

2

A formação do Estado capitalista regulador

A formação do Estado capitalista, no que concerne à atividade econômica, é um fenômeno historicamente permanente e evolutivo, cujos contornos devem ser analisados, a fim de identificar os pressupostos políticos e econômicos que resultaram na ação regulatória do Estado por meio de entidades administrativas independentes.

2.1.

Do Estado liberal ao Estado social: o paradigma da atuação estatal na ordem econômica e social

O desenvolvimento do Estado moderno e a sua teorização política ocorreu em várias fases, dominadas sucessivamente pelas vozes, no século XVI, de Maquiavel e de Bodin, depois, no século XVII, pela de Hobbes.²⁸ Segundo Simone Goyard-Fabre, as obras desses autores iniciaram os caminhos da modernidade jurídico-política do Estado-nação.²⁹ A institucionalização do Estado-nação causou um grande impacto no pensamento econômico. Valendo-se das políticas econômicas mercantilistas, fortemente intervencionistas e expansionistas, a economia do Estado-nação incluía o uso do poder político do Estado para construir indústrias, para obter e aumentar o excedente das exportações sobre as importações e para acumular estoques de metais preciosos.³⁰

²⁸ Sobre o aspecto historiográfico da origem do Estado moderno consultar FLORENZANO, M. *Sobre as origens e o desenvolvimento do Estado moderno no ocidente*. Lua Nova, São Paulo, 71:11-39, 2007.

²⁹ GOYARD-FABRE, S. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, p. 13-14.

³⁰ A economia mercantilista, diversamente da economia antiga ou medieval, estava centrada no Estado-nação, que era visto em luta competitiva com outras nações. Mas a chamada era “mercantilista” se estendeu por três ou, possivelmente, quatro séculos, durante os quais ocorreram grandes transformações econômicas e sociais. Ela abrangia desde países com economias prósperas e crescentes como Inglaterra e Holanda a regiões muito mais atrasadas como as da Europa oriental. BACKHOUSE, R. *História da economia mundial*, p. 70.

No século XVIII, o movimento constitucionalista que se seguiu às Revoluções Americana e Francesa,³¹ bem como a codificação do direito privado ocorrida em quase todo o Ocidente, por inspiração dos dois grandes códigos napoleônicos (Código Civil de 1804 e Código Comercial de 1807),³² fizeram emergir uma nova forma de Estado, organizado e centrado nas garantias e liberdades públicas. A essa nova organização política e jurídica denominou-se Estado de Direito liberal.³³

Segundo Carl Schmitt, a ideia fundamental da liberdade burguesa apresentava dois princípios: a) de distribuição, pelo qual a liberdade do indivíduo seria anterior ao Estado e, em regra, ilimitada, restando a limitação pelo Estado como exceção; b) de organização, com o objetivo de materializar o princípio da distribuição por meio da repartição do poder do Estado em um sistema de competências circunscritas.³⁴ Em outras palavras, os indivíduos são livres para criar um Estado compatível com a manutenção de suas prerrogativas individuais, o que reclama, no caso do constitucionalismo revolucionário, a consagração dos direitos fundamentais de primeira geração. Em virtude disso, a prevalência do

³¹ O Constitucionalismo moderno representa um “movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos políticos, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.” Trata-se de uma “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização política-social de uma comunidade.” Em contrapartida, o constitucionalismo antigo representa “um conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores de seu poder.” Cf. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 46 et. seq. Sobre o conceito, origem, função, condições e limites da constituição consulte-se, por todos, GRIMM, D. *Constitucionalismo e Derechos Fundamentales*, p. 27-43.

³² Fábio Nusdeo ressalta a importância do movimento de codificação do direito privado para consolidação do Estado liberal, na medida em que pretendia construir uma verdadeira malha de dispositivos, lógica e coerente, destinada a permitir a todos os agentes, com a total certeza, segurança e liberdade jurídicas, o uso de seus bens – fatores e produtos finais – nas atividades econômicas segundo lhes indicasse o mercado, cuja existência e funcionalidade era por eles propiciada e garantida. NUSDEO, F. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*, p. 133 et. seq.

³³ Segundo Gustavo Zagrebelsky, o Estado de Direito (Rechtsstaat), ou ‘Estado sob o regime de direito’, se distingue do Machtstaat, o ‘Estado sob o regime da força’, ou seja, o Estado absoluto característico do século XVII, e do Polizeistaat, o ‘Estado sob o regime de polícia’, ou seja, o regime do Despotismo ilustrado, orientado para a felicidade dos súditos, característico do século XVIII. Afirma o autor que a expressão ‘Estado de Direito’ é certamente uma das mais afortunadas da ciência jurídica contemporânea. Possui uma noção genérica e embrionária, todavia não é um conceito vazio ou uma fórmula mágica. O Estado de Direito indica um valor e alude somente a uma das direções de desenvolvimento da organização estatal, mas não contém em si consequências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta os cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e direito que constitui a quintessência do Machtstaat e do Polizeistaat. Cf. *El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia*, p. 21.

³⁴ SCHMITT, C. *Teoria de la Constitución*, p. 138-139.

interesse individual sobre a figura do Estado termina dando vez aos dois postulados do constitucionalismo moderno-iluminista: limitação do poder político e garantias e liberdades individuais que as Cartas Constitucionais acabaram por positivar. Para tanto, a Constituição faz uso do princípio de organização, cuja função, assim, assume uma natureza preponderantemente instrumental.³⁵

Na economia, as principais contribuições teóricas para a consolidação do liberalismo econômico e do sistema econômico estabelecido numa economia capitalista de mercado foram dadas pelos economistas clássicos, como Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus, Jean-Baptiste Say, Stuart Mill e outros, que sustentavam uma posição limitada e restrita do Estado no desenvolvimento de atividades econômicas.³⁶

Para Adam Smith, considerado o pai da economia moderna e principal teórico do liberalismo econômico, a economia seria regida por mecanismos cujo funcionamento livre garantiria a obtenção dos melhores resultados para o interesse da sociedade. O indivíduo seria levado por uma “mão invisível” a promover e garantir o bom funcionamento da economia e do bem-estar social. A iniciativa privada deveria agir livremente, com pouca ou nenhuma intervenção governamental. Com esse pensamento, Smith se opunha ao monopólio e ao protecionismo originário do mercantilismo que, em seu tempo, eram normalmente o resultado de privilégios concedidos pelo governo.

Nesse contexto, a economia não carecia de regulação por meios de comandos exógenos. A autorregulação pelo mercado era o princípio fundante dessa visão. Em outras palavras, a economia para funcionar não precisava ser heterorregulada.

³⁵ Sobre a crítica que Carl Schmitt desenvolve acerca do Estado de Direito liberal, consulte-se, por todos, ALMEIDA FILHO, A. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p. 136-209.

³⁶ Importante ressaltar que o liberalismo econômico foi fortemente influenciado pela doutrina fisiocrática francesa. Para os fisiocratas existia uma lei natural que regeria as sociedades. A tarefa do Estado era encontrá-la e promulgá-la. A ordem natural exigia a propriedade individual, a liberdade de trocas e a busca do interesse próprio. Os fisiocratas introduziram na política econômica o que mais tarde seria considerada a regra básica do liberalismo: laissez faire, laissez passer. Por outro lado, os fisiocratas constituíram o primeiro grupo organizado de economistas. Ideias fisiocráticas foram desenvolvidas entre 1756 e 1763 por François Quesnay e Victor Riqueti, marquês de Mirabeau, numa época em que a Guerra dos Sete Anos contra a Inglaterra exercia grande pressão sobre as finanças francesas. Eles realizavam reuniões regulares para discutir ideias fisiocráticas, tinham uma, *Éphémérides*, que veiculou suas ideias entre 1767 e 1772, e seu *La Philosophie rurale* (1763) pode ser visto como um manual de economia fisiocrática. Cf. BACKHOUSE, R. *História da economia mundial*, p. 125-126.

Deve-se ressaltar, contudo, que Adam Smith não sustentava um *laissez faire* total ou absoluto, uma vez que defendia pelo menos três tarefas fundamentais a serem desempenhadas diretamente pelo Estado (soberano): segurança, justiça e serviços públicos essenciais. A principal justificativa dessas tarefas estaria no fato de que sem elas o sistema de liberdade natural que defendia não poderia funcionar.

De acordo com o sistema de liberdade natural, o soberano só tem três tarefas a atender; três tarefas de grande importância, de fato, mas simples e inteligíveis ao entendimento comum: primeiro, a tarefa de proteger a sociedade da violência e invasão de outras sociedades independentes; segundo, a tarefa de proteger, tanto quanto possível, todo membro da sociedade da injustiça ou opressão de qualquer outro de seus membros, ou a tarefa de estabelecer uma exata administração da justiça; e terceiro, a tarefa de erigir e manter certas obras públicas e instituições públicas que nunca seriam do interesse de nenhum indivíduo, ou pequeno número de indivíduos, erigir e manter, porque o lucro nunca pagaria a despesa a qualquer indivíduo ou pequeno número de indivíduos, se bem que freqüentemente façam mais do que compensar para uma grande sociedade.³⁷

Nesse período histórico, vigorava um “capitalismo de concorrência” cujas características eram as seguintes: a) existência de um grande número de pequenas empresas, gozando os empresários de absoluta liberdade de iniciativa com vista à obtenção do máximo lucro tendo em conta o preço formado no mercado; b) livre concorrência entre as empresas, pois, sendo pequenas, nenhuma delas poderia exercer influência sensível sobre a oferta e, sendo muito numerosas em cada indústria, não tinham possibilidade de estabelecer acordos entre elas com vista ao controle dos preços e mercados; c) as condições em que essa concorrência se desenrolava fazia com que o mercado se apresentasse como um mecanismo por meio do qual os consumidores orientavam a produção, de modo que se produziam precisamente aqueles bens e naquela quantidade que correspondia à procura que eles efetivamente faziam; e d) a economia funcionaria por si, segundo as suas próprias leis, à margem da política.³⁸

Por essa razão, o Estado passou a ser qualificado como um simples “Estado guarda-noturno”, “Estado de polícia” ou “Estado mínimo”. Deveria intervir apenas para garantir a defesa da ordem social, a fim de assegurar a cada indivíduo o pleno exercício da liberdade individual e para criar e manter certos serviços e

³⁷ SMITH, A. *Uma Investigação Sobre a Natureza e Causas da Riqueza das Nações*, p. 357.

³⁸ NUNES, A. J. A. *Uma Introdução à Economia Política*, p. 178 et. seq.

instituições públicas necessárias à vida em sociedade e que o simples jogo dos interesses individuais não realizaria. O Estado deveria, pois, atuar o mínimo possível, reduzir ao essencial o seu aparelho administrativo, para assim reduzir ao máximo as suas despesas e cobrar a título de tributos aos seus cidadãos, o mínimo indispensável respeitando a proporção de sua capacidade contributiva.³⁹

Todavia, as bases políticas e econômicas do Estado liberal começaram a ruir quando os grandes agentes econômicos passaram a atuar no mercado de forma abusiva, comprometendo o campo de autorregulação que o caracterizava. A consequência foi a substituição do livre mercado por um “capitalismo monopolista empresarial” que se prolongará até a Primeira Guerra Mundial.

Essa nova fase do capitalismo assinala uma alteração nas estruturas econômicas do sistema, agora caracterizadas pelo domínio de um pequeno número de grandes empresas, à volta das quais, em posição de subordinação, vai crescendo um grande número de pequenas empresas sem qualquer capacidade de influenciar o mercado. Ocorre uma substituição da “mão invisível” do mercado pela “mão invisível” das empresas monopolistas.⁴⁰

Dessa forma, ficou patente a necessidade de uma maior participação do Estado no mercado, não como um meio de opor-se às regras que o estabeleciam, mas sim, para preservá-lo quanto ao aspecto da livre iniciativa, ameaçada diante da concentração de poder econômico que as regras de livre mercado acabaram por gerar.

Nesse contexto, a regulação existente, e que se limitava à defesa da ordem social, teve de evoluir para tipificar algumas ações como nocivas à livre iniciativa e à livre concorrência, o que tornou juridicamente condenáveis situações que até então não eram consideradas como tais. Afastando-se, portanto, dos padrões do liberalismo, o Estado em nome dos interesses dos grupos privados com menor potencial econômico, passou a enfrentar as grandes empresas, limitando-as ou modificando-as, sempre que, na sua evolução o exercício da liberdade colocasse em risco as leis naturais do mercado. Passou-se a se admitir a ingerência estatal sobre dois valores fundamentais do capitalismo – propriedade privada e liberdade econômica – acarretando mudanças sensíveis em diversos institutos jurídicos e a

³⁹ SMITH, A. *Uma Investigação Sobre a Natureza e Causas da Riqueza das Nações*, p. 359 et seq.

⁴⁰ NUNES, A. J. A. *Uma Introdução à Economia Política*, p. 182.

introdução de novos conceitos, a exemplo, da função social da propriedade e dos contratos: as liberdades de iniciativa, de contratar e de concorrer.⁴¹

A mais importante tomada de posição do Estado com esse objetivo foi a legislação antitruste que se iniciou nos Estados Unidos da América com o Sherman Act de 1890, proibindo todas as formas suscetíveis de prejudicar a livre concorrência, para assegurar as condições que se consideravam indispensáveis ao bom funcionamento do sistema.⁴²

Assim, a heterorregulação teve de vir em socorro da economia para prevenir e restaurar o funcionamento da concorrência contra as distorções que a liberdade de mercado tinha produzido. Com isso, o próprio mercado passou de regulador para instituição regulada. A sua sustentação tornou-se dependente da regulação estatal.⁴³

Mais tarde, com a Revolução Industrial⁴⁴ e com o fim da Primeira Guerra Mundial⁴⁵, surgiram inúmeras questões sociais e econômicas, que só puderam ser solucionadas com a quebra definitiva da rigidez do liberalismo. A intervenção do

⁴¹ SOUTO, M. J. V. *Direito Administrativo da Economia*, p. 10.

⁴² “De fato, nação-símbolo e terra de eleição do chamado *laissez-faire* econômico, os Estados Unidos se notabilizaram até o final do século 19 e início do século 20 pelo culto obstinado ao dogma da não-intervenção do Estado nas relações econômicas privadas. Tal período, conhecido no Direito Público do País como o da Era Lochner, foi paulatinamente substituído a partir do início do século XX, por uma cada vez mais intensa presença regulatória do Estado, chancelada por sucessivas decisões da Suprema Corte. Foram tão profundas as mudanças no papel reservado ao Estado americano em matéria econômica que alguns autores chegam ao ponto de qualificar essa brusca alteração de rota como uma verdadeira mudança de regime ou até mesmo como uma ‘revolução sem derramamento de sangue’ (a *bloodless revolution*).” Cf. GOMES, J. B. B. *Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia* (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado), p. 40.

⁴³ MOREIRA, V., *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, p. 22.

⁴⁴ A Revolução Industrial significou, essencialmente, a transição de um capitalismo ainda não realizado em todas as suas potencialidades para um novo estágio em que a “revolução” das técnicas de produção permitiu que o capitalismo atingisse o seu próprio processo específico de produção, centrado na fábrica enquanto unidade de produção coletiva em larga escala, o que se traduziu na separação definitiva e total do produtor relativamente aos meios de produção e no estabelecimento de uma relação simples e direta entre empregadores capitalistas e trabalhadores assalariados. Como efeito, a Revolução Industrial provocou uma autêntica explosão demográfica e um crescimento acelerado da população urbana. As cidades não ofereciam condições para receber tantos trabalhadores, e a indústria, cada vez mais mecanizada, não absorvia toda a mão-de-obra em busca de emprego. Daí a miséria social, as condições péssimas de habitação e de trabalho nas fábricas, os salários baixos para longos dias de trabalho, situação que se agravava nas épocas de crise da indústria, em que o desemprego se acentuava mais, radicalizando a estrutura social. NUNES, A. J. A. *Uma Introdução à Economia Política*, p. 132 et. seq.

⁴⁵ No final da Guerra, as estruturas produtivas apresentavam distorções acentuadas, com sobredimensionamento dos setores e atividades mais diretamente orientadas para a produção com fins militares e déficit nas atividades destinadas a produzir para objetivos civis. A generalidade dos setores sobredimensionados carecia de profunda reestruturação para se adaptar à nova realidade, o que obrigou a intervenção do Estado de capitais públicos, para evitar a falência das empresas e o desemprego dos que nela trabalhavam. *Ibid*, p. 198.

Estado na economia, não apenas para regulá-la, mas para permitir a sua atuação direta, como produtor de bens e serviços, se intensifica.

A Guerra veio tornar claro, fundamentalmente, que o estado não podia continuar na posição do sinaleiro que, do seu pedestal, se limitava a regular o trânsito dos interesses particulares, apenas intervindo com caso de colisão mais ou menos grave. Na grande corrida económica que conduziu à Guerra (e que esta exigiu depois aos beligerantes), era necessária a presença do estado, enquanto força indispensável para se evitarem ‘acidentes’ e se poder prosseguir no caminho com a máquina capitalista. Ao contrário do que antes se admitia, ao estado era agora atribuída a posição de primeiro responsável pela economia.⁴⁶

Ainda em plena guerra, a Revolução Russa de 1917 inaugura o movimento de substituição do capitalismo.⁴⁷ Em seguida, a Constituição Mexicana de 1917 incorporou ao debate constitucional as questões e os conflitos referentes aos direitos sociais e à função social da propriedade, seguida pela Constituição de Weimar de 1919 que introduziu pela primeira vez a economia na carta política, influenciando as que foram elaboradas posteriormente. Em 1923, o fascismo da Itália coloca sob a alçada do Estado a direção da economia.⁴⁸ A crise de 1929, iniciada nos Estados Unidos da América, faz com que a maior parte dos países inclua a economia como questão fundamental do governo.⁴⁹

⁴⁶ Ibid, p. 199.

⁴⁷ Para Karl Marx, uma economia entregue às forças do mercado não conduz ao estado de bem estar ideal proclamado pelos liberais. A essência do pensamento marxista estava na demonstração de que o simples funcionamento das leis económicas levará, inevitavelmente, ao colapso da economia de mercado. Fatores económicos relacionados à exploração do trabalho, a acumulação e concentração do capital, a taxa decrescente de juros, a proletarização e as crises de subconsumo, ao operarem em conjunto e se reforçarem mutuamente, conduziram, inevitavelmente, ao desaparecimento do capitalismo, devendo, nesse caso, ser substituído pelo socialismo e comunismo.

⁴⁸ A classe média italiana, descontente com a inflação e adversária da solução pretendida pelos operários que ocupavam as fábricas organizando-se em sindicatos e elegendo conselhos (à semelhança dos soviets russos), apoiaram o partido de Mussolini que, em outubro de 1922, após a Marcha sobre Roma dos ‘camisas negras’, foi convidado a formar novo governo, transformado em ditadura em 1925. O corporativismo representou a intervenção organizada do Estado fascista na economia e a tentativa de resolução das contradições do capitalismo. A par do recurso a soluções políticas fascistas, o corporativismo visou resolver o problema do “governo da economia” e a questão social, com o objetivo de evitar a derrocada do capitalismo. NUNES, A. J. A. *Uma Introdução à Economia Política*, p. 200.

⁴⁹ A crise na economia mundial detonada pelo crack da Bolsa de Nova York em 1929 trouxe uma depressão sem precedentes aos países desenvolvidos da época, notadamente Estados Unidos e países da Europa. Nos Estados Unidos, o produto real caiu cerca de 23% entre 1930 e 1933, sendo que neste último ano o desemprego atingiu a taxa recorde de 25%. No Reino Unido, neste mesmo período, o produto real caiu mais de 33%, e o desemprego em 1933 foi de quase 24%. Isto tudo ocorrendo em meio a uma deflação e quedas significativas dos salários nominais, nos dois países. VICECONTI, P. E. V.; NEVES, S. *Introdução à economia*, p. 346.

Nos Estados Unidos da América, a administração de Franklin Roosevelt tenta uma solução reformista (New Deal), através de uma política de fomento financeiro, ao mesmo tempo em que, com a promulgação do National Industrial Recovery Act de 1933, o Estado concede às associações profissionais, nos moldes das soluções corporativas europeias, o poder de elaborar e fazer aplicar coercitivamente regulamentos que determinam os limites e as formas de concorrência nos vários setores.⁵⁰

Na teoria econômica, coube a John Maynard Keynes formular os princípios do intervencionismo estatal, de modo a não se deixar à “mão invisível” do mercado a função de garantir o bem-estar social. Com a publicação da Teoria geral do emprego, do juro e da moeda, em 1936, Keynes procurava combater a ortodoxia dos economistas clássicos, demonstrando como mudanças nos gastos governamentais e na tributação poderiam ser utilizadas para estabilizar o nível de emprego.⁵¹

Para Keynes, um Estado intervencionista é condição essencial para o bom funcionamento dos mercados ao estimular novos investimentos e, assim, garantir o bem estar da nação. Ampliando as funções do Estado, entende Keynes que a ação deste, através da política econômica, é um ingrediente básico para o bom funcionamento do próprio sistema capitalista e para a manutenção da liberdade individual.

Por isso, enquanto a ampliação das funções do governo, que supõe a tarefa de ajustar a propensão a consumir com o incentivo para investir, poderia parecer a um publicista do século XIX ou a um financista americano contemporâneo uma terrível transgressão do individualismo, eu a defendo, ao contrário, como o único meio exequível de evitar a destruição total das instituições econômicas atuais e como condição de um bem sucedido exercício da iniciativa individual.⁵²

Após a Segunda Guerra Mundial, as ações de intervenção continuam no centro das políticas econômicas. Nos Estados Unidos da América é promulgado o Employment Act de 1946, possibilitando ao Governo orientar e imiscuir-se na

⁵⁰ NUNES, A. J. A. *Uma Introdução à Economia Política*, p. 202.

⁵¹ BACKHOUSE, R. *História da economia mundial*, p. 271 et. seq.

⁵² KEYNES, J. M. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*, p. 310 et. seq. A partir do trabalho de Keynes houve um desenvolvimento muito grande da Teoria Macroeconômica, onde os pesquisadores buscavam compreender as variáveis que influenciavam o nível do Produto e do emprego numa economia moderna. VICECONTI, P. E. V.; NEVES, S. *Introdução à economia*, p. 346.

economia. No mesmo ano, na Inglaterra, inicia-se uma política de nacionalização e intervencionismo (Banco da Inglaterra, indústria carbonífera, transportes aéreos e telecomunicações). Todos esses fatos, enfim, fornecem uma ideia da presença marcante do Estado na vida administrativa, social e, especialmente, econômica das principais nações desenvolvidas.⁵³

Segundo Pedro Gonçalves, das ruínas da Guerra emergiu um poderoso Estado Administrativo, que, pelos seus próprios meios, se propôs cuidar da existência e do bem-estar dos cidadãos: “Em todas as áreas da sua actuação, o Estado passava a assumir um número infindável de novas tarefas, mas executava-as em regra, por si mesmo, ou, indirectamente, por institutos ou por outras formas de direito público.”⁵⁴

Nos países em desenvolvimento, especialmente da América Latina, a origem do intervencionismo estatal é explicada pelo fato de que não puderam se valer do processo de acumulação de capital dos países desenvolvidos (exploração do trabalho sem direitos sociais de qualquer ordem); daí funcionar o Estado como agente do capitalismo, porque só ele detinha o capital. Nos países afro-asiáticos, a luta pela independência e a afirmação do nacionalismo resultaram no estabelecimento de uma economia planificada, comprovando, como fato histórico, a atuação abrangente dos governos no campo econômico.⁵⁵

Tendo em vista a transformação da realidade econômica e da insuficiência do modelo de Estado liberal para superar as crises e atender os anseios sociais, o capitalismo foi reformulado, alargando as funções do Estado, na sequência das propostas keynesianas, baseadas no pressuposto de que a definição da nova agenda econômica constituía uma condição indispensável para tentar evitar a destruição das estruturas econômicas e sociais do capitalismo. Desde então, o “Estado econômico” passou a estar presente de vários modos na engrenagem capitalista, numa intrincada dinâmica de interação recíproca entre política e economia.

⁵³ VENANCIO FILHO, A. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*, 12 et. seq.

⁵⁴ GONÇALVES, P. *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 44.

⁵⁵ VENANCIO FILHO, A. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*, p. 15.

2.2

A crise do Estado social: o paradigma da ação estatal regulatória

A partir da Primeira Grande Guerra, a evolução do Estado liberal propiciou uma maior participação dos órgãos e das entidades públicas nas relações sociais e econômicas, acarretando o que se convencionou denominar de intervenção no domínio econômico, com reflexos acentuados no Direito Constitucional e, de modo especial, no Direito Administrativo.

Tanto o intervencionismo totalitário, representado pelas experiências fascistas, nazistas e soviéticas de planos quinquenais e a introdução da técnica do planejamento na atividade do governo, como o esforço, que se verifica nos Estados Unidos da América com a política rooseveltiana do New Deal, manifestaram as mais importantes formas do intervencionismo do Estado na economia durante as décadas de 1920 e 1930.

No entanto, o modelo de intervenção do Estado social, no qual as instituições governamentais passaram a desempenhar cada vez mais a função de produtor e fornecedor de bens e serviços necessários ou de utilidade pública para o corpo social, portanto, sem qualquer tipo de concorrência ou criando monopólios estatais, acabou por acarretar uma consequência nefasta: a de que o Estado não se impunha qualquer espécie de estímulo para melhoria, quantitativa e qualitativa, dos bens que produzia e fornecia.⁵⁶

No campo econômico, o paradoxo da coexistência da inflação e do desemprego, aliado à ineficiência administrativa; desperdício de recursos; morosidade; burocracia e corrupção, reuniram as condições necessárias para o ataque feroz dos economistas monetaristas ao Estado intervencionista. A ideologia neoliberal passa a ser dominante e sustenta o esvaziamento do papel econômico do Estado providência e uma neutralidade da política econômica.

Do ponto de vista político, essa “contrarrevolução monetarista” pode ser simbolizada pela decisão unilateral da Administração Nixon (agosto de 1971) de romper os Acordos de Bretton Woods, ao anunciar que os Estados Unidos da América deixariam de respeitar a obrigação de converter o dólar em ouro. Foi o início do sistema de câmbios flutuantes e o reconhecimento da independência dos

⁵⁶ SOUZA, H. A. M. *A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência*. In SOUTO, M. J. V. e MARSHALL, C. C. (coord.). *Direito Empresarial Público*, p. 54.

bancos centrais, enquanto entidades reguladoras do mercado do crédito, sem qualquer interferência dos órgãos políticos legitimados democraticamente e sem qualquer controle por parte das instâncias do Estado.⁵⁷

Outro fator determinante da crise global do Estado social foi a crise internacional do petróleo⁵⁸, agravada por sucessivos fenômenos de recessão, déficit fiscal, aumento dos níveis de desemprego e perda geral da competitividade internacional. É nesse contexto que a globalização encontrou terreno propício e assistiu-se à uma onda de privatizações de empresas públicas, mesmo na área dos serviços públicos.⁵⁹

Designado genericamente como government downsizing ou movimento de desregulação, ele abarcou três vertentes distintas: a) a privatização de empresas públicas ou de participações públicas em empresas mistas; b) a liberalização de atividades e setores econômicos, até então reservados para o setor público, ou, pelo menos, dependentes de concessão ou autorização pública (como era o caso das public utilities, incluindo a eletricidade, a água, o gás, os transportes aéreos e ferroviários, as comunicações, o rádio e a televisão); c) a desregulação propriamente dita, que consiste no controle público sobre a produção e o mercado de numerosas indústrias.⁶⁰

A esse respeito ressalta Pierre Subrá de Bieusses:

⁵⁷ NUNES, A. J. A. *Uma Introdução à Economia Política*, p. 220.

⁵⁸ Em 16 de outubro de 1973, durante a Guerra do Yom Kippur, os países árabes da Organização dos Países Exportadores de Petróleo - Opep, adotaram embargo em represália ao apoio dos Estados Unidos da América e países ocidentais a Israel. Esses países anunciaram aumento de 17% do preço do petróleo e corte da produção. O preço do barril quadruplicou. O embargo duraria até março de 1974, com sérias consequências na economia, desencadeando recessão generalizada.

⁵⁹ Não há dúvida que o fenômeno da globalização foi um dos grandes fatores que desencadearam a chamada “crise do Estado”. Porém, esse complexo fenômeno tem oferecido as mais variadas leituras e interpretações. Como bem destacado por Flávia Piovesan, o processo de globalização econômica passou a ser sinônimo das medidas econômicas neoliberais voltadas para a reforma e a estabilização das denominadas “economias emergentes” e tem por plataforma a redução das despesas públicas, a privatização, a flexibilização das relações de trabalho, a disciplina fiscal para a eliminação do déficit público, a reforma tributária e a abertura do mercado ao comércio exterior. Cf. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização, p. 181. Para Marcílio Toscano França Filho, o fenômeno da globalização pode ser analisado sob três perspectivas: financeira, comercial e institucional. A financeira compreende: a) um aumento do volume de recursos na economia global; b) um aumento da velocidade de circulação destes recursos e c) a interação destes dois efeitos sobre as economias nacionais. A comercial se traduz numa crescente homogeneização internacional das estruturas de oferta e demanda. A institucional significa a convergência da regulação político-jurídico-econômico entre os países, bem como a crescente perda de soberania das autoridades responsáveis pelas políticas econômicas nacionais na ordem globalizada. Cf. Introdução ao direito comunitário, p.28-30.

⁶⁰ GONÇALVES, P., *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 45.

El rol del Estado se encuentra disminuido por los traspasos de actividades a favor del sector privado, desde el momento en que los poderes públicos han tenido la inteligencia de mostrarse pragmáticos y han comprendido que una cierta forma de intervencionismo público, que podía justificarse en ciertos momentos de la historia, es hoy inadaptable. Pero eso no implica que el Estado haya perdido su importancia. Si el Estado renuncia oportunamente a las funciones que serán mejor asumidas por el juego de la libre iniciativa privada, no deja por eso de tener un lugar esencial; simplemente su rol se ha transformado. Liberado de pesadas tareas que no ejercía de manera satisfactoria, pueda consagrarse mejor y más intensamente a aquellas actividades que sólo él está en condiciones de asumir satisfactoriamente, que comprenden el terreno de ciertos servicios públicos y también la promoción, orientación, encuadre y control de todas aquellas actividades que de ahora en más han sido confiadas al sector privado.⁶¹

Segundo Pedro Gonçalves, a ideia de promover um “enxugamento” da máquina estatal acabou gerando uma privatização da administração pública:

A idéia de promover um ‘enxugamento da máquina estatal’ generaliza-se por razões que têm muito a ver com a ineficácia que o Estado-Providência foi acumulando ao longo do tempo. A realização do objectivo de ‘adelgaçamento’, condensado no estribilho ‘quanto menos Estado, melhor’, passa por várias ‘técnicas de reversão do estatismo’. Instrumento por excelência do processo de government downsizing - que não se quer confundir com um eclipse do Estado - veio a ser a privatização da Administração Pública.⁶²

No mesmo sentido, pondera Paulo Otero que o movimento de desregulação, desestatização e privatização abriu um amplo espaço para o que denomina de “crise de identidade” do moderno direito administrativo:

Um dos primeiros factores reveladores da crise de identidade do moderno Direito Administrativo, expressando ainda um desenvolvimento reflexo dos excessos intervencionistas do Estado de bem-estar (v. supra, n. 9.2.10), reside na verdadeira ‘fúria’ privatizadora que tem alastrado pela Administração Pública e que, sem prejuízo do seu sentido polissémico, encontra quatro principais manifestações: (a) privatização das formas organizativas da Administração Pública; (b) privatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas; (c) privatização do Direito regulador da actividade administrativa; (d) privatização das relações laborais infra-administrativas.⁶³

Assim sendo, esse movimento de retirada do Estado da atividade econômica iniciou um esforço metodológico, doutrinário e jurisprudencial, para fins de

⁶¹ *El Nuevo Derecho Administrativo*. In CARCASSONE, G. e outros. Transformaciones del Derecho Público, p. 64 et. seq.

⁶² *Entidades Privadas com Poderes Públicos*. p. 45.

⁶³ *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, p. 304.

aplicação de um regime jurídico híbrido (público e privado) para as entidades não estatais, evitando-se, com isso, o que Maria João Estorninho denomina de “fuga para o direito privado”.⁶⁴

Porém, esta orientação política e econômica que reduziu a intervenção direta do Estado não significou, contudo, uma diminuição da regulação. Ela apenas mudou de áreas ou tomou novas formas. Por outro lado, as políticas de privatização obrigaram, em muitos casos, a uma densificação da regulação.

Segundo Paulo Otero, a desregulação gerou re-regulação de diferente natureza:

Se o desenvolvimento do Direito Administrativo nos últimos vinte anos tem mostrado uma redução do papel econômico do Estado na produção directa de bens e na prestação de serviços, falando-se na rotura do ‘compromisso keynesiano’ do ‘Estado-providência’ e num processo de liberalização, o certo é que, todavia, e algo contraditoriamente, isto não tem significado uma redução do intervencionismo regulador do Estado, antes se registrou, muito pelo contrário, um crescimento da regulação jurídica da economia: a liberalização fez o ‘Estado prestador’ converter-se em ‘Estado Regulador’ (...) A intervenção administrativa não é hoje menor do que era antes da liberalização econômica: ela é diferente.⁶⁵

Por esse motivo, Vital Moreira adverte, com razão, que só existe desregulação pública em sentido próprio quando o Estado se desonera de tarefas de regulação sem sequer guardar uma função de supervisão da regulação levada a cabo por uma organização profissional. Note-se que o que ocorre na maioria das vezes é que o Estado só abandona a regulação em parte, delegando tarefas de regulação a organismos profissionais, sob sua fiscalização ou supervisão. Noutros casos, a desregulação supõe um compromisso de que as organizações profissionais estabelecerão um sistema de autorregulação sob sua direta e exclusiva responsabilidade, sabendo que se o não fizer correm o risco de terem de volta a regulação estatal. Assim sendo, muitas vezes a desregulação não quer dizer supressão da regulação, mas sim a “desestatização” ou “privatização” da regulação.⁶⁶

⁶⁴ *A fuga para o direito privado – contributo para o Estudo da Actividade de Direito Privado da Administração Pública*. Lisboa: Almedina, 1999.

⁶⁵ *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, p. 301 et. seq.

⁶⁶ MOREIRA, V., *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, p 77.

Pedro Gonçalves recorda que o imperativo da regulação estatal prova estarem certos os que têm defendido que, apesar da privatização de algumas metamorfoses inerentes, há uma perpetuação ou um princípio de manutenção das tarefas públicas: “O ‘regresso ao mercado’ convive, tem de conviver, com a sobrevivência da atribuição indeclinável do Estado de garantir que as (novas) tarefas privadas de interesse público são executadas em certos termos e condições.”⁶⁷

Para Floriano Azevedo Marques Neto, a explicação para esse fenômeno decorre do fato de que deixando o Estado de ser ele próprio provedor do bem ou serviço de relevância social, tem ele que passar a exercer algum tipo de controle sobre esta atividade, sob pena de estar negligenciando o controle da produção de uma utilidade dotada de essencialidade e relevância.⁶⁸

Com efeito, em uma economia de livre concorrência balizada por fins sociais de natureza constitucional, revela-se inaceitável que os próprios particulares estabeleçam seus limites de atuação, advindo de seu animus capitalista, sem nenhum tipo de controle ou fiscalização.

Por outro lado, a substituição do investimento público pelo investimento privado em setores que demandam altos investimentos e longos prazos de amortização do capital, como as áreas de infraestrutura, exigem regras claras e estáveis, que justifiquem o ingresso de agentes privados.

Assim, os setores privatizados passam a ser objeto de uma regulação pública com o objetivo de conferir mais segurança e racionalidade ao livre exercício da atividade econômica e, ao mesmo tempo, garantir os direitos sociais e o desenvolvimento da economia nacional. Surge assim, esta nova feição do Estado capitalista: o Estado regulador.

Não há dúvida, portanto, que o Estado capitalista regulador revela-se materialmente distinto das formações anteriormente existentes. Ele deixa de executar e passa a planejar, organizar, supervisionar e fiscalizar atividades indicativas, iniciativas e imperativas relacionadas à prestação dos serviços públicos, bem como no que concerne às atividades econômicas e sociais. Nessa

⁶⁷ *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, p. 172.

⁶⁸ *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In SUNDFELD, C. A. (coord.). *Direito Administrativo Econômico*, p. 75.

forma de organização estatal, a execução de diversas atividades passa à iniciativa privada por meio dos processos de desestatização e de privatização.

Além disso, a lógica de um Estado regulador constitui pauta a ser aplicada à administração pública, como substrato à sua reforma. Ou seja, nos novos espaços de atuação administrativa do Estado deve-se procurar conciliar novos conceitos-chaves da dogmática juspublicística, tais como: flexibilidade, eficiência, publicidade, responsabilidade, transparência e socialidade.⁶⁹

Sem embargo, o Estado capitalista regulador não se reconduz à mera regulação da economia e do mercado, cabendo, ainda, a ele, explorar diretamente várias atividades, quando necessárias aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.⁷⁰

Como ressalta Marçal Justen Filho, o Estado Regulador, ao restringir drasticamente sua atuação direta no domínio econômico, não abandona a busca pela concretização dos valores preconizados na respectiva constituição, apenas altera os instrumentos utilizados nessa empreitada.⁷¹ Até porque, a regulação também pode ser entendida como um conjunto de políticas públicas que visa realizar valores econômicos e não-econômicos considerados fundamentais por uma dada sociedade em uma época determinada. Essas políticas incluem a implementação de medidas legislativas e administrativas, destinadas a incentivar práticas consideradas desejáveis e a reprimir aquelas que forem entendidas como sendo incompatíveis com os valores defendidos nessa sociedade.⁷²

De acordo com a classificação proposta por Eros Roberto Grau, há três formas de intervenção do Estado na ordem econômica: a) intervenção por absorção ou participação; b) intervenção por direção; c) intervenção por indução. A intervenção por absorção se dá quando o Estado assume integralmente os meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio. Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição

⁶⁹ FREITAS, D. B. *A fragmentação administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*, p. 90.

⁷⁰ SADDY, A. *Função administrativa regulatória: novos aspectos relacionados a atividade não-prestacional do Estado na economia*. In MARTÍNEZ, A. L.; SADDY, A. (coord.) *Estudos sobre Regulação e Crises dos Mercados Financeiros*, p. 122-123.

⁷¹ *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 23.

⁷² *Ibid.*, p. 43.

com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades no mesmo setor. Quando intervém por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.⁷³

Assim sendo, quando o Estado intervém na atividade econômica, por força do princípio constitucional fundamental do Estado democrático de direito, deve utilizar os instrumentos e mecanismos postos a sua disposição diretamente pelo legislador constituinte e nos limites estabelecidos pelos princípios e valores fundantes do Estado.

No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 fez coexistir vários princípios e valores quando se trata de intervenção do Estado na ordem econômica.

Primeiramente, há uma tríplice alusão ao princípio da livre iniciativa como limite à intervenção estatal na ordem econômica: como fundamento da república (artigo 1º, inciso IV), como direito individual (artigo 5º, inciso XIII) e como postulado orientador da atividade econômica (artigo 170, inciso IV). Do princípio da liberdade de iniciativa derivam dois outros correlatos: o princípio da abstenção e o princípio da subsidiariedade.

O princípio da abstenção encontra fundamento no liberalismo econômico e preceitua que, via de regra, o Estado não deve se intrometer na atividade econômica, especialmente exercendo, ele próprio, a atividade.⁷⁴ Pelo princípio da subsidiariedade, o Estado só intervém diretamente na atividade econômica nas hipóteses autorizadas na Constituição (artigo 173), ou seja, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

⁷³ GRAU, E. R. A ordem econômica na constituição de 1988. *Interpretação e Crítica*, p 83 et. seq. Outro aspecto ressaltado pelo autor é que as expressões intervenção e atuação estatal não são absolutamente, mas relativamente, intercambiáveis. A intervenção indica, em sentido forte, atuação estatal em área de titularidade do setor privado. Atuação estatal indica ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo. *Op. cit.*, p. 85. Dessa forma, o Estado não praticaria intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação do serviço público, pois atua, no caso, em área de sua própria titularidade.

⁷⁴ SOUTO, M. J. V. *Direito Administrativo em Debate*, p. 47.

Importante destacar que, à luz do princípio da subsidiariedade, nascido da amálgama entre o pensamento de Aristóteles e o pensamento católico, de aplicação primeira no federalismo dos Estados Unidos da América e no da Suíça, elevado a princípio constitucional no Tratado de Maastricht e no Protocolo de Amsterdã, instituidores da União Europeia, cabe ao Estado atuar apenas para preencher aquelas funções que a sociedade e seus membros não conseguiram desempenhar.⁷⁵

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Destarte, tudo o que puder ser provido pela sociedade, por seus próprios entes e por seus respectivos meios, deverá sê-lo, assim como tudo o que puder ser atendido pelas organizações políticas locais, não deverá passar às regionais e, sucessivamente, o que as entidades regionais tiverem condições de resolver não deverá ser transferido ao Estado Central que, por sua vez, deverá atuar apenas subsidiariamente na solução de quaisquer problemas que depasem suas próprias possibilidades de atuar eficientemente.⁷⁶

No mesmo sentido, o entendimento de Silvia Faber Torres:

O princípio da subsidiariedade ressurgiu como justificativa de um Estado “subsidiário”, em alternativa ao Estado de Bem Estar Social ou Providencial, e restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social, e, de outro, quando a sociedade mostrar-se incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, estenda-se além da necessidade averiguada.⁷⁷

⁷⁵ Segundo Fausto de Quadros, a primeira tentativa de introduzir no Direito Comunitário o princípio da subsidiariedade deve ser encontrada, por manifesta influência do Relatório Tindemans, no Projeto de Tratado sobre a União Europeia, aprovado pelo Parlamento Europeu em 14 de fevereiro de 1984, concretamente, no seu preâmbulo e nos artigos 12º e 66º. No direito português, refere o mesmo autor, que o princípio da subsidiariedade teve a sua primeira menção expressa na Lei-Quadro das Regiões Administrativas, aprovada pela Lei nº 56/91, de 13 de agosto, artigo 4º: “A autonomia administrativa e financeira das regiões administrativas funda-se no princípio da subsidiariedade das funções destas em relação ao Estado e aos municípios e na organização unitária do Estado” Cf. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*, p. 27 e 63.

⁷⁶ *Mutações do Direito Público*. p. 257-258. Na mesma obra, o autor aponta o paradoxo da globalização em termos de redistribuição do poder estatal. Das novas organizações estatais resultantes das tensões centrípetas e centrífugas do poder, decorrem, simultaneamente, a micro e a macrorregionalização, ou seja, tanto produz o reforço do poder local a partir da consagração do princípio da subsidiariedade (municipalismo), como, no polo oposto, o surgimento dos centros de poder transnacionais (regionalismo). Parafraçando DANIEL BELL, o “Estado se tornou grande demais para os pequenos problemas e pequeno demais para os grandes problemas”. *Ibid.*, p. 251.

⁷⁷ *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*, p. 14.

Segundo Fausto de Quadros, a “subsidiariedade recusa, portanto, o monopólio da Administração na prossecução do interesse público e leva à concretização do princípio da participação, que consiste numa manifestação da idéia de Democracia”.⁷⁸

Assim sendo, fora dos casos expressamente previstos na Constituição, o Estado somente pode atuar na ordem econômica como agente normativo e regulador, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (artigo 174).

Todavia, mesmo diante da regra da livre iniciativa e dos subprincípios correlatos da abstenção e subsidiariedade, a Constituição Federal de 1988 ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica faz expressa referência à soberania nacional; função social da propriedade; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. É dizer, apresenta-se no ordenamento constitucional um misto de intervencionismo e liberalismo econômico, como se o Constituinte tivesse colhido em cada um dos modelos ideológicos de Estado o que ambos trazem de virtudes e de defeitos, o que leva à conclusão da mescla entre os modelos de Estado liberal e social.⁷⁹

Ademais, forçoso concluir que a intervenção do Estado não é um fim em si mesmo, ostentando, portanto, nítido caráter instrumental, significando que ela é meio para o alcance dos fins traçados pela própria constituição, notadamente, aqueles referidos no artigo 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Parece inegável o fato de que o detalhamento constitucional nesta seara pode ensejar, eventualmente, um aparente conflito de normas, valores e princípios enumerados nos dispositivos em comento. Nesse caso, o objetivo do intérprete e aplicador da norma deverá ser o de buscar um equilíbrio entre esses valores e princípios resguardados pela Constituição.

⁷⁸ Ibid., p. 18.

⁷⁹ GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988. Interpretação e Crítica*, p.174-175.

Em síntese, o Estado regulador brasileiro não se reduz à mera função de disciplinador e de fiscalizador da atividade econômica. Este deve reger-se pelo equilíbrio e ponderação a livre iniciativa, os fundamentos e os objetivos do Estado democrático de direito.

2.3.

A reforma da administração pública

Com as mudanças iniciadas a partir da década de 1980, especialmente na forma pelo qual o Estado atuava na economia, os governos se viram na contingência de reestruturar as suas respectivas administrações públicas.

A administração pública burocrática que privilegiava o controle hierárquico, a unidade de atuação e excessivas formalidades procedimentais fazia sentido no Estado liberal do século XVIII, cujas dimensões reduzidas e de prestações mínimas não exigiam mais do que o mínimo necessário para a satisfação dos interesses públicos. Por outro lado, tal severidade justificava-se pela desconfiança que os mentores daquele modelo tinham em relação às antigas práticas patrimonialistas de captura do Estado, da utilização do aparelho estatal pelos políticos, funcionários, etc., com a finalidade de usufruir benefícios econômicos e patrimoniais.⁸⁰

No Estado contemporâneo, as funções estatais de satisfação dos interesses coletivos sofrem um incremento quantitativo e qualitativo, onde os cidadãos se tornam mais conscientes e participantes da vida política, e os direitos públicos passam a ser dominantes, tornou-se iminente a refundação da administração pública sob novas bases.

A modernização da administração pública emergiu primeiramente no Reino Unido, em 1979, no governo Thatcher,⁸¹ e nos Estados Unidos da América, em 1980, no governo Reagan. Nos anos seguintes, a gestão pública foi aprimorada.

⁸⁰ MELO, F. J. G. *Admissão de Pessoal no Serviço Público*, p.31.

⁸¹ Algumas das principais características do modelo gerencial do Reino Unido são a criação de agências, de organizações públicas não estatais, as conhecidas QUANGOS (Quasi-autonomous non-governmental organization) ou NDPBs (Non-departmental public body), a avaliação e privatização de setores públicos. Essas organizações inglesas apresentam como características: hibridez, semi-autonomia, busca por maior eficácia e eficiência, direito de escolha e satisfação do consumidor, estatuto de membros da diretoria pelo governo, plano de negócios e contratos com objetivos, metas e formas de avaliação. Cf. ALCANTARA, C. M. *O modelo gerencial: organizações públicas não-estatais e o princípio da eficiência: uma visão jurídica e administrativa*, p. 33-35.

Nos Estados Unidos, com os programas “Reforma 88”, da comissão Grace e com o programa “Reinventando o Estado”, da comissão Al Gore. No Reino Unido, com o programa “Next Steps”, notadamente com a criação de agências executivas.⁸²

Na França, a política de modernização da administração pública iniciou-se pela Circulars Rocard, de fevereiro de 1989. A política de renovação tinha quatro premissas gerais: transformação das relações de trabalho por uma gestão mais dinâmica de pessoal; desenvolvimento de responsabilidades por meio de uma forte desconcentração de competências controladas por contratos de gestão e avaliação das políticas públicas.⁸³

No Brasil, o processo de reforma institucional da administração pública com vistas à modernização do Estado ocorreu, basicamente, em três momentos estratégicos da história republicana do país.

O primeiro, na década de 1930, com o projeto nacional-desenvolvimentista de Getúlio Vargas voltado para a expansão do papel do Estado na ordem econômica e social. Criou-se uma burocracia do tipo weberiana, hegemônica à época, meritocrática, profissional e universalista, destinada a produzir políticas públicas em larga escala, que tinha na criação do Departamento Administrativo do Serviço Público - Dasp, em 1938, a sua principal marca.

No entanto, o projeto varguista teve duas faces: uma modernizadora e outra autoritária e centralizadora.

Por um lado, a reforma buscava modernizar a gestão pública conforme os princípios burocráticos weberianos, com o intuito de criar um Estado eficaz na suas novas tarefas desenvolvimentistas. Em linhas gerais esse objetivo foi alcançado. Cite-se como exemplo: a criação da Comissão Permanente de Compras, em 1931, que incorporou à administração pública o controle e a padronização nos processos de aquisição de materiais para o governo; a previsão na Constituição de 1934, pela primeira vez na história constitucional, da realização do concurso público como regra para o acesso aos cargos públicos; a criação da Comissão Especial do Legislativo e do Executivo para Reforma Econômica-Financeira (Lei n. 51/1935), na qual foram propostas medidas para

⁸² LALLIOT, P. *La modernisation de l'administration*. In PETIT, J. *Droit Administratif et Administration*. Notice 29, p. 145-149.

⁸³ *Ibid*, p. 147.

padronizar os vencimentos dos servidores públicos; a edição do Decreto-Lei n. 2.026/40, criando a Comissão do Orçamento do Ministério da Fazenda, atuando como primeiro órgão central orçamentário e o papel do Departamento Administrativo do Serviço Público - Dasp na supervisão dos processos de gestão e treinamento de pessoal.

Mas por outro lado, por não ter envolvido negociação com a classe política e os setores sociais, o modelo tornou-se autoritário e centralizador. Não sendo capaz de alterar o status quo representado pelos interesses agrários, nem com a necessidade de ter uma parcela do Estado voltada à patronagem, que tinha por objetivo manter o apoio de parcela da elite ao varguismo. Nesse ponto, além de exercer primordial papel no processo de controle e organização administrativa do Estado, o Dasp teve a importante função do controle político, por meio dos departamentos administrativos estaduais (“Daspinhos”), sendo um instrumento fundamental no propósito autoritário e centralizador do Estado Novo.⁸⁴

A queda do Estado Novo enfraqueceu o Dasp. Os concursos públicos foram cancelados e os controles administrativos perante às atividades dos Ministérios foram suspensos. Uma parcela significativa de cargos públicos foi ocupada de forma patrimonialista, particularmente por meio da efetivação dos funcionários interinos e extranumerários, admitidos sem concurso público. Daí em diante, até sua extinção, na década de 1980, o órgão foi se tornando um grande cartório da administração civil.

O segundo momento de reforma administrativa do Estado ocorreu com a edição do Decreto-Lei n. 200/67, durante o período do regime militar. Entre as principais características dessa reforma, destacam-se três: a primeira foi a descentralização administrativa, dando maior poder decisório e flexibilidade gerencial à administração indireta, com o objetivo de tornar o Estado mais ágil para expandir suas ações, particularmente no campo econômico; a segunda, era a previsão de formas de coordenação e de controle das unidades descentralizadas, fortalecendo os órgãos de planejamento e criando ou remodelando as entidades responsáveis pelo orçamento, auditoria, compras e informações estatísticas. A

⁸⁴ ABRUCIO, F. L.; PEDROTI, P.; PÓ, M. V. *A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas*. In LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L.; PACHECO, R. S. (orgs.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*, p. 37-41.

terceira característica diz respeito à estrutura federativa do Estado brasileiro. Nesse ponto, o modelo administrativo previsto no Decreto-Lei n. 200/67 continha um paradoxo: ao mesmo tempo que propugnava maior descentralização administrativa, estimulava a reprodução nos estados e municípios da estrutura institucional vigente no âmbito federal, por meio de incentivos previstos nos programas nacionais e nas formas de financiamento aos governos subnacionais.⁸⁵

O modelo reformista do regime militar continha quatro problemas básicos. O primeiro era o seu caráter autoritário. O segundo foi que a descentralização da administração pública fracassou em seu objetivo de criar mecanismos de coordenação. O sistema de controle não funcionou conforme o esperado, sendo incapaz de implantar mecanismos de aferição de desempenho das diversas unidades. O terceiro avançou ainda mais na lógica daspiana de fortalecer a administração indireta e, concomitantemente, não conseguiu dar o mesmo valor à administração direta. Por fim, o modelo ampliou o paradigma centralizador daspiano, em busca de controle e de uniformização dos governos subnacionais diante dos objetivos da União.⁸⁶

No seu ocaso, o regime militar ainda teve uma importante ação administrativa: a criação do Programa Nacional de Desburocratização, idealizado pelo ministro Hélio Beltrão, em 1979. O projeto procurava facilitar o acesso dos cidadãos aos serviços do Estado, atuando, particularmente, contra a burocratização excessiva que dificultava o exercício da cidadania. Algumas poucas ações foram adiantes como, por exemplo, o Juizado de Pequenas Causas e o Estatuto da Microempresa, ambos aprovados pelo Congresso em 1984. O projeto encontrou resistências dentro do governo militar que temia os seus efeitos democratizantes, enquanto a burocracia temia perder o seu poder de criar e interpretar os procedimentos. Não obstante, o debate causado pelo Programa Nacional de Desburocratização preparou o terreno para as novas ideias que apareceram na Constituinte e na Reforma Bresser.⁸⁷

O terceiro momento de reforma administrativa do Estado começou com o fim do período militar. Era preciso atacar os problemas históricos da burocracia brasileira e, diferentemente dos momentos anteriores, realizá-lo sob a égide

⁸⁵ Ibid., p. 47-50.

⁸⁶ Ibid., p. 50-52.

⁸⁷ Ibid., p. 53.

democrática, seja na negociação e montagem das propostas, seja na proposição de instrumentos que democratizassem o Estado.

No final da década de 1980, algumas alterações no desenho estatal foram tomadas. No entanto, o reformismo administrativo não foi muito longe. A única exceção foi a criação, em 1986, da Escola Nacional de Administração Pública - Enap, num esforço de melhorar a capacitação da alta burocracia. Dois motivos levaram a esse fracasso. O primeiro foi a dificuldade política que envolvia o governo Sarney. Em parte porque o ministério havia sido inchado por Tancredo Neves para congregar todos os grupos que apoiaram a transição, tornando o gabinete pouco governável; e em parte porque o presidente carecia de legitimidade política.⁸⁸

Mudanças mais profundas só vieram com a Constituição Federal de 1988. Os constituintes fizeram incluir artigos que alteraram a estrutura do aparelho do Estado e um capítulo específico dedicado à administração pública. No entanto, a nova ordem constitucional materializou aspectos negativos no que tange à administração pública como, por exemplo, a multiplicação exagerada de municípios, a criação de um federalismo compartimentalizado, aumento do corporativismo estatal, que somados à crise fiscal redundou, na década de 1990, numa percepção da opinião popular de que a Constituição de 1988 não tinha resolvido uma série de problemas da administração pública.⁸⁹

No governo Collor e Itamar as medidas administrativas tomadas, sob o ponto de vista da inovação na gestão pública, não foram relevantes.⁹⁰ Somente no governo Fernando Henrique Cardoso a agenda reformista foi mais ativa. Sua plataforma foi erigida a partir de um diagnóstico que ressaltava, sobretudo, o que havia de mais negativo na Constituição de 1988, e apoiava-se fortemente no estudo e na tentativa de aprendizado em relação à experiência internacional, marcada pela construção da chamada administração pública gerencial.⁹¹

⁸⁸ Ibid., p. 54-55.

⁸⁹ Ibid., p. 57-58.

⁹⁰ O governo Collor definiu-se, no campo da gestão pública, por princípios simples. Privatizar empresas estatais e reduzir o quadro do funcionalismo público em aproximadamente 30% de forma linear, objetivo que foi obtido por força da compressão salarial ou de estímulos voluntários à demissão. Cf. IPEA. Estado, instituições e democracia. p. 196.

⁹¹ ABRUCIO, F. L.; PEDROTI, P.; PÓ, M. V. *A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas*. In LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L.; PACHECO, R. S. (orgs.). Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI, p.59.

Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira, a administração pública gerencial emerge como resposta à crise do Estado, especialmente na área fiscal e como instrumento de proteção do patrimônio público contra os interesses do rent-seeking ou da corrupção aberta. Para o mesmo autor, algumas características da Administração pública gerencial podem ser especificadas, como por exemplo, a sua orientação para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos.⁹²

Na linha dessas transformações jurídico-políticas, ganha relevo o conceito de “administração por objetivos”, sendo atendido com a aplicação de novas técnicas de descentralização e de delegação, especialmente a deslegalização; a distinção entre decisão político-administrativa e decisão técnica; o incremento da processualidade administrativa e, por fim, o desenvolvimento da negociação da execução do interesse público.⁹³

No plano institucional, o processo de reforma administrativa estava subordinado a três órgãos, que tinham como atribuições específicas debater e propor políticas e diretrizes para a Reforma do Estado: a Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República, o Conselho de Reforma do Estado e o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.⁹⁴ A Câmara de Reforma do Estado da Presidência da República foi responsável pela dimensão político-estratégica da reforma. Deveria aprovar, acompanhar e avaliar os projetos de Reforma, como um dos órgãos colegiados do Conselho de Governo. O Conselho de Reforma do Estado desempenhou função consultiva, analítica e de articulação, perante a sociedade civil, dos programas propostos, não estando seus conselheiros vinculados à administração pública. Diferentemente dos outros dois órgãos, o Conselho não fazia parte do governo, constituído idealmente como órgão do Estado. O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

⁹² *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In PEREIRA, L. C. B. e SPINK, P. (orgs) Reforma do Estado e administração pública gerencial, p. 26-27.

⁹³ NETO, D. F. M. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 237-238.

⁹⁴ Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República foi criada por meio do Decreto n. 1.526/95; Conselho de Reforma do Estado foi criado Decreto n 1.738/96. As competências do MARE foram definidas na Medida Provisória n. 1.450/96.

teve como função o estabelecimento das políticas e diretrizes da reforma do Estado.

Com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, que definiu os objetivos e estabeleceu as diretrizes da reforma, começou o processo que resultou na construção do Estado regulador e promoveu a redução do Estado interventor no domínio econômico.⁹⁵ O plano geral da reforma teve como premissa estrutural a distinção entre os diversos setores do Estado: o núcleo estratégico, as atividades exclusivas, os serviços não exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado.

O núcleo estratégico é o centro no qual se definem as leis, as políticas e como as fazer cumprir. É formado pelo parlamento, pelos tribunais, pelo presidente e seus ministros e pela cúpula dos servidores civis. As atividades exclusivas são aquelas que envolvem o poder extroverso do Estado e que visam garantir diretamente o cumprimento das leis e das políticas públicas. Integram esse setor as forças armadas, a polícia, a agência arrecadadora de impostos, as agências reguladoras, as de financiamento, as de fomento e controle dos serviços sociais e da seguridade social. Os serviços não exclusivos são todos aqueles que o Estado provê, mas que, por não envolverem o poder extroverso, podem ser oferecidos pelo setor privado e pelo setor público não-estatal. Por fim, o setor de produção de bens e serviços é formado pelas empresas estatais.⁹⁶

No plano constitucional, tais reformas foram efetivadas pelas Emendas Constitucionais n. 19 e 20/1998, que definiram teto para o gasto com o funcionalismo, alterações no regime jurídico único dos servidores públicos, introdução do princípio da eficiência administrativa e a maior abertura para o controle social. Tais mudanças constituíram-se em peças essenciais na criação de uma ordem jurídica que estabeleceu parâmetros de restrição orçamentária, de otimização das políticas e de democratização da gestão pública.

⁹⁵ Plano Diretor da Reforma do Estado. Câmara da Reforma do Estado, Presidência da República, versão 9.8.95, Brasília, 1995.

⁹⁶ *Da administração pública burocrática à gerencial*. In PEREIRA, L. C. B. e SPINK, P. (orgs) Reforma do Estado e administração pública gerencial, p. 244. Consulte-se, ainda, do mesmo autor, A Reforma do Aparelho de Estado e a Constituição de 1988. Texto para Discussão, ENAP, Brasília, n. 1, 1995; Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil. São Paulo, Editora 34, 1996; A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. Cadernos MARE, n. 1 Brasília, 1997;

No entanto, o projeto do governo Fernando Henrique Cardoso não teve força suficiente para sustentar uma reforma da administração pública ampla e, principalmente, contínua. O legado negativo do período Collor⁹⁷, a pouca importância dada ao tema por parte do núcleo central do poder, as resistências da área econômica e a oposição do partido dos trabalhadores às iniciativas governamentais, movida pelo peso do corporativismo dentro do partido e por uma estratégia de rotular qualquer iniciativa da reforma de neoliberal, criaram obstáculos ao projeto do plano diretor.⁹⁸

O segundo mandato do governo Fernando Henrique Cardoso, mesmo tendo incorporado algumas conquistas da Reforma Bresser, foi marcada, na maior parte do tempo, pelo empobrecimento da agenda da gestão pública.

O governo Lula e o governo Dilma continuaram uma série de iniciativas advindas da experiência anterior da modernização do Estado, particularmente, no reforço de algumas carreiras, no campo do governo eletrônico⁹⁹ e na nova moldagem que foi dada à Controladoria-Geral da União¹⁰⁰, hoje um importante instrumento no combate à ineficiência e à corrupção.

Para continuar na trilha das reformas da gestão pública, é consenso entre os especialistas que será necessário inovar nas práticas administrativas, profissionalizar a gestão e democratizar mais o poder público. Adicionalmente, a expansão dos serviços públicos com qualidade requer elevada capacidade de articular executores das políticas, atrair parcerias, mobilizar a sociedade e gerar coalizões, inclusive com os demais poderes e entre os níveis de governo. Em suma, requer liderança e ousadia, mas também método e pertinência, além de um compromisso dos governantes para tornar o Estado mais aberto e ético.¹⁰¹

⁹⁷ Conforme ressalta Cláudia Costin, a reforma Bresser foi recebida com ceticismo, dado os descalabros daquela empreendida no governo Collor e a agenda ligada à administração burocrática que havia sido reforçada pelo clima que culminou no impeachment do presidente. *Administração Pública*. p. 68.

⁹⁸ ABRUCIO, F. L.; PEDROTI, P.; PÓ, M. V.. *A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas*. In LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L.; PACHECO, R. S. (orgs.) *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI*, p. 65.

⁹⁹ O Portal da Transparência disponibiliza grande parte dos dados e informações públicas para acesso do cidadão: www.portaldatransparencia.gov.br

¹⁰⁰ Criada pela Medida Provisória n. 2.143-31, de 02.04.2001.

¹⁰¹ ABRUCIO, F. L.; MORELLI, G.; GUIMARÃES, T. B. *Caminhos para aperfeiçoar a gestão pública brasileira: lições recentes e uma agenda futura*. In GIAMBIAGI, F.; PORTO, C. (orgs.). 2022: propostas para um Brasil melhor no ano do bicentenário, p. 138.