

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

### Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

### Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

### Direção Executiva

Emerson Gabardo

### Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
Alice Gonzáles Borges	( <i>in memoriam</i> )
Carlos Ari Sundfeld	Marçal Justen Filho
Carlos Ayres Britto	Marcelo Figueiredo
Carlos Delpiazzi	Márcio Cammarosano
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Celso Antônio Bandeira de Mello	Nelson Figueiredo
Clèmerson Merlin Clève	Odilón Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajarville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancanner
Luís Enrique Chase Plate	

Lúcia Valle Figueiredo

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.  
Trimestral  
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba  
ISSN: 1516-3210  
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta  
Diagramação: Luis Alberto Pimenta  
Revisora: Olga M. A. Sousa  
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868  
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região  
© Editora Fórum Ltda., 2003.  
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.  
Distribuída em todo o território nacional  
Assinaturas e comercialização:  
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG  
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737  
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br  
site: www.editoraforum.com.br

# Direito da Regulação e Ideologia

---

Paulo Roberto Ferreira Motta  
Doutor em Direito do Estado pela UFPR

Dizem que os acadêmicos e intelectuais devem ser neutros,  
mas não há neutralidade no pensamento.

*Florestan Fernandes*

Como dever de honestidade inerente à natureza da função científica, quero concordar com Guillermo Andrés Muñoz no sentido de que “o exame jurídico de um determinado segmento da realidade deve partir inexoravelmente das normas vigentes. Em especial, dos preceitos constitucionais. Para alguns a tarefa do jurista começa e termina nessa visão estéril”. Fechando o seu pensamento, este notável jurista e humanista argentino, recentemente falecido, conclui que “essa opção metodológica nem sempre é o caminho mais adequado para se chegar ao conhecimento da realidade. Sobretudo nos momentos de transição, nas épocas de mudança”.<sup>1</sup>

No mesmo diapasão, Luís Roberto Barroso sustenta que “a interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias dos intérpretes e o imaginário de cada um”.<sup>2</sup>

No campo do direito da regulação, observações tão importantes, quanto as duas acima transcritas, vêm sendo, creio, completamente ignoradas.

Assim, é de se concordar com o eminente professor Marçal Justen Filho de que “é necessário que o leitor conheça o autor da obra que lê para que possa avaliar as opções pessoais realizadas”, pois “assim será possível aderir ou rejeitar teses que retratam certa visão do mundo que informa o autor e se retrata em todas as posições fundamentais”. A serventia do referido conhecimento é, pois, a fórmula para “evitar o mascaramento de certas

<sup>1</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. Os Entes Reguladores como Instrumento de Controle dos Serviços Públicos no Direito Comparado. *Direito Administrativo Econômico*, p. 141.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *RTDP*, 29/32.

convicções político-ideológicas através de argumentações travestidas de feição lógico-abstrata”. “Especialmente quando se discutem as funções do Estado, é imperioso que cada sujeito indique suas convicções e se manifeste com clareza e sinceridade. Ocultar os pressupostos ideológicos representará violação ao dever de honestidade inerente à natureza da função científica”.<sup>3</sup>

O professor Calixto Salomão Filho sustenta, e quero aderir ao posicionamento, desde agora, que “para o estudioso do Direito, escrever sobre regulação de um desafio transforma-se em um dever”. Isto porque “é imperioso descobrir fundamentos e sistematizar princípios, transformando a regulação de uma técnica em uma *ars (boni aequo)* no sentido latino próprio do termo”. O que “não implica tornar o raciocínio jurídico estanque a análises e considerações vindas de outras áreas do conhecimento. O método interdisciplinar de análise é imperativo em matéria de ciências sociais”. O que importa, segundo as sábias palavras, é “dar prevalência à força sistematizadora do Direito, organizando as idéias em função de endereços éticos, morais e constitucionais, e não de imperativos econômicos”.<sup>4</sup>

\*\*\*\*\*

“Penso, logo existo”. A descoberta de Descartes iniciou uma revolução na história evolutiva da humanidade. “Comunico, via satélite, logo existo”<sup>5</sup> revolucionou a era atual, onde o conceito de evolução, em termos axiológicos, é discutível.

Assim, como sustenta graciosamente Javier Cremades, nos dias de hoje, “Romeu não precisaria se pendurar nas sacadas”, bastando “mandar uns *faxes* engenhosos”.<sup>6</sup>

Restaria saber se o romance, através de *faxes* ou *e-mails*, interessaria a um certo inglês, que seria universalmente conhecido como *william@shakespeare.com.uk*, e teria seu local de trabalho repleto de fios, cabos e dutos das *Telecom* e *Water and Power Co.* E, nas calçadas, poderia conversar com seus contemporâneos, ao mesmo tempo em que lia seu *newspaper* no portal da *web* do seu *palmtop*, enquanto aguardava na *Lan House* as fotos digitalizadas da estréia de *Hamlet* em Copenhague, que receberia em seu celular.

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 10-11.

<sup>4</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 11-12.

<sup>5</sup> A expressão pertence a CREMADES GARCIA, Javier. *El Derecho de las Telecomunicaciones en Europa y en España*, p. 81. In: CREMADES, Javier (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones*.

<sup>6</sup> Op. cit., p. cit.

O setor mais atraente à investigação jurídica na nova configuração estatal surgida no final do anterior milênio reside nos serviços públicos e na economia em sentido estrito; e suas evidentes repercussões em todos os setores da vida humana, notadamente no desenvolvimento econômico e político, com as dramáticas questões humanas que traz consigo.

Então é importante salientar, como fez Fábio Nusdeo, que os processos de desenvolvimento geram custos sociais consideráveis, não trazendo, no mais das vezes, melhoria nos indicadores de bem-estar e distribuição eqüitativa de renda. Assim, os benefícios do progresso não alcançam a maioria da população.<sup>7</sup>

Sérgio Varella Bruna lembra que desenvolvimento é “algo mais do simples crescimento econômico, pois essa idéia compreende um salto de qualidade e não simplesmente um salto quantitativo, mediante a realização do ideal de justiça social, que se logra atingir mediante distribuição eqüitativa de riqueza”.<sup>8</sup>

Para Fábio Konder Comparato, “a análise dos *custos de transação*, como dizem os economistas, tem aconselhado os centros de poder econômico e financeiro — as empresas transnacionais e as organizações internacionais de caráter econômico — a simplificar, ao máximo, os canais de interlocução com os países periféricos”.<sup>9</sup>

A nefasta simbiose das duas realidades colocadas nos parágrafos anteriores introduz, no plano político, a questão de que os governos que desejam satisfazer as necessidades de suas populações não encontram nos foros internacionais, e notadamente nos organismos multilaterais de crédito, apoio para suas propostas econômicas.

O poente do segundo milênio, com o esgotamento dos socialismos de todos os matizes, trouxe ao mundo o monopólio político de um velho conhecido de todos: o *mercado*.

Com a ausência de adversários ideológicos, solitário no *Olimpo* das idéias e dos destinos humanos, o velho mercado passa a ser o novo *deus*, regendo, imperando, a vida de todos e todas as vidas.

Sem prejuízo de se traçar aqui apenas a primeira linha introdutória, é impossível ignorar a influência que o *mercado* está exercendo sobre todos

<sup>7</sup> NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento Econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: *Regulação e Desenvolvimento*, p. 13.

<sup>8</sup> BRUNA, Sérgio Varella. Procedimentos Normativos da Administração e Desenvolvimento Econômico. In: *Regulação e Desenvolvimento*, p. 235.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. As Garantias Institucionais dos Direitos Humanos. *RTDP*, 32/8.

os ordenamentos jurídicos. A influência mais intensa, pelo menos neste momento, reside exatamente no direito dos serviços públicos, até mesmo porque é o setor, em todos os países, que mais rapidamente se revoluciona juridicamente, assim como é o *locus* onde são realizadas, nos novos modelos de prestação, as maiores inversões econômicas.

Nesta permanente revolução chocam-se, violentamente, os princípios jurídicos tradicionais do serviço público, o que vale dizer, um regime com substrato formal jurídico de Direito Público, e os princípios jurídicos da livre competição que, por sua vez, significam um regime com substrato formal jurídico de Direito Privado.

Tendo a nova legislação,<sup>10</sup> notadamente a legislação sobre energia elétrica, bem como da Lei Geral de Telecomunicações, doravante LGT, mas não só, trazido ao ordenamento positivo brasileiro grandes e profundas inovações no Direito Administrativo, — inclusive contando em seu texto com as expressões regime jurídico de Direito Público e regime jurídico de Direito Privado, além de serviço de interesse coletivo e serviço de interesse restrito —, resta verificar, como tarefa de competência e, acrescento, legitimidade do operador do Direito, se a semântica utilizada pelo legislador guarda, ou não, correspondência, nos mundos jurídicos do ser e do dever ser, com o regime jurídico de Direito Público e o regime jurídico de Direito Privado, e se tal é permitido pela Constituição da República Federativa do Brasil.

É importante averbar que as modificações introduzidas pela LGT não são meramente semânticas, mas trazem no seu bojo profundas inovações. Dinorá Musetti Grotti realizou a síntese das mesmas, demonstrando que aquilo que a lei denomina de serviço coletivo pode ser prestado exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou concomitantemente nos regimes públicos e privados, sendo de competência

<sup>10</sup> BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995.

BRASIL. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 9.990, de 21 de julho de 2000. Prorroga o período de transição previsto na Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional de Petróleo, e dá outras providências, e altera dispositivos da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, que altera a

do Presidente da República definir, discricionariamente, as modalidades de serviço de telecomunicações que serão objeto de exploração pelo regime público.<sup>11</sup> A mudança, conforme explica a citada autora, é substancial no chamado regime privado, uma vez que: (a) não há contrato com o poder público, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não contratual, advinda de uma autorização; (b) não há dever de continuidade na prestação dos serviços; (c) não há dever de universalização de serviços; (d) não há direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; (e) o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado; (f) os preços são livres, inexistindo, portanto, controle estatal a respeito.<sup>12</sup>

Logo, a conclusão possível, segundo Raquel Dias da Silveira, é a de que a LGT “subverteu conceitos tradicionais de diversos institutos de Direito Administrativo, a começar pela própria noção de serviço público”.<sup>13</sup> Contudo, por maior, e mais profunda que tenha sido a subversão, ela não tem o condão de transformar a Constituição da República em letra morta, razão pela qual se deve subscrever a conclusão da aludida publicista mineira de que “os serviços de telefonia fixa, quando submetidos à prestação mediante regime de direito privado”, “deve, inevitavelmente, ser derogado por normas e princípios de Direito Administrativo, mesmo porque trata-se obviamente de serviços públicos, por força do art. 21, XI, da Constituição Federal de 1988”.<sup>14</sup>

\*\*\*\*\*

Eticamente é necessário confessar, se tal fosse preciso, que a leitura deste *modus vivendi* da sociedade brasileira pelo autor do presente texto pode, e deve, diferir das de outros operadores do Direito. Afinal, se pensar é existir, pensar (e digitar) diferente é existir diferentemente, e assim realizar-se, racional e democraticamente, como ser humano.

Compartilho com Jorge Luis Salomoni<sup>15</sup> a idéia de que as reformas estruturais operadas nos Estados periféricos são reformas sem modelos,

<sup>11</sup> GROTTI, Dinorá Musetti. Regime Jurídico das Telecomunicações: autorização, permissão e concessão. *RDA*, 224, p.186-187.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 186-187.

<sup>13</sup> SILVEIRA, Raquel Dias da. A Reforma dos Serviços de Telecomunicações e o Atual Modelo de Concorrência do Sistema Telefônico Fixo Comutado. *Fórum Administrativo*, nov. 2000, p.1499-1505. O tema pode ser aprofundado em outro trabalho, bem mais amplo, da mesma autora: *Regime Jurídico dos Serviços de Telefonia Fixa*.

<sup>14</sup> Op. cit., p. 1500.

<sup>15</sup> SALOMONI, Jorge Luis. Reforma del Estado: su configuración constitucional a través de la reforma de 1994. *AeDP*, n. 7, p. 92-93.

ou melhor, o modelo tem sua raiz em outros contextos, pretendendo ser globalizado através da ideologia dominante sem atender as particularidades de cada Nação. Assim, e mais uma vez acompanhando Salomoni, se pode concluir que há uma verdade que é a economia de mercado, mas existem diferentes maneiras de interpretá-la e de construí-la, de modo que se adapte a diferentes identidades nacionais e garanta a cada uma delas desenvolvimento sustentado.<sup>16</sup>

O já citado professor Fábio Nusdeo ensina que o desenvolvimento “é um caminho, um itinerário, uma passagem de um estado de coisas para outro”. Neste aspecto, tendo em vista que o desenvolvimento, como processo, traz uma série de modificações que transcendem o econômico, estes câmbios somente são válidos se trouxerem e “responderem pela sustentabilidade do processo”.<sup>17</sup>

O fenômeno vivido recentemente na economia brasileira, onde os grandes investimentos ocorreram, e de resto de todas as nações periféricas, é muito mais do que um mero processo de passagem de empresas estatais para mãos privadas, se constituindo numa verdadeira transferência de soberania econômica,<sup>18</sup> onde, por omissão completa dos órgãos de defesa da concorrência, por exemplo, a crise de uma empresa de laticíneos na Itália, ocasiona uma crise sistêmica no setor leiteiro brasileiro, em virtude de, irresponsavelmente, se ter permitido o quase-monopólio fático desta empresa italiana em território nacional.

Nos países em que o Estado Social e Democrático de Direito foi muito mais uma realidade presente no preâmbulo das Constituições do que na realidade vivida nas ruas, há evidentes problemas de legitimação deste mesmo Estado.

Rocco Buttiglione leciona no sentido de que o Estado é o protetor e o assegurado dos interesses econômicos do povo.<sup>19</sup> E, pelo menos até o momento, a inteligência humana não criou melhor método de proteção segura e eficaz destes interesses através do serviço público.

E sempre através do serviço público porque, como sustenta Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, coloca os mesmos sob “aquela disciplina

<sup>16</sup> Aprofundar em SANTOS, Milton. *Por uma Outra Globalização: do pensamento único à consciência universal*.

<sup>17</sup> Op. cit., p. 16-17.

<sup>18</sup> MEILÁN GIL, José Luis. El Servicio Público en el Derecho Actual apud FARRANDO (h), Ismael. *Servicios Públicos y Privatizaciones. AeDP*, n. 7, p. 159.

<sup>19</sup> BUTTIGLIONE, Rocco. *Identidad y Globalización* apud SALOMONI, id., p. 92.

que naturalmente corresponde ao próprio Estado, isto é, uma disciplina de Direito Público”.<sup>20</sup>

Romeu Felipe Bacellar Filho, realizando a exegese do art. 1º da Constituição Federal de 1988, preleciona no sentido de que “se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos do Estado, o interesse perseguido com o exercício da função administrativa deve encontrar seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva”.<sup>21</sup> No mesmo trabalho, o autor traz à colação o entendimento de Andréa Pubusa no sentido de que, diante do princípio democrático e da soberania popular, inexistem interesses do Estado ou dos seus aparatos que não sejam elementos de democraticidade. “O funcionário não serve o governo e comanda os cidadãos, mas serve exclusivamente aos cidadãos”. Verticalizando, o doutrinador italiano vai além, já que conclui que a “administração não é *puissance publique*, mas *servizio pubblico*, substancial, entendida como criação de igualdade de oportunidades e do princípio de solidariedade sobre o qual se funda o ordenamento jurídico italiano”.<sup>22</sup>

Nesta toada, estudar a denominada regulação dos serviços públicos, bem como a regulação econômica como um todo, se faz indispensável. Isto porque de nada valerá regular serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, se este fenômeno jurídico não tiver como horizonte visível (e realizável) a universalização dos serviços públicos e a ampliação da base de consumo da economia privada.

Isso porque, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello “seria um contra-senso abicar, por via interpretativa, na conclusão de que o Direito, incongruente, prevê e regula um certo instituto, mas, ao mesmo tempo, propõe-se a levantar óbices a que ele se viabilize”.<sup>23</sup>

A nova legislação sobre energia, telecomunicações, estradas, ferrovias e etc. representa a morte do serviço público e a supremacia absoluta, total, única, da livre competição? Em outras palavras, o *mercado* possui a capacidade de destruir todos os ícones do serviço público? De outra banda, a liberdade de iniciativa é sinônimo de anarquismo?

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 599-600.

<sup>21</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Profissionalização da Função Pública: a experiência brasileira. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil*, n. 1, p. 18.

<sup>22</sup> PUBUSA, Andréa. Diritti dei Cittadini e Pubblica Amministrazione, p. 48-49. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, antes citado, p. 18.

<sup>23</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Natureza Jurídica do Pedágio: Taxa? Preço? *RTDP*, n. 32, p. 26.

Apostilou Guillermo Andrés Muñoz que serviço público equivale a uma titularidade pública,<sup>24</sup> o que vale dizer pertence a todo o público, e não apenas ao Estado, enquanto a livre competição equivale a uma titularidade privada. Portanto, o serviço público procura satisfazer as necessidades de toda uma coletividade, enquanto a livre competição, possui outros valores, variadas vezes antinômicos aos da sociedade.

No mesmo sentido, assiste toda razão a Celso Antônio Bandeira de Mello quando sustenta que “se assim não fosse, é bem de ver que o serviço não seria público, não seria voltado para satisfazer a coletividade, mas apenas a interesses privados”. Continua o eminente autor: “Se não fora pela relevância para o todo social, o Estado não teria por que assumir tal atividade”.<sup>25</sup>

Esta antinomia axiológica somente pode ser superada pela racionalidade. Mas, segundo Guillermo Andrés Muñoz, a racionalidade atual, e aqui reside a grande dificuldade de legitimação dos processos vividos pelo mundo de hoje,<sup>26</sup> é uma racionalidade que se resume à funcionalidade e à eficácia,<sup>27</sup> o que justifica, mas não legitima, o fato dos ordenamentos jurídicos dos países que aderiram ao neoliberalismo tentem colocar a livre competição onde antes havia o tradicional serviço público e a regulação econômica estatal (substituindo essa, quase que exclusivamente, pela *lex mercatoria*).

Contudo, esse novo posicionamento que querem impingir ao estatal é utópico, constituindo-se esta utopia neoliberal na tentativa de construir uma sociedade sem utopias.<sup>28</sup>

O mesmo Muñoz, calcado em Kant, lembra que os seres humanos não são como as mercadorias, não têm preço, mas sim dignidade.<sup>29</sup>

Mariano Brito, outro notável humanista e administrativista, defende a nobre idéia de que “o bem comum procura assegurar a participação de todos os indivíduos nas vantagens do desenvolvimento. O bem comum reclama ser alcançado e participado por todos e cada um dos componentes da coletividade”.<sup>30</sup>

Diogo Rosenthal Coutinho faz a pergunta óbvia sobre a universalização: quem financia a mesma em países subdesenvolvidos? E responde: “Se a ela

<sup>24</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. Servicio Público y Concesión. *AeDP*, 7/84.

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 602-603.

<sup>26</sup> Aprofundar em FIORI, José Luís. *60 Lições dos 90: uma década de neoliberalismo*, passim.

<sup>27</sup> MUÑOZ, op. cit., p. 83.

<sup>28</sup> Id., p. 83.

<sup>29</sup> Ibid., p. cit.

<sup>30</sup> BRITO, Mariano. La Cuestión Económica y el Estado Social de Derecho, p. 89-90 apud LABAURE ALISERIS, Carlos. *Estudios Sobre la Reforma del Estado*, p. 18.

se atribuir um caráter intrinsecamente redistributivo, não parece lógico imputar o ônus do investimento à população (cidadãos-usuários, consumidores e contribuintes)”.<sup>31</sup>

No atual estágio regulatório que o país atravessa, muitos dos custos da universalização estão sendo, pelos mais variados instrumentos jurídicos, impingidos ao usuário. Esta política agride, violentamente, toda e qualquer lógica racional. Primeiro, porque a concessão de serviço público perde característica nuclear do instituto: *a prestação da atividade por conta e risco do prestador*. Segundo, porque joga nas depauperadas rendas dos usuários, pessoas físicas e pessoas jurídicas, geralmente de pequeno porte, obrigação legal e contratual da empresa prestadora. Terceiro, o sistema possui perversidade brutal porque a regulação, além de trazer, na maioria do subproduto gerado pelos seus receituários neoliberais, desemprego, abaixamento salarial, debilidade sindical, dentre outros, implica em aumento tarifário para garantir a expansão das redes, aumentando assim, consideravelmente, o *público cativo do Estado*, que segundo Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, “são aqueles que se encontram em situação de hipossuficiência e que, portanto, não podem prescindir da intervenção do Estado”.<sup>32</sup>

José Saramago, o escritor português prêmio Nobel de Literatura, comentando os terríveis acontecimentos de Nova Iorque e Washington em 11 de setembro de 2001,<sup>33</sup> predica no sentido de que todas as religiões, em alguns momentos e, o que é pior, em nome de Deus, dedicam-se a interpretar perversamente textos sagrados que deveriam merecer respeito por parte daqueles que dizem crer nas palavras sagradas. Por isso criam um *fator deus* para justificar os crimes praticados pelo fanatismo. Mais, “que há um conúbio pactuado entre a religião e o Estado contra a liberdade de consciência e contra o mais humano dos direitos: o direito de dizer não, o direito à heresia, o direito de escolher outra coisa, que é aquilo que a **palavra heresia significa**”.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> COUTINHO, Diego Rosenthal. A Universalização do Serviço Público para o Desenvolvimento como uma Tarefa da Regulação. *Regulação e Desenvolvimento*, p. 80.

<sup>32</sup> *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, p. 17.

<sup>33</sup> SARAMAGO, José. El 'Factor Dios'. *El País*. 18 set. 2001. Disponível em: <[www.elpais.es](http://www.elpais.es)>. “Washington anunciou que o 11 de setembro mudara tudo, e, ao fazê-lo, efetivamente tudo mudou, por haver-se de fato declarado único protetor da ordem mundial e definidor das ameaças contra ela. Quem não aceitasse essa interpretação era inimigo real ou potencial. Isso não era inesperado, pois as estratégias do império militar global dos Estados Unidos vinham sendo preparadas desde o final dos anos 80, justamente por aqueles que agora as aplicam. Entretanto, o 11 de setembro provou que vivemos todos em um mundo no qual um único hiperpoder global finalmente resolvera que, a partir do fim da União Soviética, não há limites de curto prazo para seu poderio nem para sua disposição de utilizá-lo, embora os objetivos de seu uso não sejam nada claros – exceto a manifestação de sua supremacia. O século XX terminou. O século XXI começa com crespúsculo e obscuridade.” HOBBSAWM, Eric. *Tempos Interessantes: uma vida no século XX*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002, p. 448.

<sup>34</sup> Id.

Este *fator deus*, observo, não encontra fiéis fora da esfera onde se localizam os seus sacerdotes e fanáticos seguidores.

O que se compreende bem, como faz com perfeição Renato Janine Ribeiro, é que os atuais *fundamentalistas do mercado*<sup>35</sup> utilizam os mesmos discursos dos pregadores de outras eras, quando defendiam (indefensáveis) posições de exclusão social: “Estes são os que determinam uma hierarquia na sociedade como sendo desejada por Deus, determinada pela natureza (é o que dizia o pensamento tradicional) ou, pelo menos — assim hoje expressa o discurso dominante —, como resultado normal do jogo das relações sociais de mercado”.<sup>36</sup>

Ainda deve ser dito que ocorre hoje, no plano eleitoral, uma certa intolerância em relação ao *deus mercado* e os seus *talibans* são sistematicamente derrotados nas urnas. Com toda a certeza, as derrotas eleitorais surgem em virtude da total insensibilidade do *mercado* às legítimas demandas de uma vida mais digna por parte dos miseráveis e das classes médias (em franco processo de brutal empobrecimento e marginalização dos processos produtivos).

Nesta filtragem, mais uma vez, vale consignar a precisa assertiva de Renato Janine Ribeiro: “Numa sociedade democrática atual, o espaço público se delinea no conflito de inúmeros discursos que o atravessam e constituem — incluindo os que tratam diretamente da política e da economia, mas também todos os que dizem algo sobre e para a sociedade, até mesmo, não raro, os religiosos”. Não há lógica, portanto, em acreditar que a economia “fale por último, que seja sua a decisão soberana, como, na sociedade pré-democrática do século XVIII, a voz de Roma”.<sup>37</sup>

O professor e deputado federal Delfim Netto defende que “ao contrário do que a maioria das pessoas pensa, o mercado não é um ser a quem se possa conferir atributos humanos”.<sup>38</sup> Por isso, sustenta que “o problema é que mesmo este mercado ético ignora o anseio generalizado que os homens desenvolveram por uma certa igualdade distributiva”.<sup>39</sup> Encerrando, o mesmo docente e parlamentar, demonstra que após oito anos de política econômica neoliberal, o Brasil apresentava, *ipsis verbi*: (a) Crescimento medíocre de 2,3% ao ano do PIB;<sup>40</sup> (b) um terrível aumento

<sup>35</sup> A expressão “fundamentalismo de mercado” pertence a STIGLITZ, Joseph E. *A Globalização e seus Malefícios*, p. 65.

<sup>36</sup> RIBEIRO, Renato Janine. *A Sociedade Contra o Social: o alto custo da vida pública no Brasil*, p. 20.

<sup>37</sup> Op. cit., p. 22.

<sup>38</sup> DELFIM NETTO. *Os Reais Defeitos. Carta Capital*, São Paulo, 16 out. 2002, p. 25.

<sup>39</sup> Id., p. 25.

<sup>40</sup> No ano de 2003 foi inferior a 1,0% (hum por cento).

do desemprego (o mercado não se autocorrigiu); (c) enorme acumulação de dívida interna, mesmo depois de ter vendido U\$ 90 bilhões de ativos estatais; (d) uma substancial acumulação de dívida externa equivalente a quatro anos de exportações; (e) que, mesmo mais civilizada, nossa taxa de inflação continua a maior dos 15 países que produzem mais do que 1% do PIB mundial; (f) O nível de desigualdade continua praticamente o mesmo.<sup>41</sup>

Esta desigualdade vem sendo, sistematicamente, incentivada pelas políticas econômicas impostas por organismos internacionais, notadamente o FMI, às nações periféricas.<sup>42</sup> Isto leva à perpetuação da má distribuição de renda, causa de praticamente todos os problemas sociais do mundo.<sup>43</sup>

Fábio Nusdeo demonstra que “o combustível básico do desenvolvimento são os investimentos” sendo que “estes somente podem sair das camadas de maior renda, nas quais a propensão marginal a consumir é menor. Ainda quando os investimentos provenham do setor público, este obterá os correspondentes montantes via tributação, que normalmente incide sobre a renda destinada ao consumo”. Em assim sendo, “estabelece-se o círculo vicioso da má distribuição” cujo resultado é o seguinte: (a) as camadas de menor nível de renda são proporcionalmente mais tributadas a fim de se lhes comprimir o consumo; (b) o produto da arrecadação vai para investimentos públicos ou créditos subsidiados, ambos beneficiando direta ou indiretamente os setores de maior renda no campo privado; (c) estes últimos utilizam-se para os seus investimentos do seu excedente de renda não tributado, passando deles a haurir juros ou lucros, também não tão tributados para não os inibir.”<sup>44</sup>

Com toda certeza, e qualquer pessoa chegaria à mesma conclusão, tal sistema somente alarga ainda mais o fosso entre os minoritariamente ricos e os majoritariamente pobres. Com o condimento de uma regulação cujos custos de universalização são suportados pelos usuários, a perversidade sistêmica é evidente.

Pedro J. Frias sustenta que o Estado deve ser o próprio herdeiro de si mesmo,<sup>45</sup> já que a justiça, a segurança, os grandes equilíbrios entre o capital e o trabalho, a produção e o consumo, não podem escapar ao

<sup>41</sup> Ibid., p. 25.

<sup>42</sup> Cf. os libelos produzidos contra o FMI por dois autores norte-americanos da mais alta responsabilidade: STIGLITZ, Joseph E., op. cit.; e BLUSTEIN, Paul. *Vexame: os bastidores do FMI na crise que abalou o sistema financeiro mundial*.

<sup>43</sup> Aprofundar em DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*, passim.

<sup>44</sup> Op. cit., p. 21.

<sup>45</sup> FRIAS, Pedro J. Los Breviarios del Siglo XXI. *AeDP*, n. 8, p. 89-90.

<sup>46</sup> Op. cit., p. cit.

Estado.<sup>46</sup> Mas este Estado deve possuir um outro modo de gestão, aberto à sociedade, controlado e descentralizado.<sup>47</sup>

Para Mariano Brito “não se pretende a neutralização do Estado ante uma atividade privada desenvolvida segundo os impulsos de um suposto princípio do melhor resultado absoluto, *nunca demonstrado*”.<sup>48</sup>

No campo do Direito Público esta herança tem nome: serviço público. E o mesmo só pode vir a ser público se for universal.

E é contra a universalidade que se arvoram os críticos do serviço público, quando defendem, fanaticamente, como *mulas da nova ordem*, eficácia, lucratividade, eficiência e redução de custos das empresas prestadoras dos mesmos serviços, o que somente poderia ser obtido, dentro da ótica neoliberal, com a privatização das mesmas (privatização aqui em duplo sentido, primeiro como de alienação do capital público, mas, principalmente, como subordinação a um regime de direito privado).

O que raramente surge confessado é que, conforme verifica Renato Janine Ribeiro: “Este discurso transmite, implícita ou subliminarmente, a convicção — pouco contestada — de que a *sociedade é ativa enquanto economia, e passiva enquanto vida social.*” Pois “remetem-se à carência, à passividade, assuntos importantes como a saúde, a educação, a habitação, o transporte coletivo. Ao modo de tratá-los, confere-se o selo do fisiologismo e do clientelismo. Aos profissionais dessas áreas se paga mal e se põe sob suspeita”.<sup>49</sup>

Carlos Labaure Aliseris nota que “como assinala Bobbio, a distinção entre o público e o privado se duplica com a distinção entre política e economia, com a consequência de que a primazia do público sobre o privado é interpretada como a superioridade da política sobre a economia”.<sup>50</sup>

Esta política econômica, como averba com precisão Fábio Nusdeo, “desdobra-se por um conjunto complexo e extenso de medidas, e se estende por largo período de tempo, abarcando mais de uma geração”. Pretende, assim, a regulação da atividade econômica manter “instituições estáveis e colocadas ao abrigo de impulsos e iniciativas ávidas de obtenção de resultados retumbantes a curto prazo, com relação aos quais a comunidade somente foi informada de seus possíveis resultados positivos e desinformada quanto aos efetivos custos”.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Id.

<sup>48</sup> BRITO, Mariano. La Desmonopolización de los Servicios Públicos Prestados por el Estado. In: ANUÁRIO de Derecho Administrativo 1989, p. 194, grifei.

<sup>49</sup> RIBEIRO, op. cit., p. 23.

<sup>50</sup> LABAURE ALISERIS, op. cit., p. 68.

<sup>51</sup> NUSDEO, op. cit., p. 23.

O professor Joseph E. Stiglitz, com a autoridade de quem foi por sete anos chefe do Conselho de Consultores Econômicos do governo do presidente Bill Clinton, bem como economista-chefe e vice-presidente *senior* do Banco Mundial, além de uma sólida carreira acadêmica que lhe propiciou ganhar o prêmio Nobel de Economia em 2001, e que é um ardoroso defensor de políticas de austeridade fiscal, privatização e liberalização do mercado, escreveu candente manifesto contra tal estado de coisas.<sup>52</sup>

Especificamente sobre o tema ensina que nestes processos ocorreram inúmeros fatos que serviram de combustível para o notável malogro destas reformas. Em síntese, são três as observações:

Primeira: *empresas privatizadas antes de ser reformado o mercado de capitais*. Este fato implica que estas empresas fiquem nas mãos de pessoas próximas da aposentadoria, não ocorrendo incentivos para a criação de riqueza a longo prazo, apenas para a divisão imediata de ativos para honrar os compromissos com a renda mensal dos aposentados.<sup>53</sup>

Foi, com certeza, o que ocorreu no Brasil, onde a maioria das antigas estatais teve seu controle acionário adquirido, exclusiva ou parcialmente, por fundos de pensão estrangeiros — representados por bancos de investimentos — ou nacionais (geralmente de empresas estatais).

Segunda: *privatizações promovidas antes da criação de um regime de concorrência eficaz*, que ocasiona dois problemas gravíssimos: a) a criação de monopólios privados e b) incentivos políticos para evitar a criação de um regime eficaz de concorrência.<sup>54</sup>

Com exceção das telecomunicações, e mesmo assim nem tanto, foi exatamente isto que ocorreu no Brasil.

Terceira: *privatização promovida em um sistema federal, mas deixando Estados e autoridades locais (Municípios) livres para determinar impostos, aluguéis e regulamentações por conta própria*, o que implica no aumento tarifário pela busca de rendas públicas por parte destes entes.<sup>55</sup>

Mais uma vez, — e a redundância tem como causa o açodado processo regulatório —, é exatamente isso que está ocorrendo no Brasil com a majoração tarifária em virtude de tributação estadual e municipal inexistentes ou com alíquotas mais baixas ao tempo das empresas estatais e a cobrança pela ocupação do solo urbano pelos equipamentos e redes das

<sup>52</sup> STIGLITZ, op. cit. Especificamente, mas não só, o Capítulo 6.

<sup>53</sup> Op. cit., p. 311.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid.

empresas prestadoras de serviços públicos (taxas que jamais foram cobradas antes da privatização).

Todo este *plus* é agregado na tarifação e, conseqüentemente, pago pelo cidadão-usuário, com a agravante de que este mesmo cidadão, na qualidade de contribuinte ou de consumidor, já suporta uma das maiores cargas tributárias do mundo, muito superior ao terço do PIB.

O diário *Valor Econômico* veiculou estudo sobre a tributação na área de telecomunicações no Brasil. Nos termos do trabalho dos técnicos Lázaro José de Brito e Lacy Dias da Silva, “a carga tributária sobre os serviços de telefonia oscilam entre 40% a 63% dos valores das contas dos assinantes — o maior percentual do mundo, muito acima dos 21% da Argentina, por exemplo”.<sup>56</sup> A referida carga tributária é incompreensível, até mesmo porque o “ICMS é o principal responsável por isso, mas, segundo os técnicos, há estudos que mostram ser possível reduzir em até 10 (dez) pontos percentuais o imposto cobrado pelos Estados, e, ainda assim, aumentar a arrecadação, com a expansão dos serviços proporcionada pela queda dos preços”.<sup>57</sup>

O jornal *Folha de S.Paulo* demonstrou que “as tarifas públicas subiram mais que o dobro da inflação no governo FHC” eis que “subiram em média 203,04% durante os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso. Esses reajustes equivalem a mais do que o dobro da inflação acumulada no período de 1995 a 2002. O cálculo foi feito pelo Banco Central e inclui os reajustes ocorridos até o mês de outubro último” (2002). Consigna ainda que “nos últimos oito anos, o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo) acumulou alta de 90,78%”. “Os maiores aumentos foram observados no caso da telefonia fixa e do gás de cozinha. Os reajustes destes produtos ficaram em 509,70% e 452,37%, respectivamente, nos últimos oito anos. As passagens de ônibus subiram 203,12%, e as taxas de água e esgoto foram reajustadas em 169,21%”. Segundo o Banco Central, “os elevados reajustes se explicam pelas privatizações e pela alta do dólar a partir de 1999, quando o câmbio deixou de ser controlado pelo governo e passou a flutuar livremente”. “Um fator relevante é o processo de realinhamento de tarifas e eliminação de subsídios cruzados nos setores que sofreram privatização”. Assim, conclui o citado periódico que “as privatizações transferiram para o setor privado a definição dos preços dos serviços públicos. Além disso, a política adotada pelo governo FHC – de redução da influência do Estado

<sup>56</sup> Proposta Reduz Impostos para Teles. *Valor Econômico*, 30 e 31 dez. 2002, p. A-3.

<sup>57</sup> *Ibid.*

na economia – levou ao fim dos subsídios as concessionárias de serviços públicos. Com isso, as tarifas subiram mais do que a inflação”.<sup>58</sup> No atual governo, muito embora os dados ainda estejam sendo tabulados, a realidade, se modificações sofreu, foi para pior.

Estou-me a braços com a inequívoca reserva de Guillermo Andrés Muñoz quando sustenta que “com diferenças de matizes se fala de uma nova concepção de serviços públicos, nova concepção que em alguns casos procura amputar a titularidade estatal por não resultar essencial e ter efeitos perturbadores”.<sup>59</sup> O mesmo autor lança a seguinte pergunta: “Qual a finalidade que se persegue neste novo conceito de serviço público?” E responde: “A segurança jurídica”. Contudo, continua perguntando: “Segurança jurídica de quem?” E conclui: “Das empresas prestadoras de serviços públicos”.<sup>60</sup>

Com notável franqueza, Conrado Hübner Mendes nota que “a busca por recursos estrangeiros obriga o país a se adaptar às exigências de conglomerados econômicos transnacionais, com a finalidade de proporcionar segurança a seus investimentos”. O que induz a pensar que, “desta maneira, um arcabouço regulatório uniforme entre os diversos países é condição primeira para facilitar o livre intercâmbio de capitais”, razão pela qual o processo ocasiona um dilema: “Como proporcionar segurança aos investidores estrangeiros sem a criação de instituições reguladoras fortes e independentes, semelhantes às americanas? De outro lado, como transportar este modelo regulatório sem ferir nosso regime constitucional, adaptando-o à nossa cultura política e econômica?”.<sup>61</sup>

Na mesma obra coletiva de onde tirei a citação de Conrado Hübner Mendes, há profunda observação de Guillermo Andrés Muñoz sobre a proteção aos investimentos estrangeiros na Argentina, que sinteticamente implicou a renúncia ao Poder Legislativo e, de forma mais ampla, à jurisdição dos seus juízes.<sup>62</sup>

Penso que, sem precisar deslocar o problema para Washington, ocorre o mesmo no Brasil, com a extraordinária gama de funções (notadamente

<sup>58</sup> Tarifas Públicas Sobem Mais que o Dobro da Inflação no Governo FHC. *Folha de S.Paulo*, 31 dez. 2002, p. B-1.

<sup>59</sup> MUÑOZ, op. cit., p. 85.

<sup>60</sup> Id., p. 85-86.

<sup>61</sup> MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. *Direito Administrativo Econômico*, p. 101-102.

<sup>62</sup> MUÑOZ, Guillermo Andrés. El Arbitraje en los Contratos Internacionales Celebrados por el Estado apud *Entes Reguladores como Instrumento de Controle...*, op. cit., p. 145. Para se ver a que ponto chegou certo setor da doutrina argentina no afã de proteger as inversões externas e defender a renúncia da soberania de seu próprio país, cf. YMAZ VIDELA, Esteban M. *Protección de Inversiones Extranjeras: tratados bilaterales: sus efectos en las contrataciones administrativas*.

normativas) que as Agências Reguladoras receberam, inconstitucionalmente, nas suas leis de criação. No trabalho que escrevi sobre as agências reguladoras, sustento que elas, pelas suas próprias características essenciais, e pelo verdadeiro sentido do instituto da regulação econômica, exercem ampla e profunda função normativa, inovando, significativamente, no ordenamento jurídico positivo. Aqui, reside a inconstitucionalidade estrutural das agências reguladoras perante o sistema constitucional vigente no Brasil que não admite que ato administrativo venha a criar (ou fazer desaparecer) aquilo que a lei não criou (ou fez desaparecer). Pode-se, assim, concluir que as decisões, mesmo as técnicas, das agências reguladoras, em face da realidade constitucional vigente, sempre se constituirão em abuso do poder regulamentar ou invasão de competência legislativa, se elas não forem devidamente controladas. Mais, se as agências reguladoras não puderem atuar, dentro dos *standards* dados pelo legislador, no sentido de regularem questões técnicas, sua existência será completamente destituída de sentido. O que demonstra, mais uma vez, a quase impossibilidade de se vislumbrar um local adequado para que elas possam se localizar no sistema jurídico brasileiro.

Tem-se, portanto, mais uma questão: perante o disposto nos artigos 5º, II, 37, *caput*, 49, 68, 84, IV, da Constituição Federal, as agências reguladoras não têm permissão para o exercício da função normativa. Mas, sobre matéria técnica teriam as agências reguladoras competência normativa, muito embora essa conclusão seja, reconheça-se, e tal reconhecimento se impõe, não só em termos jurídicos, mas, sobretudo éticos, muito mais um exercício reflexivo do que uma realidade constitucional. Por essa razão, as agências reguladoras, no exercício de suas funções normativas, em matéria técnica, vão, fatalmente, e (quase) sempre, violar os limites que a Constituição Federal colocou à delegação da função normativa entre os Poderes.<sup>63</sup>

E dessa forma também estamos renunciando ao nosso Poder Legislativo e amputando do Poder Executivo, que são aqueles constituídos democraticamente de eleitos pelo povo, para formular as políticas públicas referentes aos serviços públicos estruturais e da economia sem sentido estrito, tudo em nome de uma regulação independente dos Poderes da República, mas de todo dependente da imperial vontade dos capitais internacionais.

Em outras épocas, tal fato tinha nomenclatura própria: colonialismo e imperialismo. Hoje, semanticamente, tais processos são descritos como regulação técnica e despolitizada.

<sup>63</sup> *Agências Reguladoras*, p. 178-179.

Esta segurança jurídica de um grupo de agentes do mercado (o das prestadoras privadas de serviços públicos e de empresas privadas monopolísticas ou quase-monopolísticas) parece não contar com o entusiasmo dos outros agentes deste mesmo mercado. Pesquisa realizada nos anos de 2001 e 2002, com 100 (cem) executivos brasileiros, atuantes em empresas pertencentes aos segmentos alimentício, eletroeletrônico, de informática, metalúrgico, de prestação de serviços, de produtos plásticos, químico, têxtil, de telecomunicações e varejista<sup>64</sup> mostrou, em 2002, que 41 (contra 35 de 2001) avaliaram o programa de privatizações como duvidoso; 28 (contra 14 em 2001) avaliaram que o programa de privatizações tem sido conduzido de forma correta; enquanto 16 (contra 17 em 2001) avaliaram que algumas empresas deveriam ter sido mantidas estatais. Apenas nove (contra 28 em 2001) sustentaram que o programa deveria ser ampliado com a venda de mais estatais.

Perguntados sobre quais os segmentos que melhoraram após a privatização, 28 (contra 57 em 2001) apontaram a telefonia fixa; 28 (contra 15) as rodovias; cinco (contra sete) os bancos; três (contra quatro) a energia elétrica; dois (contra oito) a mineração; um (contra 40) a telefonia móvel; 16 (contra seis) nenhum segmento, e 15 optaram por outros segmentos.

Quanto aos benefícios que as privatizações trouxeram ao Brasil, as respostas foram as seguintes: 65 (contra 49 em 2001) apontaram a livre concorrência; nove (contra nenhum em 2001), a captação de divisas para o país; cinco (contra 27), o fim dos monopólios; três (contra 12), a diminuição de tarifas; dois (contra 37), o aporte de novas tecnologias; 16 (contra três), que as privatizações não trouxeram nenhum benefício para o Brasil.

Indagados sobre quais as desvantagens que as privatizações trouxeram para o Brasil, as respostas foram: Controle estrangeiro (80 em 2002 contra 23 em 2001); aumento de tarifas (50 contra 43); evasão de divisas (42 contra 16); formação de cartéis (35 contra 15).

Os números falam por eles mesmos e não necessitam maiores considerações sobre seus significados. Apenas considero que, se tais resultados foram obtidos pela investigação junto a empresários que conhecem as dificuldades econômicas do país e, mais importante, sendo grandes usuários dos serviços públicos estruturais (energia, telecomunicações, transportes), demonstram certa impaciência (ou frustração) com o processo privatizante, certamente outras camadas da população brasileira possuem muito mais ~~falta de paciência~~ ou esperança num futuro melhor. E isto porque as

<sup>64</sup> Carta Capital, São Paulo, 10 out. 2002, p. 61.

privatizações brasileiras, com raras exceções, trouxeram brutais aumentos de tarifas sem a correspondente melhoria na prestação dos serviços públicos.

O processo privatizante brasileiro, como de resto nos demais países da América Latina, possui uma falha original e estrutural, eis que serviu muito mais como fator de arrecadação da União Federal para fazer frente aos seus compromissos com credores externos, implicando na venda de ativos de empresas antes estatais, do que como fator de desenvolvimento nacional, além de que, em termos estritamente jurídicos, criou situações caricatas, como o de estabelecer um “esdrúxulo procedimento uniforme”, “com as mesmas exigências” da “privatização do porte da Companhia Vale do Rio Doce e ao arrendamento, com prazo determinado, de uma área portuária de dez mil metros quadrados”.<sup>65</sup> O cidadão-usuário, que percebe no bolso tal processo, não se deixou iludir. Afinal, no *novo direito* dos novos serviços, antes públicos, agora eufemisticamente denominados *de interesse geral*, o mesmo cidadão-usuário parece não ter encontrado seu lugar ou, ao menos, encontrado o lugar que os discursos oficiais, ideológicos e legitimadores das privatizações prometeram.

As frustrações e as impaciências originam um subproduto pavoroso e de sérias implicações ao Estado Democrático. Como notam Bernard Perret e Guy Roustang, quando há um sentimento difuso na sociedade, de que o Estado deixou de ter influência na orientação fundamental do desenvolvimento, a mesma perde fé na democracia, e esta perda, muitas vezes, pode ser definitiva. Os autores concluem que referido subproduto é a demonstração cabal da “estreiteza dos limites fixados no imaginário social pela mundialização da economia”.<sup>66</sup>

Tal fenômeno apenas repete no Brasil o que aconteceu em outros países periféricos do capitalismo. Jorge Luis Salomoni sustenta que nos contratos de concessão de serviços públicos deve ser introduzida a idéia de que, em face da magnitude do risco que assume a empresa prestadora (e, acrescento, o Estado concedente), é tarefa fundamental do direito a de introduzir o cidadão-usuário como elemento determinante de todo e qualquer procedimento utilizado para análise do novo serviço público.<sup>67</sup>

O *novo* serviço público (ou de *interesse geral*, como preferem seus

<sup>65</sup> BORGES, Alice Gonzalez. *Aspectos Polêmicos das Licitações nas Privatizações*, p. 188-189.

<sup>66</sup> PERRET, Bernard; ROUSTANG, Guy. *La Economía Contra la Sociedad: crisis de la integración social y cultural*, p. 7.

<sup>67</sup> SALOMONI, Jorge Luis. Reforma del Estado: su configuración constitucional a través de la reforma de 1994. *AeDP* 7/109. As idéias do autor foram publicadas em português, no texto *Regulação dos Serviços Públicos e Defesa da Concorrência na Argentina. Direito Administrativo Econômico*.

apologistas) até tentou realizar tal processo, com a edição da nova legislação regulatória. Na prática, a missão vem se constituindo, em muitos casos (basta ver o setor elétrico) num extraordinário fracasso.

Estas *novas* noções que inundam a doutrina com a expressão *serviços de interesse geral* nascem no direito norte-americano e recebem hoje novos aportes do direito europeu. É *óbvio ululante nelsonrodriguiano* que, nestes lugares, os problemas sociais são muito menores e menos intensos que os vividos no Brasil. Do mesmo modo, os de ordem econômica. Contudo, não se pode olvidar que mesmo nos Estados Unidos e na Europa os novos modelos vêm sofrendo pesadas críticas, considerando-se os precedentes havidos.

A norte-americana *Eron*, maior empresa do mundo no setor de comercialização de energia, quebrou com uma dívida de US\$13 bilhões.

Nos últimos cinco anos as operadoras de telefonia e seus fornecedores tomaram empréstimos na ordem de US\$890 bilhões, tendo captado US\$415 bilhões através de lançamento de títulos e mais US\$500 bilhões no mercado acionário. Em 1999, metade dos financiamentos de bancos europeus destinou-se às empresas de telecomunicações. Nos últimos seis meses do ano de 2001, 31 dessas empresas pediram concordata, havendo hoje US\$60 bilhões em não pagamento de dívidas.<sup>68</sup>

Por outro lado, no final de 2003 estourou, com profundas implicações em toda a União Européia, o caso *Parmalat*.

Assim, se o processo regulatório neoliberal assume números dramáticos em ambientes de alto desenvolvimento econômico e social, adquire ainda maior dramaticidade nas nações periféricas.

Aqui cabe uma indagação: se o quadro é esse, por que o *novo Direito* insiste em não visualizar esta realidade e continua aprofundando tal estado de coisas? A resposta é a de que os operadores do Direito, cultores de tal situação, passaram a enxergar e defender a possibilidade da legitimidade do Estado Democrático e Social de Direito sem qualquer conteúdo social.

Tal opção, a meu ver, é que explica a defesa intransigente e a produção doutrinária (não reflexiva) estribada em princípios estranhos à tradição jurídica brasileira. Parece, assim, haver a satisfação do dever cumprido quando se sustenta que pouco importa o modo de prestação do serviço público (ou simplesmente *serviço* ou *atividade* para alguns), desde que o Estado mantenha a *titularidade* do mesmo. Ou ainda, os monopólios não

<sup>68</sup> Os dados foram coligidos de *Carta Capital*, São Paulo, 13 dez. 2001, p. 36.

encetam nenhum problema, porque os órgãos de defesa da concorrência podem, em momento oportuno, exigir determinado comportamento.

Ademais, continua esta sustentação ideológica, e não jurídica, de que o Direito tem o condão de solucionar os problemas surgidos.

Não foi só parte do setor jurídico, contudo, que se deixou seduzir pelo *canto da sereia*. Na verdade, grande parcela da sociedade pensante embarcou no mesmo rumo. Afinal, o discurso dominante é avassalador e conquista muito dos melhores cérebros. Sobre o tema, Renato Janine Ribeiro diz que as estatais “foram privatizadas, e o débito social só aumentou. O problema é que, antes mesmo de se proceder à privatização de uma estatal ou outra, o discurso dominante em nossa imprensa já tinha privatizado ‘a sociedade’”.<sup>69</sup>

Jürgen Habermas, falando sobre o ambiente em que vive, a Alemanha e a União Européia, aponta que a “legitimação do Estado Democrático de Direito não se satisfaz pelo fato de que as leis e sentenças se pronunciem segundo o procedimento prescrito”, eis que, nas questões fundamentais da vida, “não é suficiente a legitimidade procedimental”.<sup>70</sup>

Obrigo-me a concluir que não é possível compreender a idéia de que o fim supremo da Administração Pública e do Estado não seja outro senão o cidadão-usuário do serviço público, o contribuinte e o consumidor, uma vez que, inexistindo serviço público, com o seu substrato formal de Direito Público, e de uma economia a serviço do povo, de nada serve a existência da estrutura jurídico-orgânica da Administração Pública e da estrutura constitucional do Estado. Mais, os legítimos interesses da cidadania não podem e nem devem ser confundidos com os interesses estatais. Ou o Direito Público serve para assegurar uma Administração Pública cumpridora de seus deveres — entre os quais, e principalmente, mas não exclusivamente, encontramos o serviço público —, ou o Direito serve apenas para diletantes e estéreis discussões acerca das diferenças e semelhanças das *public utilities* e os *serviços de interesse geral*, a ser travada, até mesmo em homenagem à terminologia, tão a gosto do *mantra* do mercado, em inglês americano e britânico.

Enquanto isso, as pessoas realmente preocupadas com o destino do Direito do seu país, em que o mesmo se positiva, certamente sem fazer muito alarde, para não atrapalhar as *maravilhosas e profundas* discussões sobre as *public utilities*, continuarão a folhear as obras fundamentais do velho e

<sup>69</sup> RIBEIRO, op. cit., p. 24.

<sup>70</sup> HABERMAS, Jürgen. Derecho y Violencia: un trauma alemán. Ensayos políticos. Apud SALOMONI, op. cit.

afrancesado instituto jurídico que retirou milhões de seres humanos das cloacas em que viviam antes do 14 Julho.

Os princípios jurídicos do novo regime positivo dos serviços públicos na União Européia, que, *mutatis mutandis*, são os velhos princípios do regime jurídico das *public utilities* norte-americanas, somente servem para o Brasil, se, e somente se, puderem ser elemento de universalização dos serviços públicos, garantindo-se o acesso irrestrito dos mesmos pela população. Do modo diverso, tais aportes de nada valerão e a finalidade da regulação não será outra, que não a de proteger, com escandalosa exclusividade, os interesses das empresas prestadoras, fortalecendo-se, assim, a ideologia das três desigualdades a que alude Luís Roberto Barroso: a econômica, a política e a filosófica:

Desigualdade econômica, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a conseqüente dificuldade de se estabelecer um projeto comum da sociedade. Desigualdade política, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. Desigualdade filosófica: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo.<sup>71</sup>

É necessário, portanto, face ao marmoto neoliberal, exercer o mais humano dos direitos: *o de dizer não, o direito à heresia, o direito de escolher outra coisa*, até mesmo porque alguns juristas estão se equiparando a alguns *sacerdotes fundamentalistas*, no sentido de interpretar perversamente o Texto denominado Constituição — tudo em nome do *mercado* — sem o menor respeito pela herança cultural que a mesma carrega no seu ventre e sem a qual não pode existir como tal. Ou, como diz Luís Roberto Barroso, “se lhe fosse dada a escolha”, a pós-modernidade “provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral”.<sup>72</sup>

Meu amigo Salomoni escreveu: “Crer, como o grande filósofo francês Gilles Deleuze, que é necessário, hoje, mais do que nunca, pensar, para poder criar assim novas formas de vida, porque o pensamento é sempre criação. Criação que permite resistir. Resistir a imbecilidade, ao presente ruim, a intolerância”.<sup>73</sup>

Do contrário, a utopia neoliberal regulatória deixará apenas um Estado (???) formado por uma única agência executiva (a Receita Federal)

<sup>71</sup> BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 56. Consulte-se, também Adroaldo LEÃO. *Globalização e o Constitucionalismo Pós-moderno*.

<sup>72</sup> Op. cit., p. 37.

<sup>73</sup> SALOMONI, op. cit., p. 125.

cercado de agências reguladoras por todos os lados, num descompromisso que encontra repúdio, e obstáculo, em todo o Texto Constitucional brasileiro **vigente**, bem como em todos os princípios jurídicos que fizeram do direito civilização.

Como tudo que venho escrevendo nestes últimos anos, optei pelo uso coloquial da linguagem. Homenageio, assim, o grande iconoclasta Oswald de Andrade, que, como poucos, *conheceu as lutas e as tempestades e como poucos amou a palavra liberdade e por ela brigou*.<sup>74</sup> *Nesta pugna contou com uma única arma: A língua sem arcaísmos. Sem erudição. Natural e neológica. A contribuição milionária de todos os erros. Como falamos. Como somos. Tudo isto contra o mundo reversível e as idéias objetivadas. Cadaverizadas. O stop do pensamento que é dinâmico. O indivíduo vítima do sistema. Fonte de injustiças clássicas. Das injustiças românticas. E os esquecimentos das conquistas anteriores*<sup>75</sup> que é o que estão tentando fazer com o serviço público e com a economia em sentido estrito.

Fala-se, atualmente, muito em serviços públicos e numa economia eficiente. Creio, respeitosamente, que nenhuma dessas falas consegue ser melhor que esta de Oswald de Andrade:

*Estou convencido de que só seremos felizes sobre a terra quando toda a humanidade, num mundo redimido, comer à mesma mesa, com a mesma fome justa*

<sup>74</sup> ANDRADE, op. cit., p. V.

<sup>75</sup> Id., p. IX.

<sup>76</sup> Ibid., p. XVII.