

## **A DEMOCRACIA, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO DE CIDADANIA\***

**JOAQUIM FALCÃO**

### **1. INTRODUÇÃO**

1.1 — A crise do atual regime político tem múltiplos aspectos. Um deles aponta para o esgotamento da forma e da prática da atual Administração Pública, enquanto operacionalizadora — quotidiana das decisões econômicas e políticas do Estado. Ou melhor, aponta para a crise das relações entre a Administração Pública e os cidadãos. Os indicadores desta crise são visíveis: vão desde o crescente déficit público e perda da eficiência operacional, até à crescente insatisfação social do empresariado, inclusive, com a Administração. A partir daí, qualquer que seja a evolução da crise — a modernização estabilizadora do regime ou sua superação em direção ao novo regime democrático e distributivista — as relações entre a Admi-

\* Tomado de las Actas de la Conferencia Nacional OA OAB, Pánel 8, celebrada en Recife en 1984.

nistração e os cidadãos provavelmente mudarão.

O primeiro desafio para quem pretende compreender a crise e vislumbrar ensaios alternativos de mudança é descrever e explicar como se desenvolveu de 1964 em diante a "inesperada" estatização da vida quotidiana dos indivíduos e das empresas. O que exige dupla avaliação. Por um lado, cumpre avaliar as relações entre a Administração e os direitos de cidadania. Por outro, as relações entre a Administração e o mercado econômico.

1.2 — A estatização da economia, a centralização e burocratização da Administração Pública, a proliferação legislativa e a hipertrofia do Executivo são aspectos diferenciados de um fenômeno único: o controle e atendimento seletivo e hierárquico das demandas econômicas dos cidadãos através de progressiva intervenção do Estado no mercado. Esta intervenção, que molda a forma e a prática da Administração Pública, é um processo complexo, consensual algumas vezes, conflitivo e contraditório quase sempre, que precisa ser compreendido.

Para tanto, é necessário, de saída, superar os conceitos — clássicos de Estado e Sociedade Civil, concebidos como duas esferas conjuntamente exaustivas e diferenciadas que dividem o universo-nação. Diante da realidade brasileira observável, tais conceitos têm pouco poder explicativo. São insuficientes. Pois dificilmente abrangem a complexa interpenetração entre Estado e Sociedade Civil que tanto os descaracteriza reciprocamente, quanto provoca a "inesperada" estatização.<sup>1</sup>

Basta, por exemplo, observarmos que no Brasil, ao mesmo tempo em que o Estado usou dos poderes inerentes à soberania e, regulamentou coativamente o comportamento de indivíduos e empresas no mercado, este mesmo Estado competiu no mercado como se fosse um igual. Como se fosse uma entidade privada. Foi juiz e jogador ao mesmo tempo. Subordinou e concorreu ao mes-

<sup>1</sup> Ver Fernando Henrique Cardoso, "Dependência e Democracia", Trabalho apresentado à conferência "Democratizing Brazil", Yale University, New Haven, 1 a 4 de Março de 1983.

mo tempo. Ocorreu o que denominamos privatização dos recursos públicos. E vice versa. Alguns segmentos privilegiados ao mercado, vale dizer, da Sociedade Civil, conseguiram expandir e ampliar sua participação no universo-nação. Não através da redução da órbita do Estado, como afirmaria a teoria clássica. Mas ao contrário, utilizando-se da forma estatal e ampliando-a. Utilizando, inclusive, os poderes inerentes à soberania. Ocorreu o que denominamos publicização dos interesses privados. Neste sentido, podemos dizer que a estatização é um processo ao mesmo tempo de privatização de recursos públicos e de publicação dos interesses privados.

1.3 — A análise da expansão das atividades da Administração Pública neste contexto de estatização e suas conseqüências desiguais para os direitos de cidadania dos indivíduos compreenderá a primeira parte deste trabalho. A segunda focalizará os caminhos que podem contribuir para democratizar as relações entre a Administração Pública e os cidadãos, buscando, sobretudo, ampliar a representação e participação coletiva da maioria dos cidadãos ao processo decisório desta Administração. Na medida em que cabe ao direito administrativo, como ramo do direito público, regulamentar este processo decisório, o direito administrativo aparecerá como instância do direito positivo estatal onde os *direitos da cidadania coletiva* necessitam-se expandir. Assegurados, como já estão, um mínimo de direitos e garantias individuais.

## 2. A EXPANSÃO DO ESTADO (1964 — 1984)

2.1 — A expansão do Estado é uma necessidade complexa. Necessidade que ocorreu, e ocorre ainda, em todo o mundo contemporâneo: capitalista ou socialista. Neste texto, focalizamos uma expansão que acreditamos peculiar ao Brasil: a expansão que se dá através de serviços públicos que assumem a forma empresarial privada, assumem o "ethos" empresarial, e a quem se dá através da regula-

mentação estatal das atividades privadas dos cidadãos e das empresas. Estes dois tipos de expansão podem estar presentes, de forma combinada ou não, em qualquer setor da Administração Pública: na prestação dos serviços públicos básicos, como no setor energético, por exemplo, ou na extração e industrialização de recursos naturais estratégicos, como no setor mineral e petrolífero. Ao falarmos de estatização da economia estamos nos referindo, especificamente, a estes dois tipos de expansão do Estado.

Neste período, a estatização da economia e a correlata expansão da Administração apresentou, entre outras, duas características importantes:

a) Por um lado, apresentou uma progressiva apropriação pelo Estado de relevantes mecanismos pelos quais o mercado determina o preço de bens e de serviços produzidos;

b) Por outro, apresentou uma progressiva neutralização seletiva da participação dos cidadãos, enquanto direito de cidadania, no processo decisório da Administração, sobretudo, federal.

2.2 — A apropriação de mecanismos de determinação dos preços significa, em última análise, a apropriação do processo de formação e distribuição do capital. Tal apropriação não se deu integralmente, é óbvio. Pois aí estaríamos em regime de planejamento central e de estatização dos meios de produção. Não estamos. O Estado não se substituiu ao mercado, nem o planejamento ao preço. A apropriação se deu através de uma *combinação peculiar* entre a expansão do Estado Administrativo, enquanto, sobretudo, Estado Legislador e a expansão do Estado Produtor-Consumidor e do Estado Financiador. Aquela significando a expansão do "imperium", através da lei. Esta significando a expansão da "societas", através do contrato. Aquela expandindo o direito público, e esta o direito privado. O que não ocorreu, porém, de forma paralela e concomitante. Ocorreu de forma combinada.

2.3 — Enquanto Estado-Produtor, por exemplo, o Estado em seus diversos níveis — federal, estadual e municí-

pal — aumentou quantitativa e qualitativamente sua participação na acumulação de capital. Os dados disponíveis são eloquentes. Em 1965, o setor público respondia por 39.10/o. Em 1978 respondia por 430/o<sup>2</sup>. No correr do período, esta expansão pretendeu legitimar-se sob argumentos diversos, e assumiu formas institucionais e práticas administrativas diferenciadas. Assim, por exemplo, logo depois de 1964, ainda sob a influência do nacionalismo do governo Goulart, a expansão justificou-se como *nacionalização dos serviços públicos*, então sob controle do capital estrangeiro, no caso de transportes públicos e energia elétrica etc. Em seguida, justificou-se como *modernização dos serviços públicos* em contexto marcado tanto pela escassez de capital e de competência gerencial no setor privado nacional, quanto pela crescente demanda popular por infra-estrutura urbana. Daí o surgimento de múltiplas empresas públicas na área de energia, transportes, telecomunicações e desenvolvimento urbano em geral. A Administração toma a forma de Eletrobrás, Embratel, Banco Nacional de Habitação, Nuclebrás etc..., agentes desta expansão.

Mais recentemente, porém, a expansão estatal justificou-se como *saneamento financeiro* necessário para amortecer o impacto econômico privado, sobretudo no setor industrial e financeiro. Seja diante do expressivo volume de recursos públicos envolvidos no financiamento das empresas privadas em dificuldades. Seja por causa do expressivo volume de poupança privada, inclusive poupança popular, em risco. Seja até pela necessidade de manter, numa economia de recessão, uma oferta mínima de empregos. O Banco do Brasil, o BNDES, o Banco Central, os bancos estaduais de desenvolvimento foram os principais operadores desta expansão, cujo exemplo mais recente é o apoio dado pelo BNDES à Fábrica Nova América, do setor têxtil no Rio de Janeiro, e menos recente, ao projeto Caraíba Metais.

<sup>2</sup> Ver Luiz C. Bresset Pereira —*Economia Brasileira — Uma introdução crítica* — Ed. Brasiliense — 1982 p. 55

2.4 — A expansão das atividades do Estado-Consumidor é concomitante à expansão do Estado-Produtor. São faces da mesma moeda: Estado-Produtor-Consumidor. Em vários e importantes setores da economia, o Estado passou a ser o principal comprador de bens e serviços produzidos pela iniciativa privada. O exemplo paradigmático é a indústria de bens de capitais, setor com alto grau de privatização acoplado a alto grau de dependência de seu quase único comprador: o Estado. Aí, não raramente, o Estado confunde-se com o mercado. Vale dizer, detém uma situação de quase monopólio da demanda. Em vários outros setores, quando não existe um quase monopólio, existe pelo menos uma participação do setor público suficiente para influenciar o nível de preços, como por exemplo, nos serviços para empreiteiras da construção, no setor de saúde e mesmo no setor de transportes aéreos.

2.5 — Não apenas como decorrência de suas atividades como Estado-Produtor-Consumidor, mas também como decorrência do aumento de seu endividamento no mercado nacional e internacional, da expansão do setor bancário estatal e da política de incentivos fiscais, o Estado transformou-se na principal fonte de recursos financeiros para as empresas privadas. A expansão do Estado-Financiador acompanha a expansão do Estado-Produtor-Consumidor. Basta lembrar a expansão do setor bancário estatal, cada Estado tendo, além da União, um ou vários bancos comerciais e de desenvolvimento e sociedades de crédito imobiliário.

A expansão do Estado-Financiador não decorre apenas de sua capacidade de emprestar recursos públicos à iniciativa privada. Decorre também do aumento do "dirigismo" que exerce sobre a poupança privada, canalizando-a por através da regulamentação legal para determinados setores. O que por sua vez o torna também solidário pelo eventual sucesso ou fracasso das atividades e setores financiados. O exemplo paradigmático aqui é o BNH e o Sistema Financeiro da Habitação.

2.6 — A expansão das atividades do Estado-Produtor-Consumidor e do Estado-Financiador foi no entanto insuficiente para assegurar, através do jogo livre do mercado, uma fixação de preços capaz de assegurar a rentabilidade dos incentivos feitos ou orientados pela Administração. Por isto, uma expansão complementar foi necessária: a expansão das atividades do Estado-Legislador. Proliferaram leis, decretos-lei, decretos, regulamentação das relações econômicas privadas do mercado. Intensificou-se o controle legal já existente sobre determinadas relações econômicas, e relações, antes de direito privado, passam a ser normatizadas pelo Poder Executivo. Expandiu-se o direito público, e nele o direito administrativo. O exemplo paradigmático aqui são as resoluções dos órgãos públicos estabelecendo cláusulas compulsórias para os contratos de financiamento ou mesmo de constituição de sociedade no Sistema Financeiro da Habitação e no sistema de incentivos fiscais. Publiciza-se o direito privado.

A proliferação legislativa e a ânsia regulamentadora acompanharam a crescente interferência do Estado na fixação dos preços dos bens e serviços. Proliferação de triplo objetivo. Por um lado, enquanto um conjunto de normas de organização, a proliferação institucionalizou e organizou a intervenção da Administração. Por outra, considerando a indisassociação que faz o senso comum entre legalizar e legitimar, ao legalizar a intervenção estatal, pretendeu-se revestir o intervencionismo da Administração com os padrões, pelo menos formais, do "estado de direito". Finalmente, pretendeu-se tornar os interesses da Administração imunes às flutuações da lei de oferta e procura que fixa, em última instância, o nível dos preços. Este aspecto, em geral obscurecido nas análises jurídico-políticas sobre a expansão do direito público, merece maior atenção.

2.7 — Tendo o regime dispensado uma democrática legitimação eleitoral do poder político, seu fortalecimento passou a depender do sucesso econômico-financeiro como

Estado-Produtor-Consumidor e Estado-Financiador. O que se tornou cada vez mais problemático. Dificilmente a Administração escapava impune das flutuações da oferta e da demanda, das flutuações dos preços. Estas flutuações se agravaram devido aos crescentes custos financeiros e correlata especulação financeira decorrentes da política monetária; aos desperdícios e mordomias decorrentes do controle estatal do mercado; e finalmente, devido à crescente concentração de renda e redução do crescimento do mercado interno decorrentes da política econômica recessiva. Daí, a expansão estatal, em vez de fortalecer o regime, acabou por enfraquecê-lo.

Sobretudo se consideramos que ao contrário do quase monopólio que detinha sobre os direitos políticos dos cidadãos, o regime não detinha igual monopólio sobre as atividades econômicas das empresas e dos consumidores. Neste sentido, dizemos que a expansão do direito público expressa, também, a pretensão do Estado em fixar "artificialmente" o preço dos bens e serviços, de modo a assegurar os investimentos ameaçados do Estado-Produtor-Consumidor e do Estado-Financiador. Evidência quotidiana deste processo é a fixação estatal dos preços de gasolina, dos transportes públicos, da energia ou das prestações habitacionais através de resoluções dos órgãos do Poder Executivo, independentemente da flutuação da oferta e demanda.

2.8 — Normalmente, as relações entre credor e devedor estariam reguladas no âmbito contratual do direito privado. Na medida, porém, em que o credor passar a ser o Estado-Financiador, estas relações passam progressivamente para o âmbito do direito público. No primeiro momento, a regulamentação, isto é, controle legal diretamente sobre o devedor, e indiretamente sobre o consumidor, atinge apenas as empresas beneficiadas pelos iniciativos ou pelo crédito e seus consumidores e fornecedores. As relações jurídicas entre estes são determinadas por uma *simbiose de contrato e lei*. Quer dizer, de contrato e normas administrativas. Em seguida, porém, para evitar pro-

vavelmente competições "predatórias" para estas empresas beneficiadas, o Estado expande seu controle para todo o setor da economia. Regulamentando, por exemplo, o registro de novas empresas e ou tabelando o preço dos bens e serviços. Regulamentando não só o comportamento das partes integrantes da relação contratual onde o Estado é parte, mas o comportamento de todos que mais diretamente podem interferir no resultado econômico-financeiro daquele contrato. Quer dizer, a regulamentação perde progressivamente a base "privatista" que restava de mera regulamentação de contratos entre credor e devedor e progressivamente "se publiciza". Revela-se ato de "imperium". A proteção dos interesses financeiros do Estado canalizados em privilegiadas empresas privadas induz à regulamentação de todas as empresas no mercado.

A proliferação legislativa e expansão do direito público que acompanham a expansão da Administração Pública tornam-se necessárias na medida em que recursos públicos são "privatizados" na forma de créditos, incentivos e subsídios concedidos a privilegiadas empresas privadas. A expansão/estatização é, portanto, também, privatização do Estado. O Estado utiliza uma atribuição específica do direito público, a atribuição de regulamentar a atividade econômica para, entre outros objetivos, assegurar a rentabilidade de seus investimentos "privatizados": dos recursos públicos "privatizados". Este é ponto importante e voltaremos a ele em seguida. Quer dizer, define as regras do jogo e joga também. E juiz e jogador, ao mesmo tempo. Define através de decretos, regulamentos, resoluções, portarias, avisos ministeriais as regras que controlarão o mercado aumentando de fora do mercado a eventual rentabilidade dos recursos públicos "gerenciados" por pessoas jurídicas de direito privado.

### 3. A NEUTRALIZAÇÃO SELETIVA DO DIREITO DE CIDADANIA

3.1 — A privatização dos recursos públicos, sendo uma privatização desigual, exigiu o que denominamos de neutralização seletiva do direito de cidadania da maioria da população nacional. É fácil perceber porque.

O campo do direito da cidadania é o campo dos direitos e deveres recíprocos entre o cidadão e o Estado. É o campo regulamentador das relações entre Estado e Sociedade Civil. Numa democracia, estes direitos não se esgotam ao se assegurarem os direitos civis e as liberdades individuais. Numa democracia estes direitos dizem respeito à participação e representação dos cidadãos no Estado: o direito do cidadão votar e ser votado. Se antes este direito era exercido diretamente pelo povo reunido na praça ateniense, e depois através da escolha do parlamento, hoje este direito ampliou-se. Inclui também o direito de se informar, se representar e participar no processo decisório da Administração Pública e de responsabilização. Por um motivo simples. As consequências econômicas das decisões da Administração Pública são tão graves e imediatas que podem até inviabilizar o exercício de outros direitos fundamentais da cidadania, como, por exemplo, o direito ao emprego.<sup>3</sup>

Na medida em que o Estado não dispõe de recursos humanos e financeiros inesgotáveis, capazes de atender demandas de segmentos sociais concorrentes e eventualmente conflitantes, o processo decisório da Administração Pública é basicamente um *processo de definição de prioridades*. De atendimento da demanda de uns, em detrimento da de outros. A intervenção do Estado no mercado, seja através da regulamentação, seja através do crédito subsidiado ou do incentivo fiscal é, pois, necessariamente um processo de desigualar concorrentes "teoricamente" iguais. A forma

<sup>3</sup> Ver Wanderley Guilherme dos Santos, *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1981.

e a prática da atual Administração Pública refletiram esta contradição fundamental e dividiram os cidadãos entre os que tinham acesso às informações e participavam das decisões e os que tinham apenas o espanto do segredo e a submissão da distância. É no rotineiro processo de seleção de prioridades da Administração Pública que se explicitam as soluções históricas — as questões fundamentais que cercam as relações entre Estado e Sociedade Civil. Ao nível político explicita a solução quotidiana e sempre problemática que a burocracia encontrou para consolidar seu poder no apoio de determinadas bases sociais. Ao nível econômico, explicita a solução para a questão de apropriação do processo de formação de capital e os parâmetros sociais para a distribuição da renda nacional. Finalmente, ao nível jurídico explicita a solução para a concretização discriminatória dos direitos de todos a uma cidadania plena.

No Brasil, a aliança entre alguns setores mais modernos da burocracia federal com os militares e setores financeiros e industriais, do CentroSul, e posteriormente da comunidade internacional, exigiu uma neutralização seletiva, inclusive regionalizada, dos direitos da cidadania coletiva.

Tal neutralização seletiva tem duas características principais: é um processo de inclusão extensiva e é um processo progressivo. Como processo de inclusão e de exclusão, de intensificação e de rarefação, ao mesmo tempo em que se rarefazem ou se rompem as relações entre a Administração e as camadas populares, estreitam-se e intensificam-se as relações com o empresariado nacional e a comunidade financeira internacional. A evidência quotidiana deste processo pode ser claramente detectada nos conselhos deliberativos ou consultivos das principais agências da Administração federal: o Banco Nacional da Habitação, o Banco Central, a Embratur, o Conselho Monetário Nacional, a SUDENE etc... Onde os empresários são sempre representados e os consumidores e empregados nunca. Pode também ser constatada no recrutamento de ministros e autoridades do primeiro e segundo escalões da Administração Pública, entre os diretores das empre-

ras privadas e vice-versa. Um intercâmbio que se torna rotina nas relações entre a Administração e as grandes empresas nacionais e multinacionais. O ministro de hoje é o presidente da grande empresa de ontem. E vice-versa.

Como processo progressivo, a neutralização foi nacionalmente autofágica. Se logo após 1964, a exclusão volta-se contra as classes populares, no final volta-se contra as classes médias urbanas e em seguida contra o próprio empresariado nacional, seu primeiro beneficiado. A evidência quotidiana desta progressão pode ser claramente percebida na prática deliberativa do principal órgão da administração financeira, o Conselho Monetário Nacional. A participação dos financistas e industriais não consegue impedir que as decisões do Conselho reflitam quase sempre decisões já tomadas entre as autoridades da Secretaria do Planejamento e os representantes do Fundo Monetário Internacional. O que faz com que os próprios empresários nacionais sintam-se recentemente excluídos do processo decisório real: mero atores do processo decisório formal.

3.2 — A neutralização seletiva da participação dos cidadãos brasileiros em favor de uma privatização cada vez mais internacional dos recursos públicos só foi possível graças a duas condições:

- a) a imunidade política, e
- b) a impunidade jurídica da Administração.

Para estas condições, voltamos agora nossa atenção.

3.3 — A imunidade política significa a impossibilidade da Sociedade Civil, enquanto um todo social e economicamente heterogêneo responsabilizá-la pelos resultados ou não-resultados obtidos. Ou seja, a estatização/privatização progrediu independentemente dos resultados negativos para a maioria dos cidadãos brasileiros e da crescente insatisfação social. Progrediu independentemente da crescente disassociação entre os fins explicitados e os resultados alcançados. A evidência quotidiana é o Banco Nacional da Habitação, que criou por lei para, prioritariamente, financiar moradia para "as classes da população

de menor renda" (art. 1.º, Lei 4.380) nunca respeitou tal prioridade.

Esta imunidade foi obtida pela violação do principal direito político da cidadania: o de votar e ser votado. O que não ocorreu de forma igual e linear. Ao contrário. O desafio foi moldar uma legislação eleitoral que, ao mesmo tempo em que acenava para princípios democráticos, viabilizava a expansão autoritária da Administração federal. Na medida em que a Administração se constituiu em sistema integrado e hierarquicamente estruturado a partir das decisões do Poder Executivo Federal, quanto maior o poder decisório detido, maior foi a impunidade política necessária. Neste sentido, as eleições para o Congresso Federal, as Assembléias Estaduais e Câmara dos Vereadores puderam com altos e baixos permanecer livres e diretas. Não as pode, porém, as eleições para governador do Estado e Presidência da República, responsáveis pela escolha dos administradores hierarquicamente mais poderosos. Em outras palavras, a maioria dos cidadãos através do voto não dispõe do poder de mudar a Administração, sobretudo seus escalões superiores e suas políticas mais globalmente nacionais.

3.4 — A neutralização seletiva exigiu, também, o que denominamos de impunidade jurídico-legal da Administração, e dos administradores em particular. Impunidade fruto da inexistência de leis específicas que concretizassem a responsabilidade jurídica dos administradores, e pela inoperância e insuficiência das leis existentes. Os cidadãos excluídos dos conselhos da Administração Pública em geral e das empresas em específico, sem acesso aos cargos de decisão e a informações vitais e não participantes da elaboração das normas administrativas, ficaram impossibilitados de responsabilizar a Administração Pública, quer pela transgressão à lei, que pelos resultados que, embora legais, contrariaram um padrão mínimo de justiça social. Na medida em que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário são tradicionalmente menos expostos a interesses seletivos, a imunidade jurídico-legal significou tam-

bém a neutralização dos poderes fiscalizadores do Legislativo e do Judiciário. Dois mecanismos principais foram utilizados.

3.5 — Primeiro, o Poder Executivo apropriou-se do poder de legislar sobre matéria econômico-financeira. O que fez de formas variadas: atribuindo-se o direito de legislar através de decretos-lei; proibindo o Congresso de intervir livremente no Orçamento da União; subtraindo da apreciação legislativa os orçamentos das estatais e o orçamento monetário etc...

A nível da doutrina jurídica, o núcleo central que viabiliza esta apropriação é um entendimento autoritário do que seja delegação de poderes. O descumprimento de padrões minimamente democráticos que no estado de direito moldassem eventual "delegação de poderes" acabou por subtrair do Congresso, em favor da Administração Pública, a maior parte de seus poderes normativos e fiscalizadores. Foi rotina, na criação das diversas empresas estatais e conselhos federais, a concessão de poderes normativos através do uso de expressões vagas e de objetivos amplos. A imprecisão e amplitude das expressões legais contribuíram para um processo decisório autoritário na Administração brasileira. Tal como a expressão "segurança nacional", a expressão "matéria econômico-financeira" tornou legal, embora nem sempre legítima, praticamente *qualquer* decisão por parte da Administração Pública federal.

3.6 — Em segundo lugar, a impunidade jurídico-legal exigiu também a neutralização do Poder Judiciário. O que foi obtido de formas variadas também. A mais evidente foi a violência política, cassando membros do Judiciário, e retirando-lhes as condições que lhe assegurariam uma atuação minimamente independente: a irredutibilidade dos vencimentos, a vitaliciedade e a irremovibilidade. A menos evidente foi a manutenção da ineficiência operacional crônica de um Judiciário incapaz de resolver os conflitos pela aplicação da lei. Destinando-o a um desempenho socialmente insatisfatório. Com recursos financeiros

cada vez mais insuficientes. Em 1982, o Judiciário detinha 0,88% do Orçamento da união. Em 1984 detém apenas 0,53 %<sup>4</sup>. Em alguns Estados, a descrença no Judiciário fez com que o número de ações decrescesse independentemente do aumento da população. Contribuiu, também, para a neutralização do Judiciário, a hipertrofia da Procuradoria Geral da República, quando se confundiu sua defesa do interesse público e sua atenção como "custor legis" com uma ostensiva fiscalização do Poder Judiciário, controlando-lhe o acesso das demandas da Sociedade Civil.

A neutralização do Judiciário foi reforçada por uma doutrina de direito administrativo que proíbe o Judiciário de entrar no mérito das decisões administrativas. Esta doutrina é necessária em contextos democráticos e onde existe maior interdependência entre os poderes da República. Mas, em contextos autoritários, viabiliza objetivos contrários aos que se pretende. O tiro sai pela culatra. Em vez de fortalecer e contribuir para a democracia, assegurando a interdependência dos poderes, exacerba o autoritarismo. Consolida a dependência do Judiciário. Manter esta doutrina, neste contexto, exigiria a formulação de outros conceitos e institutos jurídicos capazes de controlar e fiscalizar as decisões anti-democráticas e socialmente discriminatórias por parte da Administração. O que não ocorreu.

#### 4. OS PRESSUPOSTOS DA REDEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 — Dentre os inúmeros fatores que teriam provocado a atual crise econômico-financeira do País estaria a crescente inviabilidade financeira da atual Administração, cujo principal indicador é o incontrolável déficit público. Daí porque setores mais conservadores do empresariado, o establishment nacional, desde a década de 70 comandado

<sup>4</sup> Prodasen — Orçamento da União — Senado Federal — Brasília, 1984.

por Eugênio Gudín, defende pura e radicalmente a desestatização da economia. Entendida como dupla tarefa. Por um lado, trata-se de reduzir as atividades do Estado-Produtor-Consumidor. Fazer voltar à iniciativa privada, empresas e mesmo setores "indevidamente" estatizados. A evidência quotidiana desta reação é a criação da comissão da Secretaria do Planejamento encarregada de privatizar mais de 50 empresas estatais. Por outro lado, trata-se também de desregular o mercado. Desbastar o cipoal legislativo. Quer dizer, reduzir o poder normativo das empresas estatais sobre empresas privadas, consumidores e fornecedores. A evidência quotidiana da regulamentação excessiva estaria, por exemplo, nas resoluções da Embatur, que especificam até a espessura em centímetros que deve ter o tapete de um hotel.

Outros setores entendem, porém, o problema diferentemente. Entendem que a estatização da economia não é um mal em si mesmo. Uma empresa estatal não é necessariamente empresa não competitiva, tecnologicamente atrasada, financeiramente deficitária e contra os interesses nacionais. Mesmo dentro da crise da Administração Pública, existem experiências eloqüentes de que sem a empresa estatal, o País não estaria dotado de bens e serviços indispensáveis. Exemplo: o setor de telecomunicações com empresas tecnologicamente adequadas e bem gerenciadas.

4.2 — A desestatização pura e simples pode significar a continuidade da apropriação privatizada dos recursos públicos. Ampliar a privatização internacionalizada dos recursos públicos, que se antes se deu através da intervenção do Estado no mercado, agora através da desestatização. Pois parece claro inexistir capital privado brasileiro suficiente para assumir empresas estatais "à venda". Existem, sim, interesses internacionais nítidos. A evidência quotidiana é a continuada disposição dos credores internacionais se associarem ou comprarem empresas estatais, da área de mineração, por exemplo. A experiência de desestatização da SEPLAN é clara: dificilmente a desestatização é feita

sem a Administração subsidiar o comprador privado. Se ontem estatizar foi a privatização privilegiada do capital público, hoje desestatizar é, também, a publicização do prejuízo privado.

4.3 — O que teria contribuído para a ineficiência da Administração, sobretudo de algumas empresas estatais, foi a combinação entre um desempenho como empresa privada no mercado e ao mesmo tempo o poder de regulamentar este mercado. No mesmo sentido em que se diz que o traço essencial do regime autoritário é alguém deter a capacidade efetiva de evitar conseqüências políticas contrárias aos seus interesses,<sup>5</sup> a Administração é autoritária porque dispõe de poderes de "imperium", poderes normativos capazes de evitar conseqüências econômicas contrárias a suas empresa. Na verdade, não raramente o poder regulamentador foi utilizado, seja para privilegiar os interesses econômicos de determinadas alianças entre a Administração e a Sociedade Civil, como o setor financeiro, por exemplo, seja pura e simplesmente para proteger os interesses das empresas estatais, reforçando politicamente sua burocracia. A atual forma institucional da Administração Pública, centrada nesta conjugação de imperium e societas, de lei e contrato, se não evita de todo, pelo menos adia ou dilui dentro da economia as conseqüências econômicas negativas que do contrário teria que arcar sozinha ou com seus aliados. Fica evidente que a ineficiência econômica e o autoritarismo político-administrativo da atual Administração dependem muito mais da reformulação da conjugação entre poder normativo e atuação empresarial, do que, simplesmente, reduzir o setor público e desregulamentar o mercado. A questão é a qualidade e não a quantidade da expansão estatal.

Esta reformulação qualitativa exige a redemocratização da Administração.

4.4 — As condições preliminares desta redemocratização são a reversão da imunidade política e da impunida-

<sup>5</sup> Adam Przeworski, "Ama a incerteza e serás democrático", São Paulo, Novos Estudos, N.º 9, Julho de 1984, p. 36/46.

de jurídica da Administração. Vale dizer, a implementação das eleições livres e diretas para todos os níveis do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e sobretudo, a devolução das atribuições do Poder Legislativo em matéria econômico-financeira e das garantias do Poder Judiciário, substantiva e não apenas formalmente. Incluindo a revisão da indevida delegação de poderes em favor das empresas estatais e à reforma do Judiciário, institucional, operacional e doutrinariamente, de modo a viabilizar o acesso da maioria dos cidadãos brasileiros.

Estas condições, apesar de amortecerem a capacidade da Administração evitar conseqüências negativas aos seus interesses, sozinhas são insuficientes. Por vários motivos. Primeiro, porque a prática democrática da Administração não pode ser mais episódica. Deve ser quotidiana. O processo eleitoral tem intervalos longos — quatro em quatro anos ou mais. Neste intervalo, a ausência de mecanismos pelos quais a sociedade civil possa revelar sua satisfação ou insatisfação, com a Administração, corre o risco de transformar os momentos eleitorais em permanentes momentos plebiscitários. Momentos do tudo ou nada. Momentos radicais e desestabilizadores. A estabilidade de um regime democrático moderno exige a continuada abertura de canais de comunicação, de participação, representação, e responsabilização — entre a Administração e a Sociedade Civil. Exige canais de comunicação quotidianos.

Segundo, porque a qualidade democrática não é atributo exclusivo de uma classe social ou de um partido político. Antes, é um compromisso das diversas forças sociais em torno de desempenhos institucionais indeterminados mas previsíveis. A rotatividade de grupos, classes ou partidos no poder das instituições autoritárias apenas reveste o autoritarismo com manto diáfano. Não o reverte. Finalmente, porque a complexidade contemporânea, mesmo do Terceiro Mundo, exige do Poder Executivo uma discricionariedade controlada. Este controle a ser realizado apenas pelo Legislativo e pelo Executivo transforma-se em utopia impossível. Daí porque a democratização implica

também em acordo sobre a reformulação institucional da Administração de modo a ampliar a participação, representação e responsabilização dos cidadãos em seu processo decisório.

Esta reformulação institucional pode começar, embora não necessariamente, pela Assembléia Nacional Constituinte. A experiência constitucional brasileira é muito clara. Uma nova constituição democrática não assegura a correspondente reestruturação institucional das relações entre a Administração e a Sociedade Civil. O exemplo nítido é a Constituição de 46, que por si só não reverteu a tutela da estrutura sindical corporativista.

E preciso ter em conta que a forma e a prática autoritárias da Administração de hoje têm respaldo legal. Estão consubstanciadas no direito administrativo. Por isto, sua superação exige um novo direito administrativo enquanto doutrina, normas, práticas e estruturas institucionais. Um direito administrativo que, ampliando o direito de cidadania em vez de ser neutralizador, seja, ao contrário, mobilizador da participação social.

## 5. A FAVOR DO DIREITO DE CIDADANIA COLETIVA

5.1 — Existe inadequação fundamental entre a visão pela qual o direito administrativo hoje dominante concebe as relações entre a Administração e a Sociedade Civil, e como de fato estas relações ocorrem. Tal visão caracteriza estas relações pela *litigiosidade individualizada* e pela *consensualidade autonomizante*. Expliquemos melhor.

A litigiosidade individualizada se fundamenta na crença de que os conflitos sociais podem ser sempre reduzidos a conflitos individualizados. Neste sentido, os conflitos entre a Administração e a Sociedade Civil não são conflitos entre uma empresa estatal e seus trabalhadores, o fisco e a classe média. Ao contrário, são conflitos entre o fisco e contribuinte, a autarquia e o funcionário, a empresa esta-

tal e o consumidor, o banco estatal e a empresa privada. Daí porque, no direito administrativo, os processos administrativos ou são processos disciplinares, entre a Administração e o funcionário, por exemplo, ou são processos fiscais, entre a Administração e o contribuinte ou o cidadão infrator de normas administrativas. Daí porque o direito administrativo seria democrático se assegurasse ao menos o respeito da Administração aos direitos e garantias individuais.

A consenso autonomizante se fundamenta na crença de que a Administração é autônoma em relação à Sociedade Civil. O que assegura esta autonomia é a necessária (e não contestada dentro dos limites doutrinários e mesmo judiciais do atual direito administrativo) subordinação da Administração ao "bem comum", ao "interesse público". Sendo os atos administrativos discricionários voltados "necessariamente" ao bem comum, inexistiria a possibilidade de serem socialmente discriminatórios. Inexistiria a possibilidade de privilegiarem um grupo ou classe social em detrimento de outro. Por definição, privilegiam a todos. Privilegiam o "interesse público". Por isto, a participação dos cidadãos no processo decisório da Administração seria irrelevante. Na concretização do "bem comum", a Administração será sempre a expressão do consenso, do acordo e do contrato social. Independentemente da participação social no processo decisório. Para esta visão, o princípio do "contraditório" só é necessário para regular conflitos individualizados. Para regular os atos administrativos normativos, por exemplo — o princípio do contraditório é irrelevante, posto que a doutrina pressupõe a faculdade da Administração encontrar o bem comum, fruto do consenso social, "sozinha", autonomamente.

5.2 — Evidentemente, esta visão é caudatária da ideologia liberal conservadora em dois aspectos. No aspecto que reduz as relações sociais a relações interindividuais. Os conflitos sociais a conflitos interindividuais. E no aspecto que entende Estado e Sociedade Civil como entes autônomos e delimitados. Aquele muito mais voltado para

a dominação, este muito mais para a liberdade. Inexistem, por definição, e se existem são irrelevantes, os "anéis" identificados por Fernando Henrique Cardoso entre setores da burocracia estatal e setores da Sociedade Civil.

Se aquela visão foi adequada no passado, hoje não é mais. Pois a portaria que fixa a tarifa de energia, a resolução que destina a poupança pública ou privada a determinado programa de crédito, a escolha de um índice para medir a inflação, o crédito estatal concedido a um grupo financeiro, ou a determinação do gabarito de um setor urbano são decisões da Administração Pública que atingem a milhões de cidadãos, e que dificilmente expressarão o consenso social. Uns serão privilegiados, outros prejudicados.

5.3 — E preciso alargar o objeto do direito administrativo enquanto ramo do saber jurídico. Além das relações sociais enquanto conflitos ou acordos individuais, é preciso incluir também as relações sociais enquanto acordos ou conflitos coletivos. E preciso um direito administrativo que se volte para as defesas e garantias individuais e coletivas para a defesa do direito da cidadania coletiva. A atual redução do objeto do direito administrativo é redução ideológica. O uso seletivo, por exemplo, do princípio do contraditório acredita no que existe apenas parcialmente: o conflito existe. Tanto nas relações individuais quanto nas coletivas. No mundo moderno, caracterizado pela crescente interdependência entre nações e indivíduos, é preciso reconhecer a crescente interdependência e eventuais alianças entre os atos administrativos e os interesses sociais concorrentes. Acreditar em autonomia e consensos raramente existentes acaba por legalizar, sem legitimar, relações discriminatórias entre a Administração e a maioria dos cidadãos. A partir desta dupla constatação da modernidade — o crescente número de conflitos coletivos (efetivos ou potenciais) e a interdependência entre a Administração e interesses sociais concorrentes — diversas tarefas se abrem para um novo direito administrativo. Quanto mais não seja porque a lesão ao direito individual

não ocorre no momento de sua evidência. Ocorre antes. Ocorre quando se maximiza a potencialidade que ele ocorre. A lesão ao direito de irredutibilidade dos vencimentos do juiz não ocorre no momento em que recebe seu contracheque. Ocorre antes. No momento em que se decide o índice de correção monetária que será aplicado.

5.4 — Os direitos individuais e coletivos concorrentes estão em jogo antes de a Administração decidir sobre a tarifa da energia elétrica, do gabarito da zona urbana, o tombamento de uma cidade histórica, ou o programa de crédito subsidiado. Depois que a decisão administrativa ocorre, o interesse do grupo social vencedor se legaliza. Dificilmente poderá ser contestado pelos vencidos. Neste sentido, na medida em que tanto a legitimidade do ato quanto sua eficácia econômica dependem de sua maior aceitação pela maioria dos cidadãos, cumpre maximizar a participação dos interesses concorrentes no processo de tomada de decisão destes atos. Ou seja, ao contrário da regulamentação do conflito individualizado, o potencial conflito coletivo provocado por uma decisão administrativa deve ser regulamentado antes que se explicita. Há que se reconhecer, e regulamentar, a potencialidade conflitiva dos interesses sociais concorrentes envolvendo o ato administrativo. Potencialidade tanto maior quanto maiores forem as desigualdades econômico-sociais. A previsibilidade da distribuição das possibilidades econômicas e políticas é uma condição "sine qua non" da reformulação democrática da Administração Pública. Daí, regulamentar o processo decisório dos atos administrativos coletivamente relevantes é a primeira tarefa de um novo direito administrativo.

Ao contrário, por exemplo, do que já ocorre com a decisão legislativa, isto é, com o processo legislativo, que é exaustivamente regulado pela Constituição e normas inferiores, o processo de decisão administrativa é muito precariamente regulamentado. Ou mesmo, não regulamentado. O Decreto-lei 200, por exemplo, não sanciona a inexistência desta regulamentação. Nem mesmo alguns diplomas legais que chegam a exigí-lo, como o Decreto-lei, por

exemplo. Raro é o órgão da Administração com poderes normativos que tenham, por exemplo, definidos os prazos, as instâncias, a publicidade que um anteprojeto de resolução deve obedecer. Como também raro é o órgão dotado de um sistema de sanção para aplicar aos funcionários quando cometem erros — ou mesmo simples atrasos — em suas relações com os cidadãos. Resulta que a discricionariedade não reside apenas no mérito do ato administrativo. A discricionariedade, enquanto arbítrio, vem de antes. Está presente no processo de decisão imprevisível, e obscuro, não raramente discriminatório que dá origem aos atos discricionários. Está presente no segredo que cerca a origem do ato normativo.

Tal regulamentação asseguraria a previsibilidade necessária para que os atos administrativos não venham a ser desestabilizadores da vida quotidiana dos cidadãos e das empresas. Como foram, nos últimos anos, muitas das decisões do Conselho Monetário Nacional ou da Comissão Nacional de Petróleo.

Esta previsibilidade é necessária por vários motivos. Como já explicou Weber, é necessária para existir investimentos privados. Numa economia moderna, a produtividade do capital está diretamente relacionada menos à manutenção de determinadas leis, do que a um previsível processo de mudança das leis. Mas no Brasil de hoje, esta previsibilidade é necessária, principalmente para que os grupos e classes sociais concorrentes possam articular a defesa de seus interesses eventualmente atingíveis pelo ato normativo a ser concretizado. Onde tratar-se de previsibilidade altamente mobilizadora.

5.5 — Tal regulamentação do processo decisório do ato normativo só será ampliadora do direito da cidadania coletiva se vier complementado por duas medidas indispensáveis: a ampliação da participação social na Administração e empliação da publicidade dos atos administrativos em geral.

A ampliação da participação social deve atuar como uma idéia-força. Esta ampliação é necessária para que deci-

sões Administrativas altamente contrárias aos interesses de qualquer grupo social ou região geográfica se jam prováveis e possíveis. Interesses contrariados sempre jam prováveis e possíveis. Interesses contrariados sempre existirão. O desafio, porém, é assegurar a todos a possibilidade de transformar o prejuízo em benefício. O que exige um compromisso por uma participação na decisão mais duradoura, isto é, institucionalizada. Esta participação poderá se concretizar de forma diferenciada, considerando-se sua adequação à natureza do órgão da Administração e aos interesses concorrentes concernentes e já ocorre, por exemplo, nos conselhos do BNH, EMBRATUR, das Universidades federais, da SUDENE, da SUDAM, no Conselho Monetário Nacional etc... Esta participação, porém, privilegiada hoje apenas o empresariado. Representantes de trabalhadores e de consumidores aí não têm acesso. Deveriam ter. A conjugação da participação privilegiada de uns, com o poder de regulamentar preços de bens e serviços que atingirão a todos, acaba por moldar uma intervenção discriminatória do Estado no mercado, aumentando as dificuldades do Estado-Produtor-Consumidor e do Estado-Financiador. Hoje existe uma forte presunção de conexão entre esta participação desigual e, por exemplo, o desprezo do BNH quanto à prioridade aos programas habitacionais de baixa renda, desprezados também pelos empresários e as dificuldades porque passa todo o Sistema Financeiro da Habitação.

A participação institucionalizada pode ser acoplada à participação não-institucionalizada também. Como a que ocorre em órgãos de fomento à pesquisa científica e tecnológica, como no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, onde a comunidade científica participa independentemente como consultores especializados.

O reconhecimento da legitimidade processual, a todos os níveis da Administração, de instituições civis representantes de interesses coletivos seria uma outra importante ampliação de participação social, estimulando a organiza-

ção da Sociedade Civil em bases mais permanentes.

5.6 — Bobbio considera um atributo inerente ao direito público o direito da "res publica", a publicidade.<sup>6</sup> O segredo é privado, do âmbito do direito privado, portanto. Cita, inclusive, Kant, quando diz que toda ação relativa ao direito de outrem que não é conciliável com a publicidade é injusta. E injusta e anti-democrática também. Porque o segredo no trato da coisa pública acaba por privatizá-la em benefício do que está no poder. Daí porque para romper a privatização internacionalizada da nossa Administração é necessário que o direito da cidadania coletiva seja, também, direito ao acesso às informações administrativas relevantes. E neste sentido, inclusive, que se explica a atuação da OAB, para que os contratos com o FMI e os credores internacionais e o governo brasileiro sejam apoiados pelo Congresso Nacional. O acesso e disseminação da informação são condições, ao mesmo tempo, estimuladora da mobilização social e definidora da responsabilidade social e legal do administrador público. Desnecessário sublinhar que a discriminação no acesso à informação é contrário não apenas à necessária igualdade política entre os cidadãos, mas à estabilidade do próprio mercado. Basta, por exemplo, ter em conta os sucessivos esforços que a nível internacional se faz para evitar que o próprio sistema financeiro internacional seja manipulado através das "inside informations".

São múltiplos os caminhos que conduzem a uma maior publicidade dos atos administrativos. No que se refere, por exemplo, ao ato normativo, mencionamos: a exigência de publicação prévia dos anteprojetos de decretos, regulamentos, resoluções, portarias etc..., como já faz, aliás, a Comissão de Valores Mobiliários; a divulgação e o amplo acesso aos estudos técnicos de viabilidade que informaram o ato normativo; a exigência das reuniões dos conselhos serem públicas; a criação de audiências públi-

<sup>6</sup> Ver Norberto Bobbio, "Público/privato", Estratto da Enciclopédia XI: Prodotti — Ricchezza — Einaudi, Torino — 1980.

cas para discussão de anteprojetos. No que se refere aos atos negociais, por exemplo, a necessidade da publicação da jurisprudência administrativa consolidada certamente democratizaria o acesso dos advogados à Administração, assim como a exigência de motivação específica e detalhada para os atos discricionários certamente amorteceria um eventual arbítrio a esconder-se dentro da discricionariedade legalizável.

De uma maneira geral, aplicar-se-ia as recomendações da Comissão Internacional de Juristas, com sede em Genebra, para que a ação da Administração preenchesse alguns dos requisitos do Estado de direito: "no que se relaciona ao propósito de adoção de regulamentos administrativos e decisões de amplo espectro, é desejável que a administração assegure pareceres técnicos quando necessário, consulte organizações representativas dos cidadãos ou grupos interessados nas medidas contempladas e dê oportunidade para que os indivíduos apresentem seus pontos de vista".

5.7 — Restam duas observações derradeiras. A regulamentação do processo decisório da Administração Pública, tendo em vista a ampliação da participação dos cidadãos, não asseguraria por si só o desenvolvimento econômico-social que todos buscamos. Pois pode haver consenso e compromisso de todos em torno de políticas inadequadas e ineficientes. O desenvolvimento econômico e social hoje, no limiar do século XX, é altamente dependente do progresso científico e tecnológico. Neste sentido a busca de uma fundamentação científica para o ato administrativo teria como correlato a necessidade dos interesses concorrentes, sempre que possível estarem também fundamentados em saber científico<sup>7</sup>. Não faz muito tempo, os físicos brasileiros, mesmo contrários ao Programa Nuclear do Governo federal, não hesitaram em tentar convencer o Ministério de Minas e Energia que o processo pelo qual es-

<sup>7</sup> Ver Cláudio Souto e Solange Souto, *Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro, Ed. LTC/FEEDUSP, 1981.

tava sendo colocada em funcionamento a Usina de Angra dos Reis era cientificamente incorreto. Devido à inexistência de caminhos legais entre os cidadãos e a Administração, os físicos brasileiros não conseguiram, através do decreto legal, mudar a decisão da Administração. A eventual boa vontade dos técnicos do Ministério viabilizou, porém, atos informais que corrigiram o programa inicial. Deste episódio, a lição a retirar é que a contribuição do saber científico é indispensável para orientar as relações entre a Administração e os cidadãos de hoje, bem como são indispensáveis canais institucionalizados entre a Administração e os cidadãos, a fim de evitar que decisões tão graves dependam do segredo e do imprevisível humor do dia do burocrata de plantão. Uma decisão cientificamente errada de NUCLEBRAS poderia causar danos irreparáveis não sô aos interesses da comunidade de Angra dos Reis, representada pelos físicos. O dano seria irreparável para a própria NUCLEBRAS. Daí porque a Administração autoritária quase sempre é também autofágica.