



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

As Políticas Públicas no paradoxo Privatização versus Constitucionalização do Direito Administrativo

*The Public Policies in the paradox Privatization versus Constitutionalization
of the Administrative Law*

Luis Fernando de França Romão

Resumo: Considerando as transformações do Direito Administrativo, este artigo posiciona as políticas públicas no paradoxo da privatização versus constitucionalização do Direito, identificando o impacto, de modo geral, da Reforma do Estado e da adoção do modelo gerencial de Administração Pública para as políticas e os serviços públicos, tecendo, igualmente, considerações sobre a inter-relação política pública, privatização e regulação, podendo-se concluir pela significativa repercussão nos programas de ação governamental dos movimentos operados pelo atual Direito Administrativo.

Palavras-chave: Políticas públicas; privatização; constitucionalização do Direito Administrativo.

Abstract: Considering the transformations of Administrative Law, this essay positions the public policies in the paradox of privatization versus constitutionalization of the Law, identifying the impact, in general, of the State Reform and the adoption of the management model of Public Administration for the polices and the public services, weaving considerations about the interrelation public policy, privatization and regulation, may conclude for the significant repercussion on governmental action programs of the movements operated by the current Administrative Law.

Keywords: Public policies; privatization; constitutionalization of the Administrative Law.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n1p150-162>

Artigo submetido em: maio de 2015

Aprovado em: outubro de 2015

AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO PARADOXO PRIVATIZAÇÃO VERSUS CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Luis Fernando de França ROMÃO*

Sumário: 1. Introdução; 2. A Reforma do Estado e a Administração Pública gerencial; 3. Privatização do Direito Administrativo: fuga para o Direito Privado; 4. Constitucionalização do Direito Administrativo; 5. Breves considerações sobre a inter-relação envolvendo política pública, privatização e regulação; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

O Direito Administrativo brasileiro, em razão de diversos aspectos, tem sofrido uma série de transformações na atualidade, das quais se sobressaem dois movimentos de significativa repercussão nas suas estruturas dogmáticas, quais sejam: a privatização ou fuga para o Direito Privado, assim como a sua sujeição aos efeitos da constitucionalização do Direito.

Analisando, pois, o Direito Administrativo sob esses dois enfoques, percebe-se um paradoxo, uma vez que, neste sentido, o Estado-Administração passa a ser gerencial, havendo uma separação entre prestação e regulação de serviços públicos, seguindo-se um uso recorrente de institutos como concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada, dentre outros. Neste diapasão, considerando, ainda, a contemporânea centralidade constitucional da dignidade da pessoa humana, alguns autores¹ começaram a defender a necessidade de desconstrução, ou superação, da supremacia do interesse público, paradigma clássico de todo o direito público administrativista.

Decerto que esses movimentos transformadores do Direito Administrativo, para além do seu debate teórico, geram relevantes efeitos práticos. Assim, importa analisar como se posicionam, de modo geral, as políticas públicas neste paradoxo, sobretudo no que diz respeito à relação com as questões regulatórias e de parcerias entre público e privado para sua prestação e efetivação.

Dessa maneira, a fim de efetuar essa análise, o presente artigo busca identificar os impactos, de modo geral, da Reforma do Estado e sua consequente proposta de adoção da Administração Pública gerencial, notadamente quanto ao papel que cumpre às políticas públicas nesse modelo, assim como relacionar as repercussões para as políticas dos movimentos de privatização e constitucionalização, empreendidos pelo Direito Administrativo contemporâneo, tecendo, ao final, breves considerações sobre a inter-relação envolvendo política pública, privatização e regulação, a fim de propor uma colocação temática acerca do problema atual em matéria de políticas públicas a partir de sua leitura pela ótica jurídico-administrativa.

2. A Reforma do Estado e a Administração Pública gerencial

O crescimento desmesurado do Estado Social, prestando diretamente os serviços públicos à população em elevada escala, ocasionou crises de várias dimensões, dentre as quais se destacam: i) *crise de governança*, dado que o Estado, enquanto agente de desenvolvimento, transformou-se em seu próprio obstáculo por sua incapacidade financeira e administrativa de implementar políticas públicas; ii) *crise fiscal*, com a perda de crédito público e impossibilidade de realização de poupança pública que permitisse financiamento de políticas; iii) *crise do modo de intervenção*, em razão da forma burocrática de

*Mestrando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito, com ênfase em Estado e Sociedade, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

¹ Cf. ÁVILA, 1999; BINENBOJM, 2008; SARMENTO, 2007 e 2008.

administrar, com crescentes custos da máquina estatal, baixa qualidade e ineficiência dos serviços públicos aos cidadãos (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 31).

As políticas públicas, à época da Reforma do Estado, estavam no cerne das crises administrativas, como salienta Luiz Carlos Bresser-Pereira (1998, p. 180), principal responsável pela Reforma e adoção do modelo gerencial: “A crise administrativa manifesta-se na baixa capacidade de formulação, informação, planejamento, implementação e controle das políticas públicas. O rol de insuficiências da administração pública no país é dramático”.²

Dessa maneira, buscou-se reformar o Estado-Administração inspirando-se em paradigmas regentes da iniciativa privada. Substituiu-se a Administração burocrática, ainda com vícios patrimonialistas e corporativistas, por uma Administração gerencial que primasse pela eficiência nos serviços públicos e no controle de resultados, aprimorando, assim, a qualidade da gestão.

Convém destacar que o qualificativo “gerencial” a esta reforma se deve justamente a sua inspiração na “administração das empresas privadas”, porque visaria “dar ao administrador público profissional condições efetivas de gerenciar com eficiência as agências públicas” (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 17-18). Esse Estado gerencial eficiente estaria voltado ao “cidadão-cliente”.³

Nesta reforma gerencial, o Estado passa a pautar-se pela descentralização, subsidiariedade, parcerias com a iniciativa privada, novos esquemas inovadores de gestão, valorização da competência e eficiência, superando, ainda, o que chamava de um “estatismo exacerbado” do modelo em crise. O Estado eficiente estaria repleto de espaços públicos não estatais, podendo, dessa forma, fortalecer o seu núcleo estratégico, ao qual competiria a formulação e avaliação das políticas públicas:

Desonerado das atividades de execução, o núcleo estratégico tem melhores condições de se dedicar às suas atividades precípuas, que são, fundamentalmente, formulação e avaliação de diretrizes e políticas públicas e acompanhamento e avaliação das instituições descentralizadas sob sua supervisão de forma a garantir a implementação das políticas e a observância das diretrizes por ele formuladas. Assim, o núcleo estratégico se fortalecerá de duas maneiras: concentrando atenção na função principal de formulador e avaliador de políticas e dispondo de instrumentos e ferramentas para realizar um acompanhamento e uma supervisão efetivos das instituições descentralizadas a ele vinculadas (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 226).

Por conseguinte, a execução e a implementação das políticas públicas, definidas previamente pelo núcleo estratégico, seriam atribuições das agências executivas. Cumpre observar que nesse modelo

² Não obstante o trecho refletir o cenário brasileiro da década de 1990, as políticas públicas ainda permanecem como um desafio tanto para a Administração Pública, responsável pela sua formulação, quanto para o próprio Poder Judiciário quando do exercício de sua função controladora, pois a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 depende em grande medida da adoção de políticas públicas em escala e em intervalo de tempo suficiente para apresentar os resultados objetivados pela Constituição.

³ Luiz Carlos Bresser-Pereira explica a polêmica ideia de ver no cidadão um cliente: “A ideia de que o cidadão deve ser visto como cidadão-cliente é central na Reforma Gerencial. Entretanto é comum ouvirmos críticas a esta visão, que seria ‘neoliberal’ por reduzir o cidadão, primeiro, à condição de contribuinte, e, depois, à de cliente, quando ele é muito mais do que isto: é um cidadão portador de direitos e obrigações políticas. A crítica não faz sentido. O verdadeiro cidadão é sem dúvida aquele que tem direitos efetivos, inclusive o de ser tratado com respeito pelos prestadores de serviços do Estado. A orientação para o cliente importada da administração de empresas significa exatamente isso: atender às necessidades do cliente, respeitá-lo. Mas não significa que, com ela, esteja sendo posto de lado o direito do cidadão de participar, que esteja sendo subestimada a importância dos mecanismos e instituições de controle social, que são um elemento essencial da administração pública gerencial” (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 119).

gerencial há uma proliferação de agências – com funções executivas e também reguladoras, havendo autores que se refiram ao fenômeno de *agencificação*, seguindo o modelo norte-americano.⁴

Esse modelo de reforma gerencial da Administração Pública teve como base as experiências empreendidas em países desenvolvidos. Na defesa da essencialidade da reforma para o contexto brasileiro da década de 1990 destacou Luiz Carlos Bresser-Pereira:

[...] a Reforma Gerencial da administração pública é essencial, a curto prazo, para reduzir os custos do Estado e completar o ajuste fiscal, e, a médio prazo, para tornar o Estado mais eficiente, mais efetivo, melhor capacitado para defender o patrimônio público, mais capaz de atender às demandas dos cidadãos a um custo compatível com as restrições econômicas impostas pelo dramático aumento da competição internacional envolvido no processo de globalização. Tal necessidade de uma administração pública mais eficiente é particularmente sentida na área social, na qual os serviços de saúde, educação e previdência básica, essenciais para a garantia dos direitos sociais, só poderão ter uma qualidade muito melhor, com o mesmo custo, se forem prestados nos termos de uma administração pública gerencial, moderna e eficiente, do tipo que vai aos poucos se generalizando nos países do primeiro mundo, particularmente na Grã-Bretanha, Nova Zelândia, Austrália e nos países escandinavos. (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 45-46).

Ocorre, todavia, que para este modelo de Estado-Administração Gerencial algumas normas constitucionais não estavam adequadas, pois, segundo seus defensores, a Constituição de 1988 “consagrou um burocratismo sem precedentes”, sendo ela responsável pelo agravamento das crises. Logo, a reforma da administração pública por emenda constitucional tornou-se o mais importante projeto da Reforma Gerencial, tendo em vista a repercussão direta nos entes federativos.

Desta forma, para o sucesso do modelo gerencial de administração pública, tendo como objetivo a busca pela eficiência – tal qual dos meios privados – nos serviços públicos, seria preciso sair do tradicional regime jurídico de direito público ao qual a Administração estava sujeita, acentuando-se no Brasil, assim, o fenômeno da privatização do Direito Administrativo ou fuga para o Direito Privado.

3. Privatização do Direito Administrativo: fuga para o Direito Privado⁵

Cumprir frisar, inicialmente, que o Direito Administrativo tem por objeto o estudo da Administração Pública, abrangendo, desta forma, os sujeitos que a integram, a atividade por ela exercida, os bens que utiliza, as relações jurídicas de que participa e, especialmente relevante na análise proposta no presente artigo, o regime jurídico ao qual se submete (DI PIETRO, 2013, p. 5).

⁴ Cf. DI PIETRO, 2015, p. 185: “O direito norte-americano serviu de modelo para o fenômeno que já vem sendo chamado de ‘agencificação’ [...], que corresponde à proliferação de agências, em substituição ao fenômeno anterior de proliferação de entes com personalidade jurídica própria, que compõem a administração indireta do Estado. Não é um fenômeno que ocorre apenas no direito brasileiro; ele vem se difundindo pelo mundo como mais uma decorrência da globalização, embora em muitos países, especialmente europeus, não se utilize a expressão agência e, sim, autoridade administrativa independente”.

⁵ Sobre o tema específico cf. DI PIETRO, 2013, p. 12: “Atualmente, fala-se muito em privatização do direito administrativo ou em fuga para o direito privado. Não se trata de tendências exclusivas do direito brasileiro, mas de praticamente todos os países que seguiram o sistema europeu continental. Em Portugal, o fato constituiu tema do livro de Maria João Estorninho, publicado com o título Fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Segundo a autora a expressão fuga para o direito privado deve-se a Fritz Fleiner, sendo utilizada em sua obra ‘Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts’ (Ed. Mohr, 8 ed., de 1928, p. 326)”. Vê-se, portanto, que o tema não é um fenômeno peculiar da atualidade, mas vem se consolidando há algum tempo em países da Europa.

Dito isto, é possível verificar que o Direito foi incorporando novas terminologias, novos vocábulos que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após uma análise mais detida, pode-se constatar que designam, na verdade, fórmulas antigas: *transparência* para designar o princípio da publicidade e afastar a atuação sigilosa; *privatização* designando transferência de ações de empresas estatais para o setor privado; *parceria entre público e privado* para expressar a fórmula antiga das concessões e permissões de serviços públicos; *terceirização* designando os antigos contratos de obras, serviços e fornecimentos há tempos utilizados pela Administração Pública; *flexibilização* para se falar em descentralização e diversificação do regime jurídico dos servidores e simplificação de procedimentos licitatórios e de controle. Assim, segundo a autora, o que realmente muda não é a introdução de novos institutos, mas, na verdade, a ideologia e a forma de se conceber o Estado e a Administração (DI PIETRO, 2015, p. 1-2).

Ao referir-se à privatização do Direito Administrativo busca-se expressar um processo aberto que pode assumir diferentes formas e técnicas, mas sempre com o objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos.

No Direito brasileiro, intensificou-se esse movimento de privatização a partir da segunda metade da década de 1990, pois o então regime jurídico administrativo – que sempre possuiu como características as *prerrogativas*, garantindo a autoridade da Administração e a supremacia do interesse público, e as *restrições*, garantindo a liberdade dos cidadãos e a atuação da Administração nos estritos limites da lei – já não era mais adequado para garantir a eficiência, a livre iniciativa, a livre competição e a concretização de direitos segundo a nova atuação da Administração gerencial.

Era preciso, assim, um novo regime jurídico que diminuísse as prerrogativas do Poder Público colocando o particular e a Administração Pública no mesmo nível e em constante equilíbrio e, dada a ineficiência dos serviços públicos, procuraram-se os meios de atuação privados e uma fuga do regime jurídico de Direito Público. Como consequência disso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destacou as várias medidas que foram sendo adotadas desde então:

[...] quebra de monopólios; a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (privatização em sentido estrito); a adoção de formas privadas de gestão como a concessão de serviços públicos, as parcerias público-privadas (nos casos da concessão patrocinada e da concessão administrativa), a concessão de obras públicas e as várias formas de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos (por meio de convênios, termos de parceria, contratos de gestão e outros instrumentos análogos); o incremento da terceirização (inclusive a ilícita, em que se dá a contratação de pessoal por meio de interposta pessoa, sem a observância da exigência constitucional de concurso público); a preferência pelo regime contratual para os servidores públicos; a liberalização de serviços públicos (em movimento inverso ao da *publicatio*), com o objetivo de devolver as atividades de natureza econômica à livre iniciativa e à livre competição; a introdução da ideia de competição na prestação de serviços públicos; a introdução de formas consensuais, como termos de ajustamento de conduta ou instrumentos semelhantes para correção de atividades praticadas por agentes públicos, ao lado da atuação unilateral. (DI PIETRO, 2013, p. 13)

A oposição entre tecnocratas e burocratas, entre eficiência e legalidade, refletiu-se na Constituição da República de 1988 (art. 37, *caput*), pois os princípios da ordem econômica – livre iniciativa e livre concorrência – convivem com a existência de serviços públicos exclusivos do Estado (art. 21, incisos X, XI, XII; art. 25, § 2º; art. 175). Dessa maneira, há os serviços públicos prestados pelo Estado sob o regime jurídico de direito público e as atividades privadas de interesse público (ou serviço público impróprio)

prestadas por particulares no desempenho de serviços não exclusivos do Estado, mas atuando em sua colaboração.

Convém mencionar que neste contexto, por exemplo, o próprio instituto da concessão, há tempos amplamente utilizado pelo Direito Administrativo, possui duplo aspecto, tendo em vista que de um lado serve para prestação de serviço público atendendo, de forma contínua, a necessidade coletiva, mediante tarifas módicas, enquanto a empresa privada envolvida na parceria exerce atividade com o objetivo de lucro. É importante alertar que há o risco de ocorrer desvirtuamento do instituto quando, além da concessionária, o próprio poder concedente também persegue esse mesmo objetivo de lucro (cf. DI PIETRO, 2015, p. 126).

Apesar da fuga para o Direito Privado, acentua Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “não há como haver inteira igualdade entre o particular e a Administração Pública, porque esta personifica o poder; ela atua em nome do Estado” e por isso sempre estará limitada por finalidade decorrente de lei, pela forma, pelas regras de competência, pelos procedimentos especiais e por princípios jurídicos normativos próprios do Direito Administrativo (legalidade, impessoalidade, razoabilidade, motivação, publicidade, segurança jurídica, interesse público, continuidade do serviço público), restrições estas peculiares à Administração que nem sempre sujeitam os particulares em suas relações entre si, mas “não desaparecem pelo fato de a Administração utilizar institutos de direito privado” (DI PIETRO, 2013, p. 15-17). Isto significa que os institutos do direito privado por ventura utilizados pela Administração Pública podem ser total ou, ao menos, parcialmente derogados por normas de direito público, gerando um regime jurídico híbrido que compõe o Direito Privado Administrativo.

Observa-se que este fenômeno tem gerado preocupações quanto aos riscos de um uso abusivo do Direito Privado pela Administração Pública, além dos riscos para a própria legalidade, não podendo a busca pela eficiência na prestação dos serviços públicos, empreendida pela Administração gerencial, tornar-se um valor absoluto e, neste sentido, ante o conflito verificado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe o alerta feito por Jesús Leguina Villa:

Para ser eficaz e poder competir com o setor privado, a Administração abandona, assim, seu direito próprio, e busca acolhida na autonomia da vontade e na liberdade de contratação que lhe proporciona o direito privado. [...] o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. [...] Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. [...] nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência. [...] o princípio da legalidade está acompanhado de uma constelação de direitos, valores e garantias constitucionais que a eficácia administrativa não pode desconhecer. A igualdade perante a lei, a liberdade de concorrência, a segurança jurídica e o controle efetivo dos gastos públicos – que são, entre outros, pilares básicos do ordenamento jurídico da administração – condicionam ou limitam, em concreto, o alcance do princípio da eficácia. Não se deve esquecer que o Direito administrativo deve garantir simultaneamente os interesses gerais e os direitos e interesses individuais, não sendo razoável seu abandono em prol da sacralização de uma lógica eficiente, que não consegue ver na legalidade pública outra coisa senão insuportáveis obstáculos que devem ser eliminados a todo custo. (DI PIETRO, 2015, p. 330-331)

A legalidade sempre constituiu um óbice para o amplo uso do Direito Privado pela Administração Pública, dentro do fenômeno da privatização do Direito Administrativo. Deve-se considerar, no entanto,

que outro fenômeno, o da constitucionalização do Direito, gerou a ampliação da legalidade, formando, assim, um dos paradoxos do atual Direito Administrativo.

4. Constitucionalização do Direito Administrativo

O fenômeno da constitucionalização se refere, na abordagem proposta no presente artigo, a um efeito expansivo do conteúdo material e axiológico das normas constitucionais, com força normativa, por todo o sistema jurídico.⁶ Havendo, assim, repercussão deste fenômeno na atuação dos Poderes do Estado, notadamente quanto à Administração Pública, segundo Luís Roberto Barroso, destacam-se três efeitos: i) limitação da discricionariedade; ii) imposição de deveres de atuação; iii) validade da prática de atos de aplicação direta das normas constitucionais (BARROSO, 2012, p. 32-33).

Relativamente quanto à origem e à evolução do fenômeno, o referido constitucionalista destaca como antecedentes do estágio atual a aproximação realizada entre constitucionalismo e democracia, bem como a força normativa atribuída à Constituição e, ainda, a difusão da jurisdição constitucional (BARROSO, 2012, p. 33). Nesse ambiente, a partir da ordem constitucional de 1988, verifica-se que a Constituição ocupa o centro do sistema jurídico, possui força normativa, supremacia formal e material, é parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional e, ainda, orienta a interpretação de todas as normas.

Com o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil,⁷ a partir das premissas da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alteraram-se qualitativamente as relações entre Administração Pública e administrado, de modo que Luís Roberto Barroso enfatiza a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais:

a) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o particular, com o reconhecimento de que os interesses privados podem recair sob a proteção da Constituição e exigir ponderações em concreto; b) a conversão do princípio da legalidade administrativa em princípio da juridicidade, admitindo-se que a atividade administrativa possa buscar seu fundamento de validade diretamente na Constituição, que também funciona como parâmetro de controle; c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo, com base em princípios constitucionais como a moralidade, a eficiência, a segurança jurídica e, sobretudo, a razoabilidade/proporcionalidade. (BARROSO, 2012, p. 63).

Assim, o mencionado constitucionalista comenta que o fenômeno ocorrido não é nem de publicização do direito privado, nem de privatização do direito público, mas de constitucionalização de ambos, pois seria a aplicação de princípios constitucionais que levaria determinados institutos de direito privado para o

⁶ Vale ressaltar que a mera incorporação ao texto constitucional de normas de Direito Administrativo não expressa o real significado do fenômeno, muito embora essas normas infraconstitucionais positivadas na Constituição redimensionem a sua interação, com caráter subordinante, em relação às demais. Cf. BARROSO, 2012, p. 41: “Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado”.

⁷ Cf. BARROSO, 2012, p. 47: “[...] três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do direito. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados”.

direito público (BARROSO, 2012, p. 50-51). Ocorre que a questão não é tão simples, tendo em vista que esse movimento tem efeito avassalador sobre a ordem jurídica e, particularmente à Administração, impõe dois efeitos: i) redução da discricionariedade administrativa;⁸ e ii) ampliação do controle judicial dos atos administrativos.

Duas teorias elaboradas no âmbito do Direito Administrativo, somadas ao contexto constitucionalizador, geraram, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma inevitável redução do âmbito de discricionariedade da Administração Pública, seguida, por conseguinte, da ampliação do controle judicial. Menciona-se a *teoria do desvio do poder* que possibilitou ao Poder Judiciário o exame da finalidade objetivada pela Administração, bem como a *teoria dos motivos determinantes* que permitiu, igualmente, o exame judicial acerca da legalidade dos motivos, compreendidos como pressupostos de fato e de direito que levaram a Administração Pública a praticar o ato administrativo (DI PIETRO, 2010, p. 184-185).

Além disso, é possível salientar que a constitucionalização pode gerar insegurança jurídica quando da interpretação judicial, em razão de possíveis imprecisões dos enunciados constitucionais com alta carga axiológica e principiológica. Ademais, sobre a alegada inviabilidade da supremacia do interesse público, considerando-se o contexto fenomenológico exposto, por considerá-la atualmente confrontante com os direitos fundamentais e com a dignidade humana, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, enfrentando a questão, adverte que a defesa do interesse público corresponde à própria finalidade do Estado e não coloca em risco os direitos fundamentais, justamente o oposto, pois os protege e paralelamente ao seu desenvolvimento surgiram os direitos sociais e econômicos, e, nesta perspectiva, a ponderação entre interesse individual e o público atua como método de interpretação do princípio da supremacia do interesse público ao caso concreto e não como seu substituto (DI PIETRO, 2010, p. 85-102).

Segundo Irene Patrícia Nohara, a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público (primário) interessa, na verdade, de forma imediata, aos grupos que desejam um Estado subordinado aos seus interesses particulares, daí afirmar-se a inspiração neoliberal dessa corrente (NOHARA, 2010, p. 141).⁹

Quanto às políticas públicas e sua relação com o fenômeno da constitucionalização do Direito, convém mencionar que Ana Paula de Barcellos analisa a constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais e traça a seguinte linha de raciocínio: compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais em caráter geral (BARCELLOS, 2007, p. 599-675).

Nesse sentido, segundo a mesma autora, para que isso seja possível, será necessário implementar ações governamentais de diferentes tipos e garantir a prestação de determinados serviços públicos. Assim, será preciso implementar políticas públicas, pois apenas por meio destas que o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição, e, por vezes, detalhados pela legislação infraconstitucional.

⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro propõe a seguinte conceituação para discricionariedade administrativa: “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (DI PIETRO, 2001, p. 67).

⁹ Salienta a autora sobre os desígnios liberais da desconstrução da supremacia do interesse público: “A desconstrução da supremacia do interesse público, portanto, tanto pode servir a um discurso ultraliberal, no sentido de restaurar a noção de liberdade incondicionada do particular em buscar os meios e fins de sua conduta sem a ‘indevida’ intervenção estatal, como pode servir também ao discurso neoliberal, que objetiva impor restrições ao intervencionismo estatal na economia, limitando-o a setores tidos como ‘imprescindíveis’, no intuito de restaurar um projeto de Estado mínimo, daí porque, grosso modo, se diz que também se trata de resgate dos desígnios liberais” (NOHARA, 2010, p. 141).

Podendo-se, então, compreender da seguinte forma essa relação entre constitucionalização do Direito e o campo das políticas públicas, como analisa Ana Paula de Barcellos: i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; iii) as políticas públicas envolvem gastos de dinheiro público; iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e o gasto dos recursos públicos (BARCELLOS, 2007, p. 605).

Pelo exposto, é possível vislumbrar que as políticas públicas estão inseridas neste processo constitucionalizador do Direito e sofre seus efeitos, notadamente, a redução da discricionariedade administrativa e o seu controle judicial, a partir do desenvolvimento das teorias do desvio do poder e dos motivos determinantes.

5. Breves considerações sobre a inter-relação envolvendo política pública, privatização e regulação

Considerando, pois, as políticas públicas como programas de ação governamental que visam a coordenação de meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, conforme proposição de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39), verifica-se uma intrínseca relação destas com os serviços públicos, na medida em que os serviços podem estar inseridos no âmbito de uma política pública, além de se relacionarem com a realização dos direitos humanos (MASSA-HARZABE, 2006, p. 51-74).

Desta forma, as políticas sofrem os efeitos das transformações operadas na noção de serviços públicos, notadamente, a liberalização com a abertura à prestação por outros agentes não estatais (tanto que a reforma da Administração Pública gerencial referiu-se a “espaços públicos não estatais”); a separação entre prestação e regulação, frisando-se os interesses distintos entre prestar/oferecer e disciplinar/regular; assim como o incentivo à competição entre prestadores de serviços públicos, pregando-se uma necessidade de superação da dicotomia atividade econômica e serviço público.

A inter-relação envolvendo políticas públicas e atividade regulatória é uma questão que requer o desenvolvimento de análise mais detida no Brasil, sobretudo que leve em consideração os contextos sociais e políticos locais, não somente importando-se modelos de outros países. Nos Estados Unidos, onde as políticas públicas podem ser consideradas “a face afirmativa da regulação” (BUCCI, 2002, p. 69), o debate já se coloca sobre os tipos de regimes regulatórios de políticas públicas, a partir da privatização, inclusive com a tese de uma intensa colaboração público-privada com a governança colaborativa das políticas (Cf. DONAHUE; ZECKHAUSER, 2008, p. 496-525 e SCOTT, 2008, p. 651-668).

Neste contexto regulatório, para confirmar a necessidade de serem desenvolvidas maiores análises, soblevam-se, em linhas gerais, os seguintes questionamentos que redimensionam o tema: as políticas públicas estariam no campo da mediação estatal dos interesses privados (“mediação ativa de interesses”)? (MARQUES NETO, 2008, p. 1-18). Ao Estado competiria a definição de metas e resultados a serem controlados, sendo entregue à exploração econômica toda a execução? Ou, ainda, conforme tem se defendido a partir de uma crítica sobre o caráter supostamente autoritário do Direito Administrativo e do Estado, também esta função definidora de metas e objetivos seria compartilhada? Ao Estado competiria tão somente a execução das políticas públicas sociais voltadas para o hipossuficiente que não permitissem retorno lucrativo para a iniciativa privada? Enfim, essas e muitas outras questões sobre as inter-relações e tensões surgem e devem ser objeto de análise específica, mas considerando o contexto

sócio-político-jurídico brasileiro, que foge às delimitações temáticas e de espaço objetivadas neste artigo que se propõe a contribuir para a colocação do problema.

Este paradoxo envolvendo políticas públicas, serviços públicos, privatização e constitucionalização é somente um de uma série de paradoxos constituídos no Direito Administrativo desde as suas origens, conforme destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] Ao mesmo tempo em que se procura reduzir a importância do princípio da supremacia do interesse público, crescem as ações coletivas que têm por objetivo proteger o interesse público, em detrimento de direitos individuais. Enquanto alguns advogam a redução da discricionariedade administrativa quase a zero, outros defendem a flexibilização das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e a instauração da administração pública gerencial, com o intuito de ampliar a liberdade decisória da Administração Pública. Ao mesmo tempo em que se defende a extinção da categoria dos serviços públicos, surgem novas formas de delegação da execução de serviços públicos aos particulares, como as parcerias público-privadas e as organizações sociais. Enquanto alguns falam em crise no princípio da legalidade, ele sofre uma grande ampliação – para abranger aspectos que antes eram considerados de mérito –, tendo como consequência a redução da discricionariedade administrativa e a ampliação do controle judicial sobre os atos da Administração. Enquanto alguns falam em fuga do direito administrativo, crescem os institutos analisados no âmbito desse ramo do direito público, como a atividade de regulação, as agências reguladoras, as parcerias com entidades do terceiro setor, a terceirização, a improbidade administrativa, a legislação de processo administrativo e, principalmente, os princípios que, de forma crescente, informam o direito administrativo. Enquanto alguns preconizam o fim dos contratos administrativos, novas modalidades de contratos administrativos surgem, nos moldes tradicionais, como as parcerias público-privadas, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão florestal. Ao mesmo tempo em que ganha força o princípio da segurança jurídica, o controle judicial dos atos da Administração Pública baseado em princípios e valores, como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, moralidade, interesse público, proteção à confiança, dentre tantos outros, torna mais difícil e imprecisa a interpretação das normas, gerando maior grau de insegurança para a Administração e para os cidadãos. Enquanto alguns criticam o princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos, cogita-se de atribuir maiores poderes aos órgãos de fiscalização tributária, independentemente de autorização judicial. Todos esses paradoxos e contradições estão ligados ao paradoxo maior, que é o binômio autoridade/liberdade, interesse público/direito individual [...]. (DI PIETRO, 2010, p. 5).

Vê-se, portanto, que o paradoxo privatização vs. constitucionalização é apenas um elemento dentro de um universo maior de transformações e tendências do contemporâneo Direito Administrativo nos diversos sistemas jurídicos, cujos movimentos ora convergentes, ora divergentes, influenciam a prática e a teoria no Direito brasileiro (cf. MARRARA, 2014).

6. Conclusão

Pela observação dos aspectos expostos, é possível concluir pela existência de um paradoxo no Direito Administrativo contemporâneo, compreendendo os movimentos de privatização (fuga para o direito privado) e constitucionalização (ampliação e extensão da legalidade), de modo que seus efeitos repercutem nas políticas públicas. Neste sentido, a reforma do Estado e a adoção do modelo gerencial de Administração Pública, sob o fundamento da eficiência na prestação dos serviços, no que tangencia as políticas públicas, dividem as atribuições de formulação e controle, que ficam a cargo do núcleo estratégico do Estado, enquanto a execução é feita por agências executivas.

Ocorre que para garantir a efetividade dessas políticas públicas, sob a alegação da necessidade de eficiência e modelos de gestão assemelhados com os das empresas privadas, houve um movimento de fuga do regime jurídico de direito público tradicionalmente próprio da Administração Pública, daí se falar em privatização do Direito Administrativo, adotando-se uma série de medidas, notadamente de parcerias com entidades privadas (ou denominadas de públicas não estatais, segundo a ideologia da reforma gerencial), como quebra de monopólios, privatização de empresas estatais, concessões de serviços públicos, parcerias público-privadas (PPPs), parcerias com o terceiro setor, terceirização, dentre outras.

Cumprir destacar, todavia, que a busca pela eficiência pública (que não deve ter similitude com a eficiência das empresas privadas, pois estas, em geral, visam à maximização do lucro) não é um valor absoluto e não deve transpor os limites impostos pela legalidade e pelas normas constitucionais, bem como o Estado subsidiário não deve se converter em um Estado mínimo, por não ser este o modelo de Estado previsto na Constituição da República de 1988.

Por outro lado, o movimento de constitucionalização do Direito, irradiando com força normativa os princípios e valores constitucionais, representou para a Administração a redução de sua discricionariedade na escolha acerca da conveniência e oportunidade em relação às políticas e também ocasionou a ampliação do controle judicial das políticas públicas.

Paradoxalmente este movimento de constitucionalização reforçou (e ampliou) a legalidade, por isso reduziu a margem de escolha dos decisores públicos. Igualmente cercado de controvérsia é a alegação de que tal fenômeno constitucionalizador gera a necessidade de superação da supremacia do interesse público para uma supremacia da dignidade da pessoa humana. Uma análise detida sobre o tema leva a concluir pela falsa oposição, pois o interesse público é o próprio fim do Estado e não se opõe aos interesses individuais e fundamentais, mas os protege em uma dimensão coletiva. Além disso, a desconstrução da força normativa da supremacia do interesse público pode ter por intenção substituir o interesse público por um interesse privado, notadamente para abrir margem no campo econômico, reduzindo o papel do Estado na conformação das políticas públicas.

Decerto que no Estado Contemporâneo há o convívio entre a liberdade econômica, livre iniciativa e livre concorrência com a atuação estatal em matéria de serviços públicos. As atividades reguladoras são uma realidade e não há mais espaço para retornar a um Estado Social, nem a um Estado Mínimo Liberal, daí o desafio para o Direito e a Política em lidar com as tensões dessa inter-relação entre público em sentido estrito, público não estatal e privado em matéria de concretização dos direitos fundamentais por meio dos serviços públicos e das políticas públicas.¹⁰

¹⁰ A propósito, o jurista Dalmo de Abreu Dallari, analisando a intervenção do Estado na Sociedade, observa que “[...] o Estado passou a ser um grande financiador e um dos principais consumidores, associando-se com muita frequência aos maiores e mais custosos empreendimentos. Além disso tudo, o Estado exerce hoje a função de agente negociador e poderoso apoiador dos grupos econômicos e financeiros privados, abrindo mercado para exportação, patrocinando acordos econômicos e, em alguns casos, estabelecendo barreiras protecionistas para favorecimento dos interesses econômicos de grupos sediados em seu território. [...] Desapareceram os limites entre o público e o privado, e o Estado, antigo mal necessário, passou à condição de financiador, sócio e consumidor altamente apreciado, tendo cada vez mais estimulada sua atitude intervencionista, justamente pelos grupos que mais se opunham a ela” (DALLARI, 2013, p. 276-277).

7. Referências

- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando “o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DONAHUE, John D.; ZECKHAUSER, Richard J. Public-private collaboration. In: MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. (eds.). *The Oxford handbook of public policy*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1,

fevereiro 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

- MARRARA, Thiago (org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. Coimbra: Almedina, 2014.
- MASSA-HARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- SCOTT, Colin. Privatization and regulatory regimes. In: MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. (Eds.). *The Oxford handbook of public policy*. Oxford: Oxford University Press, 2008.