milhões de funcioná-

rios públicos (muitos dos quais contratados em função de clientelismos políticos), motivou a enunciação do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal⁴.

Para além do gigantismo da estrutura orgânica do aparelho de Estado, nossa "tradição estatizadora" sobre a economia também remonta ao 2º Império (quando fez do Barão de Mauá uma vítima de um liberalismo excessivamente precoce para o país). Entretanto, foi na República que o esforço estatizante manifestou-se com mais veemência, impulsionado por onda ufanista e nacionalista que, com o passar do tempo, foi tomando nitida configuração anti-americanista. Já nas primeiras décadas do século XX, movimentos nacionalistas voltavam-se, por exemplo, contra a exploração de ferrovias, portos, eletrificação e telefonia, entre outros empreendimentos, pelo norte-americano Percival Farquhar, ou contra a *holding Brazilian Traction* que "controlava bondes, luz, gás e energia em várias capitais brasileiras", como narra Moraes (1994: 82,98).

O recurso da estatização de determinadas áreas econômicas, a bem de uma política de proteção aos então considerados "interesses nacionais", foi sendo paulatinamente dilargado no Brasil, abrangendo ferrovias, portos, empresas de exploração de minérios, companhias de eletricidade e telefonia etc. Moraes, melhor do que ninguém, deixa-o patente: Epitácio Pessoa estatizou o porto de Rio Grande e as ferrovias da *Compagnie Auxiliaire des Chemins de Fer du Brésil. A Itabira Iron Ore*, depois de enfrentar óbices à sua plena instalação no país, foi transformada em Cia. Vale do Rio Doce durante a Segunda Grande Guerra; a Cia. Açoes Especiais Itabira, também de capital estrangeiro, teve seu controle acionário assumido pelo Banco do Brasil em 1952 (*idem*: 123,125). A justificar o temor nacionalista, basta uma referência feita por Moraes: todos estes empreendimentos pertenciam ao *quaker* norte-americano, aos quais se pode somar a *Rio de Janeiro Light & Power*, a Cia. Telefônica Brasileira, *Port of Pará* (proprietária do porto de Belém, além de várias estradas de ferro).

Neste ponto, faz-se necessário esclarecer que, ao contrário do que comumente se imagina, as interferências de Estado na economia, inclusive e principalmente assumindo atividades econômi-

⁴ E que, segundo denúncias publicadas pela imprensa, ainda não obteve plena eficácia jurídica, certo que muitos administradores públicos insistem em desrespeitá-lo.

cas (via de regra, por intermédio de entidades paraestatais), não foi um movimento exclusivamente brasileiro, como também o nacionalismo não o foi. Como afirma Eizirik, "a partir da 1ª Guerra Mundial, as Constituições dos diversos países passaram a conter preceitos disciplinando a intervenção estatal no domínio econômico, visando basicamente suprir as faltas da iniciativa privada e fornecer à sociedade determinados serviços que não eram suficientemente providos pelo sistema do livre mercado. [...] Após a 2ª Guerra Mundial, intensificou-se a atuação estatal no domínio econômico, seja visando à recuperação das economias nacionais abaladas pela guerra, seja aumentado (*sic!*) o número de serviços que passaram a ser atendidos pelo Estado, no movimento em direção ao chamado *Welfare State*" (1993: 66).

Os governos de Getúlio Vargas, mormente o 2º (ou seja, já no pós-guerra), constituíram um grande impulso na tendência estatizadora, concretizando uma política de investimentos de Estados que pretendiam assumir o lugar da iniciativa privada nas atividades econômicas de infraestrutura, como a siderurgia (Cia. Siderúrgica Nacional) e a exploração e beneficiamento de petróleo e derivados (Petrobrás). A máquina de Estado conservou-se agigantada durante os governos que seguiram ao seu suicídio e foi ainda mais dilatada durante os governos militares, fase em que o tenentismo, finalmente, alcançou o poder político brasileiro e pôde exercitar sua intransigência, seu ufanismo etc, chamando para a estrutura de Estado mais atividades infra-estruturais ou aquelas que considerava "estratégicas".

Somente com a Constituição Federal de 1988, procurou-se criar condições para a redução desta "atuação empresarial" de Estado. É esta, aliás, a constatação de Eizirik, para quem "a Constituição anterior, em seu art. 170, § 1º, estabelecia um regime de complementariedade ampla da iniciativa estatal sobre a privada. Na vigente Carta, passou-se a um sistema de complementariedade restrita, nos termos do art. 173, *caput*, que reduz as hipóteses de atuação do Estado na economia, ao dispor expressamente quais são os casos em que ela se justifica (*segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme definido em lei*)" (*idem*: 68).

Como não poderia deixar de ser, esse crescimento da área de atuação do aparelho de Estado implicou na necessidade de uma elevação no nível qualitativo das normas jus-administrativas, bem como uma ampliação de sua área de abran-

gência. O Direito Administrativo, assim, foi ganhando maior importância na medida em que mais áreas foram sendo administrativizadas, ou seja, quanto maior foi se tornando sua área de regulamentação; a efetivação deste conjunto dilargado de normas, contudo, é um dado que pode dar margens a discussões.

4. O interesse público

O ponto que merece destaque, a esta altura, é que a evolução representada pela disciplina Direito Administrativo e todo o seu conjunto de normas não se restringiu à regulamentação dos procedimentos da Administração Pública. Como há pouco afirmei, as normas e princípios jus-administrativos representam uma evolução social na medida em que procuram colocar o interesse coletivo como o seu valor máximo (em oposição ao interesse – note-se: interesse e não direito – individual). É o que se encontra, aliás, estampado nos princípios basilares do Direito Administrativo, tais como definidos por Mello, ou seja, a "supremacia do interesse público sobre o privado" e a "indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos" (1994: 16). O elemento que pretendo destacar, neste contexto, é justamente o "interesse público" constituído na qualidade de bem jurídico a ser protegido, tutelado. Mais do que procedimentos regulamentadores das atividades levadas a cabo para administrar a sociedade, o Direito Administrativo consagrou a superioridade do interesse da coletividade como "um verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público [...], pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados" (*idem*: 19).

O que se verifica, portanto, é que as normas de Direito Administrativo atribuíram ao interesse da coletividade o valor de bem juridicamente protegido. Não se pode refutar, é claro, que em muitas oportunidades, implementou-se uma interpretação que, creio, é equivocada: nestes casos, a expressão "interesse público" acabou por ser compreendida como "interesse dos agentes (dirigentes) de Estado". Nestas (infelizmente, não raras) oportunidades, manipulou-se a superioridade que gozam os órgãos da Administração Pública em relação aos denominados "particulares" (superioridade esta que busca fundamentação justamente na primazia e na defesa do "interesse social") para beneficiar detentores do poder de Estado, bem como corporações diversas (funcionários, grupos econômicos, regiões eleitorais etc.) cujos interesses eram representados por aqueles.

Ao contrário, parece-me inquestionável que, na sua melhor exegese, o conceito de interesse público, elevado à condição de bem juridicamente protegido, representa uma evolução social cujos benefícios podem ser colhidos por todos. Estruturas de Estado fundadas em desequilíbrios (como a brasileira) tendem ao caos, ao confronto, ao descontrole (como, de uma forma bem nossa, estamos vivendo), ao passo que estruturas sociais menos polarizadas parecem tender a um maior equilíbrio (o que determina um quadro de segurança social). Eis porque afirma Meirelles que aqueles que prestam serviços públicos “são, na feliz expressão de Brandeis, *public servants*, isto é, criados, servidores do público. O fim precípua do serviço público, ou de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é servir ao público e, secundariamente, produzir renda a quem o explora” (1991: 294).

Aqui se pode apontar uma crítica ao neoliberalismo: o aparelho de Estado, existindo (em sua concepção mais atual – e constitucionalmente prevista) para o bem de todos, funciona como árbitro, impedindo que a polarização acima mencionada determine um quadro de excessiva injustiça (quadro este a que, infelizmente, muitos setores da sociedade brasileira estão efetivamente condenados). Neste ponto, é possível temer uma crítica engendrada contra o neoliberalismo, afirmando que seus defensores estão a pregar a “igualdade entre lobos e galinhas dentro do galinheiro”.

5. O Direito e as atividades desadministrativizadas

Em meio ao que se tratou até aqui, parece-me estreme de dúvidas que o conceito de *interesse público* guarda consigo um valor jurídico que, creio, a sociedade não pode abrir mão, sob pena de enfrentar um retrocesso político (e mesmo econômico – logicamente, tomando este termo num sentido menos “neoliberal”): é minha opinião que não se pode permitir que aquilo que esteve anteriormente juridicamente protegido, por destinar-se à coletividade, perca tal proteção, ficando à mercê de vontades individuais (que, em muitas oportunidades, não estão limitadas e abalizadas por estruturas morais

³ O emprego do vocábulo “particulares” entre aspas procura respeitar a qualidade de adjetivo que o mesmo possui em seu “sentido de base” (cf. MA-MEDE, 1995:79 – nota 122), traduzindo uma qualidade de delimitação do substantivo referido, delimitação que, em regra, pode ser apropriada, ou seja, tornar-se objeto de uma situação de domínio.

que lhes façam considerar outros seres humanos). Feitas tais considerações, será interessante observar que, na medida em que certas atividades são entregues para a iniciativa privada, tem-se por consequência necessária que tais empreendimentos deixam, em maior ou menor grau, de se submeter ao controle jurídico das normas jus-administrativas. Eis, então, o que denomino de *desadministrativização*: a retirada (total ou parcial) de certa atividade do âmbito de regulamentação do Direito Administrativo pela redução da amplitude do aparelho de Estado (e de sua atuação). A atividade que se “desestatiza” ou, antes, que é privatizada, como cediço, passa a ser regulamentada pelas normas de “direito privado”.

Já de princípio, faz-se necessário separar uma categoria determinada de atividades desempenhadas pelo aparelho de Estado, cuja desadministrativização reveste-se de certa peculiaridade. Refiro-me às empresas públicas que, como afirma Caetano, “procuram atuar no mercado com objetivos de interesse coletivo” (1989: 69). Ora, esse interesse coletivo na exploração, pelo aparelho de Estado, de determinados ramos econômicos pode ser superado. Houve, acredito que inequivocamente, um interesse público envolvendo a criação da Companhia Siderúrgica Nacional, da Usiminas e de outras empresas do ramo siderúrgico; entretanto, a maturidade econômica do país assinalou com a desnecessidade de uma continuidade na intervenção de Estado nestas áreas, abrindo margem aos processos de privatização. O mesmo deu-se em outras áreas, como a indústria petroquímica, aeronáutica etc.

Nesta primeira categoria, como é de fácil percepção, a transferência de atividades para a iniciativa privada implica uma completa desadministrativização do empreendimento. A empresa privatizada retorna ao *status* irrestrito de pessoa jurídica de direito privado, com administração desregulamentada: embora tenha que respeitar o que é proibido em lei, não mais precisa estar restrita ao que é permitido em lei; possui liberdade para contratação de empregados e pagamento de salários (havendo apenas que respeitar as normas trabalhistas e previdenciárias), liberdade para compra de matéria-prima, bens, de outras empresas (podendo negociar livremente qualidade, preços, prazos de pagamento, fornecedores), bem como para a venda de produtos etc. Indubitavelmente, nesta hipótese, há uma completa desadministrativização da atividade.

Afastada essa primeira categoria, será neces-

sário que minha análise se ocupe de uma segunda categoria, os serviços, conceituados por Meirelles como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” (1991:290). É a entrega destas classes de serviço à exploração pelo capital privado (vale dizer, uma das categorias de descentralização, segundo as previsões do Decreto-Lei nº 200/67) que vai ocupar o final deste meu exame. Zanobini, a propósito, refere-se ao “exercício privado das funções e dos serviços públicos”, (1948/1950: v.3, 301 – *traduzi*⁶), cujos “elementos essenciais”, teoriza, são o caráter público da função ou do serviço e o caráter privado do sujeito que o exercitará (*idem*: v.3, 302 – *traduzi*⁷). Este sistema de valer-se de sujeitos de Direito Privado para concretizar os fins públicos, ainda segundo Zanobini (*idem*:303), já se encontrava no Direito Romano e na Idade Média (mormente quanto à arrecadação de impostos). No Direito Moderno, a aplicação de tal sistema, em alguns casos, “é justificada pela necessidade: são situações nas quais a intervenção do órgão do Estado se demonstra impossível ou insuficiente, criando a necessidade de autorizar e, em alguns casos impor, aos *particulares* a agirem em sua substituição” (*idem*:303 – *traduzi*⁸).

Entretanto, numa antecipação do que será aqui tratado de forma mais detalhada, Zanobini deixa patente que esta entrega de um serviço à iniciativa privada sujeita-se a requisitos, entre os quais o controle da atividade pelo titular da função ou serviço (*idem*: 304), ou seja, “a atividade do concessionário, em função dos fins públicos a que é dirigida, deve ser constantemente controlada pela Administração Pública” (*idem*: 314 – *traduzi*⁹).

Assim, ainda que seja certo que a transferência de empreendimentos à iniciativa privada

⁶ No original: “L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici”.

⁷ No original: “Il carattere pubblico della funzione o del servizio e il carattere privato del soggetto da cui questi vengono esercitati”.

⁸ No original: “In alcuni casi, tale applicazione è giustificata dalla necessità: vi sono situazioni nelle quali l’intervento degli organi dello Stato si dimostra impossibile o insufficiente, ed è quindi necessario autorizzare, e talora obbligare, i privati ad agire in loro sostituzione.”

⁹ No original: “L’attività del concessionario, a causa dei fini pubblici cui è diretta, deve essere costantemente controllata dalla pubblica amministrazione.”

possa representar, por certo ângulo, uma evolução, na pior das hipóteses, por livrar tais atividades dos grilhões dos atos de expediente que se entrelaçam numa terrível cadeia burocrática, bem como impedir o mal uso dos bens e recursos públicos, não se pode perder a evolução representada pela estrutura de normas administrativas no que se refere à “defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade” (Meirelles, 1991: 76).

O que se deve destacar nos âmbitos dos serviços de Estado que são transferidos à iniciativa privada é a sua importância para a sociedade. O país, em razão do avanço da siderurgia privada, estava preparado para que as indústrias siderúrgicas controladas pelo aparelho de Estado brasileiro fossem transferidas para empreendedores privados. O mesmo pode-se dizer das empresas de fertilizantes, de uma parte do setor bancário, uma parte do setor petroquímico etc., cujo impacto social é um pouco mais reduzido (e absorvido diante da notória incompetência de Estado para gerenciá-los). Isto para não abordar absurdos como hotéis, entre outras atividades cujo controle estatal merece a adjetivação de esdrúxulo. Setores como o aeronáutico incluem-se numa categoria estratégica cujo enfoque privilegiador cambia ao longo do tempo. Agora, no que se refere a atividades como eletricidade, comunicações, aos combustíveis de uso generalizado etc., há que haver uma atenção especial. Afinal, o impacto social destes serviços é enorme, merecendo todo um cuidado em sua desadministrativização, vale dizer, mantendo-os, em parte, administrativizados.

Refiro-me, assim, à necessidade de o país desenvolver uma legislação administrativa especial, dirigida aos setores parcialmente desadministrativizados. Tais conjuntos de normas just-administrativas cumpririam a função de preservar a proteção ao interesse público, detalhando-a em referência à nova realidade a ser instaurada. Neste sentido, transmutando princípios já consagrados para a Administração Pública, será necessário que se preveja as conseqüências para o abandono pelo empreendedor particular da exploração de determinado serviço, para desempenhos insatisfatórios e para a não-consecução dos fins visados (e especificados – de forma renovável e negociável – nas concessões). Determinados atos necessários à condução do empreendimento (vale dizer, aqueles de realçável impacto social) deverão ser motivados e necessitar da aprovação estatal (seja pelo Executivo, seja pelo Legislativo), não se permitindo qualquer iniciati-

va que não garanta a todos os setores da sociedade (enfim, todos os cidadãos) possibilidade de igual acesso ao serviço. A estas garantias deveriam ser acrescentadas outras que fossem produto de um amplo debate que, até o momento, o Governo Fernando Henrique Cardoso tem curiosamente evitado.

Este cuidado aqui proposto, creio, constitui um mínimo necessário para aqueles que, mais do que defender os interesses dos que já muito possuem, estão efetivamente preocupados com todos aqueles cuja dignidade humana encontra-se esquecida (e que, mais do que nos discursos e artigos, podem ser encontrados nas periferias das cidades e no interior do país, para quem se disponha a percorrê-los).

6. Conclusão

Para Wald, “é incontestável que o Brasil precisa investir rápida e maciçamente em infraestrutura, em energia, em transporte e em comunicações” (1994:1), para o que, como viu-se anteriormente, manifesta-se favoravelmente a uma “política de concessões e de privatização”. Ainda assim, leio em seu artigo a necessidade de um certo controle sobre os empreendedores privados, não obstante defenda que tal política desestatizadora deva “deixar de ser o que era no passado”, ou seja, “o direito de comando, da burocracia, do privilégio, do controle e da desconfiança”, para tornar-se um *partnership*, vale dizer, “confiança recíproca, num clima de liberdade com responsabilidade, mediante garantias mútuas e adequadas que cada uma das partes deve à outra” (*idem*: 9).

Digo ler em seu trabalho a necessidade de controle quando se refere à exigência de “medidas rápidas, por parte do Governo, para estabelecer a eficiência dos concessionários”, ou à “regulamentação” e “fiscalização do Poder Executivo” das “obras e serviços de interesse da coletividade” quando “numa gestão privada” (*idem*: 1). Por derradeiro, diz que “a privatização de alguns serviços públicos pode ser a solução adequada, desde que definamos claramente as premissas e o quadro jurídico e econômico que se quer implantar” (*idem*: 1-2).

Assim, acredito ser fundamental que esta transformação da estrutura de Estado, proposta e conduzida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, seja concretizada de forma responsável e detalhada, discutida por amplos setores da sociedade, inclusive por juristas (destacados estes nos momentos de concretizá-las, certo que o instrumento de tal concretização

são as normas jurídicas). O país, aliás, já sofreu muito com a irresponsabilidade jurídica de seus administradores, que entregaram a técnicos de outras áreas a responsabilidade de legislar. O Prof. Washington Albino, a propósito, denuncia que este desrespeito ao debate, inclusive jurídico, dos destinos do país “levou a estrutura social brasileira a uma composição injusta, na qual milhões de pessoas vivem em estágio além da pobreza, por que da miséria, enquanto uma elite de empresários, políticos e servidores públicos dos três poderes compõem uma cúpula privilegiada por uma legislação elaborada meticulosamente para manter esse estado de vantagens e opressões” (*apud* Muniz, 1994:12).

Em meio a estas considerações, pretendo que este artigo construa suas conclusões e posicione-se nos debates sobre o atual momento político brasileiro (ao qual se atribui uma classificação de opção neoliberal) de forma diferida dos parâmetros comuns da discussão: acredito que uma política de privatizações e de concessões corresponde a uma escolha administrativa entre tantas outras (escolha esta que pode ser justificada a partir de dados colhidos na realidade política brasileira e mundial; dados igualmente colhidos podem, a bem da verdade, ser utilizados para desaconselhar tal escolha). A redução das dimensões alcançadas pelo aparelho de Estado que esta política proporciona, entretanto, não pode corresponder a uma redução no poder que este aparelho de Estado deve possuir para garantir a concretização dos “princípios fundamentais” enunciados no Título I da Constituição Federal.

Esta conservação dos poderes de Estado a serviço de uma crescente democratização do Estado brasileiro, com respeito à “cidadania” e à “dignidade humana”, onde se possa, efetivamente, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, promovendo “o bem de todos, sem preconceitos [...] e quaisquer outras formas de discriminação”, é um imperativo que constitui verdadeiro requisito de soberania nacional e de justiça social, ao qual deveria estar atento um Governo social-democrata.

Outro problema que, neste contexto, merece a consideração dos legisladores, diz respeito à excessiva ausência de efetividade que sofre o Direito Brasileiro, neste, destacando-se as normas jus-administrativas. Causa apreensão uma certa ineficácia dos órgãos até hoje encarregados do controle interno e externo da Administração, deixando estupefatos os setores

esclarecidos da sociedade brasileira com o contraste entre sua atuação e a situação geral das contas públicas, bem como os "sinais aparentes de enriquecimento" de "n" administradores públicos e seus correligionários, que se faz acompanhar de uma inércia apenadora (de acordo com os meios de comunicação e a opinião geral da sociedade). A Constituição Federal, em muitos de seus dispositivos, carece de uma hermenêutica e uma aplicação extensiva pelos Tribunais, a garantir-lhe um alcance abrangente, vale dizer, a garantir à sociedade (e sua estrutura de Estado que procura regulamentar) uma evolução que beneficie a coletividade, em oposição a interesses localizados, beneficiando grupos reduzidos. É neste contexto que se coloca a preocupação com uma política de concessões, ainda que a legislação que a autoriza preveja órgãos administrativos encarregados de garantir a proteção aos interesses públicos.

A pergunta que se coloca é: estará a sociedade brasileira garantida com a implantação desta política? Esta sociedade beneficia-se, verdadeiramente, de um aparelho de Estado reduzido, como prega o neoliberalismo? Garante-se à sociedade civil instrumentos para, substituindo agentes de Estado com legitimidade ativa (e, conseqüentemente, dever), supervisionar e garantir a qualidade dos serviços entregues à iniciativa privada?

A exemplo do que afirmei em duas oportunidades passadas¹⁰, será necessário que o Poder Judiciário assuma sua qualidade de intérprete autorizado das normas (não apenas enquanto poder, mas, mormente, enquanto *dever*) e garanta a efetivação do "interesse público" como bem juridicamente protegido, garantindo, inclusive, legitimidade ativa aos cidadãos para a sua defesa. Neste sentido, esta legitimidade ativa é a regra defendida por Meirelles, afirmando a "viabilidade da ação do particular para obter em Juízo o serviço concedido que lhe fosse recusado ou retardado pelo concessionário" (1991: 295-296).

Entendo que se faz necessário uma nova categoria de normas de Direito Administrativo, procurando conter eventuais prejuízos sociais com a desadministrativização de setores da economia e de serviços de utilidade pública. Mais:

¹⁰ Conferir: "Ermächtigung: proposta de leitura da hermenêutica na teoria pura do Direito". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 109, pp. 223/234, jan./mar. 1991. E "Direito e Jurística". *Revista da Amagis*. Belo Horizonte, v. XXIII, pp. 167/178, junho de 1994.

afirmo que esta nova categoria de normas deve encampar a previsão (inclusive e mormente constitucional) da legitimidade ativa de qualquer cidadão para a defesa junto ao Judiciário, dos interesses sociais, o que nos colocaria mais próximos de uma verdadeira situação democrática de Estado. A Carta Constitucional, nunca é demais lembrar, já evoluiu ao estabelecer, ainda que genericamente, que o poder que emana do povo pode ser exercido diretamente; a condição expressa de que tal exercício necessita dar-se nos termos da Lei Maior precisa de uma maior atenção de um Congresso Nacional, forma pela qual se garantiria, efetivamente, uma evolução democrática.

Bibliografia

- AGUIAR, Roberto A.R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- EIZIRIK, Nelson. "Monopólio estatal da atividade econômica". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 194, pp. 63/76, out./dez. 1993.
- MAMEDE, Gladston. *Semiologia e direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura*. Belo Horizonte: 786, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MORAIS, Fernando. *Chatô, o rei do Brasil*. São Paulo, Cia. das Letras, 1994.
- MUNIZ, Marco Antônio (Coord). *Direito e Processo Inflacionário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SÁ COSTA, Frederico Carlos de. "O canto da seara". *Boletim Informativo da UFMG*. Belo Horizonte, 24 de março de 1995. Palavra da Comunidade, p. 6.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- WALD, Arnoldo. "Novos aspectos da concessão de obras e do seu financiamento". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 197, pp. 1/9, jul./set. 1994.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1948/1950.