Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

O NEOCOLONIALISMO E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello
Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

I - INTRODUÇÃO

1. As idéias jurídicas vigentes em um dado período sofrem inevitável influência do ambiente cultural em que estejam imersas. Com efeito, o mundo do Direito não vive em suspensão, alheio ao contexto sócio-econômico que lhe serve de engaste. Pelo contrário, as concepções dominantes em uma sociedade são as que ofertam a matéria prima trabalhada pelos legisladores e depois pelos intérpretes das regras por eles produzidas.

O substrato político, econômico e social conformador de uma coletividade produz uma certa "cultura", ou seja, uma dada maneira de ver, compreender e valorar o conjunto de relações sociais que ali se processa, de maneira que é neste contexto que residem os ideais presidentes de sua coesão. Dessarte, assim se dita sua fisionomia axiológica, a qual determina, pois, do modo mais abrangente possível, o que é prezável e o que não é, o que merece acolhida e o que convém seja repelido, de tal sorte que, tanto no plano das idéias, quanto no plano das ações fica definido o que "é do bem" e o que "é do mal".

Ora, o Direito é uma das manifestações desta "cultura", é, pois, uma expressão deste todo e - diga-se de logo - é uma sua relevantíssima expressão, visto que, por meio dele é que se exprimem os laços formais, coercitivos, que afirmam, confirmam, e reconfirmam os comportamentos positivamente valorados, assim como repelem os avaliados negativamente, de maneira a alimentar e a realimentar o universo de idéias que subjazem naquela realidade social.

As teorias econômicas, sociais, políticas e, portanto também as jurídicas, não surgem do nada, não são produto do acaso ou do momento de iluminação de uma só pessoa. Pelo contrário, elas são a face visível, o revestimento exterior, a feição "sofisticada" de interesses concretos que fermentam no seio da Sociedade. Correspondem, portanto, muitas vezes, tão só a uma forma lapidada e esmerilhada de interesses de determinado ou determinados segmentos, os dominantes, apresentada sob a forma de proposições concatenadas, articuladas e ademais blindadas com o rótulo de "científicas", para captarem os créditos de uma pretensa neutralidade.

Evidentemente, então, as concepções jurídicas, as instituições jurídicas e as interpretações jurídicas irão sempre refletir o que se esteja a processar neste ambiente cultural, que, interessa ressaltar, *pode ter muitos de seus ingredientes produzidos exogenamente, isto é, fora de sua própria sociedade*.

2. Nos países subdesenvolvidos, grande parte destes ingredientes culturais, maximamente no que concerne a idéias econômicas, políticas e jurídicas, são importados dos países desenvolvidos. Todos os países que surgiram como produto de empreendimentos coloniais - como é o caso do Brasil - receberam, já em seu berço, de uma assentada, o acervo de idéias que vigorava nas Metrópoles e assim prosseguiram sob a tutela mental que esta lhes prodigalizava. Nem mesmo a independência os liberta desta influência genética. Prosseguem durante largos períodos históricos dominados pela "síndrome da dependência", do servilismo intelectual, de um terrível e muitas vezes inconsciente complexo de inferioridade. Para dizê-lo de modo simples e esquemático, porém verdadeiro: o subdesenvolvido só se reconhece por meio do olhar do desenvolvido, o qual lhe serve de paradigma de avaliação de si próprio e lhe dá os critérios de aprovação ou reprovação. O certo, o errado, o belo ou o feio, o progressista ou retrógado, o útil ou inútil não são aferidos por pautas geradas "desde dentro", isto é, internamente, ao lume de sua própria realidade, de suas características, de suas necessidades ou interesses, mas em vista do "olhar", da "apreciação" que dele façam os países cêntricos. Estes pelo contrário, justamente por não viverem a situação de dependência, mas a de dominação ou supremacia, exercem tal avaliação em função de si próprios; logo, em função de sua própria realidade, características, necessidades e interesses. *E é o fruto desta avaliação que se apresentará como diretriz para o subdesenvolvido, inclusive, portanto, em matéria jurídica.*

Habituados desde o nascimento a reverenciar seus "senhores", principalmente se viveram o odioso instituto da escravidão, os ex-colonizados podem até, depois de suas proclamações de soberania, trocar de "mestres metropolitanos", mas estarão, de todo modo, sob a órbita de algum novo "país-guru" que lhes fornece as idéias que devem professar, o "modelo econômico" a ser seguido, a atualização das diretrizes do Direito, os padrões da moda mental

ou até mesmo da moda indumentária. [1] A própria linguagem usada no País acaba por sofrer influência generalizada não apenas entre as pessoas de escassíssima instrução, mas também, entre aquelas de instrução apenas medianamente escassa, como ocorre na chamada "midia"[2].

3. Nunca é demais ressaltar o quadro de subserviência dos meios culturais e, pois, dos jurídicos, às idéias e até modismos que nos vem de fora, oriundas dos centros mais bem reputados pelos brasileiros.

Laurentino Gomes, em seu livro sobre a chegada da família real portuguesa ao Brasil em 1.808, relata que as damas da Corte de D. João VI , aí incluídas as da família real, ao desembarcarem no Rio de Janeiro, em 1.808, vinham com a cabeça coberta com turbantes ou com os cabelos muito curtos. É que haviam tido necessidade de raspá-los durante a longa travessia marítima entre Portugal e Brasil, pois estavam infestados de piolhos que proliferavam em razão das condições precárias e anti-higiênicas nas embarcações. Vendo-as deste modo, as senhoras da sociedade carioca, julgando ser esta a última moda na Europa, também passaram a rapar os cabelos e a usar turbantes...

Estas mesmas cenas, embora com outro revestimento, se repetem quase que diariamente entre nós e no direito administrativo brasileiro são, infelizmente, muitíssimo comuns. Institutos do direito alienígena e que foram concebidos, como é natural, em vista das vicissitudes históricas do País que os engendrou são repetidos no Brasil com a máxima ingenuidade embora não tenham a mais remota correlação com a nossa realidade jurídica e, algumas vezes se encontrem, mesmo, em aberto contraste com o que resulta das disposições constitucionais pátrias. Um exemplo servirá como demonstração.

É comum entre nós falar-se em "reserva de lei" para mencionar que só lei pode dispor sobre tal ou qual assunto, sendo vedado ao Executivo prover sobre ele. O uso desta expressão no direito brasileiro é completamente

[1] Neste último particular, para trazer de imediato alguns exemplos, citem-se o uso do "jeans", dos "tênis", mesmo em ocasiões não-esportivas, do boné que os jovens colocam com a pala para traz, como se tivessem olhos na nuca a serem protegidos do sol, das bermudas até o joelho, todos eles provenientes, já se vê, de um país que não prima nem pelo bom-gosto, nem pela racionalidade, mas que ocupa hoje o papel metropolitano entre nós.

[2] - Então, na Imprensa são usadas palavras como "massivo", que não existe em português, no qual se diria "maciço", mas que corresponde ao inglês "massive"; projeto "tentativo", do inglês "tentative", pretendendo significar o que seria um esboço ou projeto experimental, e pior que isto o grotesco uso do vocábulo jurídico "evidence" com o sentido de prova, obviamente copiado do inglês onde possui tal significado ou a acepção de "indício", sem embargo de que a voz "evidência", na língua pátria, designa aquilo que nem ao menos é suscetível de prova, por se tratar de um conhecimento que se impõe de imediato à mente como algo irrecusável. No meio do pequeno comércio vulgarizou-se o uso do vocábulo "delivery", para substituir o corriqueiro "entrega". Estes exemplos exibem, em uma esfera pedestre, aquilo que ocorre em plano superior, isto é, no patamar das idéias, das concepções que concorrem para formar o universo "cultural", o ambiente mental, a cosmovisão, em suma, que prevalece em uma dada Sociedade.

descabido, pois a distinção entre o que é da alçada do Executivo e do Legislativo não se faz em função da matéria, já que, nos termos do art. 48 da Constituição: "Compete ao Congresso Nacional... dispor sobre **todas as matérias** de competência da União, especialmente sobre...".

O que distingue o campo de atuação do Executivo em relação ao Legislativo é que enquanto este dispõe inauguralmente, ou seja, fundado apenas na Constituição, sobre qualquer matéria, o Executivo somente pode expedir atos para cumprir lei, pois além de que *"ninguém será obrigado a fazer deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II), até mesmo os decretos e regulamentos, que são os atos mais conspícuos do próprio Chefe do Poder Executivo, existem para o cumprimento de lei, consoante disposto no art. 84, pois, ao definir-lhe a competência, no inciso IV, assinala: "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".*

A expressão "reserva de lei" surgiu na Alemanha, cunhada por Otto Mayer, para explicar uma situação e cumprir uma função então específicas do direito daquele País, a fim de nominar certas hipóteses em que o Executivo não poderia dispor sobre determinadas matérias, as quais, só por lei poderiam ser disciplinadas. Pode-se, assim resumir o que determinou o surgimento desta locução.

Ao se iniciar o enfraquecimento das Monarquias na Europa, das quais foi sendo retirado o poder legislativo e transferido aos Parlamentos, considerou-se, à época, que os assuntos de administração não eram "matéria de lei", mas objeto de competência interna dos reis, ou seja, do próprio Executivo, que sobre ela dispunha por meio de atos denominados "ordenanças". Com efeito, o objeto da lei, *segundo a concepção da época, era a disciplina da liberdade e da propriedade das pessoas* — assunto que parecia substancialmente distinto das disposições preordenadas à regência do aparelho estatal ou de questões que, na Alemanha, eram havidas como pertinentes à chamada "supremacia especial" da Administração.

À época, vigorava, naquele País, a concepção, que hoje nos parecerá estranhíssima, de que não são disciplinadas por "regras de direito", não sendo, pois, jurídicas, mas simples relações de poder, as que se processam no âmbito interno da Administração, compreendendo-se como integrando tal âmbito não apenas as que concernem às chamadas relações interorgânicas ou as que vinculam o Estado ao funcionário, mas também as que se processam na intimidade de um estabelecimento público entre a Administração e o administrado. Estas eram consideradas pertinentes ao âmbito "doméstico" da Administração, donde, por ela própria regidas.

Contrapunham-se-lhes as relações objeto, *precisamente,* de "reserva legal" — logo, da alçada do Parlamento —, cujo objeto seria constituído pelas disposições relativas à liberdade e à propriedade das pessoas. Em suma: a noção de "reserva legal", nos termos apontados, era o divisor de águas da competência do Legislativo e do Monarca. Por aí se vê o quanto é grotesca a invocação da "reserva legal" em nosso Direito, já que o art. 48 da Constituição

declara caber ao Congresso Nacional dispor sobre "todas as matérias de competência da União".

No direito continental europeu os regulamentos que dispõem sobre os assuntos referidos eram estranhos ao que se considerou objeto de "reserva de lei". Podiam, por isto, independentemente de lei, ser editados pelo Executivo. Tais regulamentos é que são os *regulamentos independentes ou autônomos*, pois, ao contrário dos regulamentos *executivos*, não dependiam de lei alguma e expressavam um poder autônomo do Executivo. Se tais regulamentos foram havidos como uma expressão de poderes naturais do Executivo, mais tarde vieram a ter previsão constitucional expressa.

Assim, por exemplo, na França, onde seu âmbito é o mais amplo possível, o art. 34 da Constituição de 1958 menciona as questões que são "matéria de lei", e no art. 37 se diz que tudo que não estiver incluído como matéria de lei é matéria de regulamento. É óbvio que tais regulamentos não existem no direito brasileiro, cujos dispositivos constitucionais já foram referidos. Sem embargo, alguns estudiosos impressionados com o que liam no direito estrangeiro teimavam em mencioná-los como se fossem compatíveis com a Lei Maior do Brasil. Mais tarde, ao surgir, por emenda constitucional, a de nº 32, de 11.09.2.001, a redação atual do inciso VI do art. 84, começou-se a falar em regulamento autônomo para mencionar os atos regulamentares expedidos com base nele. Ora, tais regulamentos são manifestamente distintos dos regulamentos autônomos do direito europeu e conferem liberdade muitíssimo menor para o Chefe do Poder Executivo, pois, ao contrário do que se passa no direito europeu, só comportam um arranjo interno de órgãos e competências **já criados por lei.**

4. Uma vez feito este longo, mas necessário intróito, interessa, no presente momento, identificar, ainda que de modo muito sumário e genérico, as idéias ultimamente propostas como respaldo "teórico" para a sustentação de determinadas linhas de "pensamento" jurídico. Trata-se em suma de reconhecer se estão, deveras, aportando algo a título de avanço, de progresso, de desenvolvimento histórico supostamente inevitável ou se nelas há, mais que tudo, uma difusão de interesses alheios aos nossos, que buscam infiltrar-se e se infiltram de maneira a sustentar juridicamente, no campo do direito administrativo (embora não só nele) as teses que servem de sustentáculo a propósitos político econômicos convenientes à implantação de tais interesses, apresentando-se, então, como uma forma de neocolonialismo.

II - A GLOBALIZAÇÃO, O NEOLIBERALISMO E A "REFORMA" DO ESTADO

5. Com a queda do "muro de Berlim" (novembro de 1.989) e com a implosão da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (dezembro de 1.991), a dualidade política, militar, econômica e ideológica que opunha dois blocos, o socialista e o capitalista, se desvaneceu. A partir de então uma única voz, um único poder, uma única ideologia, uma única propaganda, se impôs *globalmente* ao mundo: a da força remanescente, o capitalismo, sobreposse centrado nos países desenvolvidos que dirigiam e controlavam os interesses desta ordem, notadamente os EEUU da América do Norte e os porta vozes de seu pensamento e conveniências político-econômicas, isto é, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional.

A expressão concreta assumida por este pensamento unilateral é a que se conteve no bojo de um movimento propagandístico de grande porte e universalmente disseminado chamado "globalização". Este notável empreendimento de "marketing" que mobilizou todas as energias de difusão disponíveis tanto pelos governos cêntricos, quanto pelas agências internacionais, como pelas organizações capitalistas em geral se estruturou ao derredor de umas tantas teses e se direcionou a alcançar certos objetivos. Uns e outros vão sumariamente mencionados a seguir.

6. Suas teses fundamentais são as de que o progresso tecnológico tornou a "globalização" inevitável e irreversível; de que é inerente a ela a abertura dos mercados de todos os países ao ingresso do capitalismo internacional, com a natural presença das empresas multinacionais. Seu consectário natural e incontestável é a necessidade de redução do papel do Estado a um mínimo (O Estado mínimo), cumprindo, então, privatizar as empresas estatais. O Estado deve se limitar à "regulação", deixando a presença ativa no meio sócio-econômico à ação das empresas e do livre-mercado, o qual, por si mesmo provocará o equilíbrio e o bem-estar social, pelo que, para ensejar o máximo de eficiência deste mercado, deve-se também "desregulamentar" o quanto possível, flexibilizando diversas relações, como as de trabalho por exemplo. Estas, as teses.

A respeitabilidade do conceito de globalização e seus objetivos poderiam até mesmo ser resumidos em uma frase do renomado economista John Kenneth Galbraith: *"Não é um conceito sério. Nós americanos o inventamos para dissimular nossa política de entrada econômica em outros países. E para tornar respeitáveis os movimentos especulativos de capital, que sempre são causa de grandes problemas"* (Folha de São Paulo, de 07.11.97).

Sem embargo, as referidas teses foram recebidas como "artigos de fé" em diversas partes do mundo, mas sobretudo nos países periféricos, que eram o principal alvo da expansão dos negócios comandados pelos países cêntricos.

É fácil perceber que ditas teses se propõem justamente a exaltar o mais desenfreado "liberalismo", o qual parecia já ter sido sepultado na poeira da História, vencido que fora por uma concepção de solidarismo social, consubstanciado no chamado "Estado Providência" ou "Estado Social de Direito" de crescente acolhimento e que surgira impulsionado por dois movimentos poderosos.

Este modelo progressista de Estado proviera, de um lado, da necessidade de aplacar as reivindicações das camadas sociais mais desafortunadas e que estavam a encontrar uma via política de escape não só no ideário comunista (O "Manifesto Comunista de 1848"), mas, inclusive, na progressiva implantação deste regime em diversos países, surgindo, pois, como séria ameaça ao capitalismo. De outro lado, foi fertilizado pelo pensamento da Igreja Católica manifestado anos mais tarde em sucessivas encíclicas papais, que preconizavam tanto um combate aos desníveis sociais ("Rerum Novarum", 1891, "Quadragesimo Ano", 1931), como um combate aos desníveis econômicos no plano mundial ("Mater er Magistra", 1961, "Pacem in Terris", 1963 e "Populorum Progressio", 1967) .

7. O fato é que já em 1.917, pela primeira vez na História, uma Constituição, a Mexicana, consagrava direitos sociais, que apareceriam novamente em 1919 na Constituição de Weimar e desde então se alastraram pelo mundo, representando um visível progresso da humanidade.

A Constituição brasileira de 1.988, à toda evidência, inclui-se na linha do Estado Providência, do Estado Social de Direito, que pressupõe uma presença ativa do Poder Público para promover o bem estar dos administrados, notadamente dos que se encontram na base da pirâmide social. Com efeito, seu art. 3º proclama de modo enfático que: "Constituem objetivos da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária"; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**".** Ou seja, não se presumiu que a Sociedade, no livre jogo das forças de mercado, produzisse e promovesse espontaneamente ditos objetivos e resultados. Estes foram definidos pela Constituição e postos à compita do Estado, ao qual foi cometido o encargo de implementá-los.

Pois foi em explícita contradita a este movimento ascencional da humanidade representado pelo Estado Providência e esplendorosamente consagrado na Constituição Brasileira de 1.988 que, por volta dos anos 70, irrompeu um assim rotulado "neoliberalismo", o qual, prevalecendo-se das condições propícias dantes mencionadas e que o salvaguardavam de qualquer oposição consistente, expandiu-se irrefreavelmente em despeito dos males que, em curto prazo, conseguiu causar. As idéias por ele preconizadas contaram sempre com um forte apoio da "mídia" (o que é compreensível) e,

incongruentemente, também com a adesão ingênua, quase infantil, das próprias classes produtoras no interior dos países subdesenvolvidos. Esta última adesão foi assim qualificada porque, à toda evidência, contrariava os interesses de afirmação e expansão do empresariado nacional, já que a abertura de mercados os expunha a uma concorrência que não tinham como enfrentar.

Com efeito, é meridianamente óbvio que empresas de economias incipientes, ao menos se comparadas com a dos países cêntricos, por terem limitada capacidade de inversão, recursos tecnológicos menores e agravadas, em muitos casos, por juros espetaculares, não teriam a mais remota possibilidade de competir com êxito, a menos que a tal abertura de mercado fosse seletiva e efetuada com grande prudência. De fora parte, a ocupação do setor de serviços públicos, antes em mãos do Poder Público, os capitais internacionais desalojaram vastos setores do empresariado nacional, inclusive na área financeira na qual bancos estrangeiros adquiriram estabelecimentos de crédito nacionais. Hoje, no Brasil, não há mais que três bancos privados brasileiros de porte.

Assim como houve uma invasão econômica, contudo, ainda mais expressiva foi a invasão da mente dos subdesenvolvidos. Como foi dito de início, se já eram tomados por uma reverência servil a tudo que provém dos centros mais poderosos, esta colonização espiritual veio a ser reforçada até o último limite. Sob o patrocínio explícito de governantes submissos, que o exibiam com orgulhosa desfaçatez, implantou-se solidamente a chamada globalização neo-liberalizante.

III – OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO NO MUNDO JURÍDICO BRASILEIRO

8. Na área que nos interessa, a jurídica, no Brasil foram necessárias alterações legislativas e até mesmo constitucionais para que se oferecesse o máximo de suporte a esta penetração de interesses internacionais. Assim, no governo que precedeu ao do atual Presidente, foram procedidas agressões duríssimas ao espírito norteador da Constituição no que se refere à defesa da soberania e dos interesses nacionais contra ambições econômicas de grupos multinacionais. Vieram em catadupa.

Em 15 de agosto de 1.995, a Emenda Constitucional nº 6 eliminou o conceito de empresa brasileira de capital nacional e a proteção que, em sendo necessário, estava previsto lhe poderia ser dada, tanto quanto a garantia de tratamento favorecido nas aquisições de bens e serviços efetuáveis pelo Poder Público. Outrossim, fulminou a regra que só permitia fossem exploradas por brasileiros ou por empresas brasileiras de capital nacional as riquezas minerais e os potenciais de energia hidráulica do País, para admitir que pudessem sê-lo

também por empresas de capital e controle alienígena bastando que fossem aqui constituídas sob as leis brasileiras.

Na mesma data sobrevieram as Emendas 7 e 8 igualmente desnacionalizantes. Pela primeira delas foi suprimida a exigência de que fossem brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais e que, salvo caso de necessidade pública, fossem privativas de embarcações nacionais a navegação de cabotagem e a interior. A segunda extinguiu a reserva em favor da União ou de empresas sob controle acionário estatal da exploração dos serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações.

Finalmente, a Emenda nº 9, de 9, de novembro do mesmo ano, pôs fim ao monopólio estatal do petróleo nos termos então previstos, vindo a permitir que a União pudesse contratar com terceiros, nacionais ou não, atividades de pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades mencionadas e o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

Estas investidas contra os dispositivos defensivos do interesse nacional foram feitas para facultar ao capital internacional eventual assenhoramento das riquezas minerais do País, ensejando, pois, a privatização da lucrativa Cia. Vale do Rio Doce - maior exportadora de minério de ferro do mundo e a abertura da exploração de nossos gigantescos potenciais de energia hidráulica por estrangeiros. Assim também foi propiciada a dissolução do lucrativo sistema TELEBRAS para privatização das telecomunicações em favor de empresas alienígenas, ensejando-se igualmente a abertura de negócios no setor petrolífero aos interesses das grandes multinacionais, até então proibidas de neles penetrarem. Outrossim, a abertura da navegação de cabotagem e interior aos estrangeiros integrava-se na amplitude do projeto desnacionalizador cujo ponto crucial residiu na supressão do conceito de empresa brasileira de capital nacional e na proteção que se lhe deveria outorgar.

Tudo isto foi escrupulosamente cumprido nos oito anos de governo que precederam ao do atual presidente, com o aplauso unânime da grande empresa que emprestou ao então Chefe do Poder Executivo um apoio incondicional.

8. Surgiram, nesta mesma esteira, institutos jurídicos novos, tais como os contratos de gestão, as agências reguladoras, as “organizações sociais” “as

organizações da sociedade civil de interesse público" e, por último, as chamadas "parcerias público-privadas".

Tais figuras foram concebidas ou para copiar mimeticamente instituições alienígenas, sem nenhuma relação com a índole do direito local, ou para proporcionar ampla proteção aos inversores estrangeiros ou mesmo para exponenciar as "privatizações", designação que se deu para a retração do Estado e liberação dos mercados à cobiça dos adventícios. É prescindendo dizer que na implantação destas "novidades" o direito constitucional pátrio foi atropelado sem contemplações.

Não é o caso de examinar uma a uma destas inovações para exibir todos os seus desajustes às disposições e ao próprio espírito da Constituição. Sem embargo, vale a pena fazer uma ou outra observação absolutamente óbvia quanto a algumas destas afrontas à Lei Maior.

9. Quanto aos contratos de gestão, como se sabe, designam duas espécies de realidades bastante distintas. Uma delas são os acordos entre entidades públicas e sujeitos de suas administrações indiretas, pelos quais firma-se o compromisso de outorgar maior autonomia a estas últimas, bem como assegurar repasses regulares de recursos, em contrapartida do cumprimento de certas metas administrativas, sob pena de sanções aos seus administradores. Nesta acepção consiste em instituto que, para não se falar em outras violações à Constituição, se propõe a ensejar a ampliação da esfera de liberdade de pessoas da administração indireta por contrato. Ora, até mesmo um primeiro anista de direito sabe que a esfera de competências outorgadas por lei a uma entidade pública não pode ser ampliada ou restringida senão por lei .

Outra realidade designada por tal nome - e aqui entram em pauta também as organizações sociais - são os contratos travados entre o Poder Público e estes sujeitos privados. Com base neles são transpassados recursos, servidores públicos e bens públicos a particulares para realização de certos objetivos de valor social prezável e além de tudo – pasme-se - sem licitação e sem a exigência de qualquer demonstração de capacitação técnica ou econômica por parte de tais sujeitos. Se já não fora pela grosseira inconstitucionalidade do trespasse de bens e de servidores públicos a particulares, o fato de ser feito sem licitação implica inominável afronta ao princípio da igualdade e da busca do melhor atendimento ao interesse público.

No que atina às agências reguladoras, ao que parece criadas para atender a exigências dos investidores estrangeiros, constituem-se em instituto que não se acomoda bem ao direito brasileiro e que, do modo como foram reguladas, incorrem, além disto, em inconstitucionalidade. Deveras, aos diretores destas entidades, cujos mandatos ultrapassam o período correspondente ao do Chefe do Poder Executivo, atribuiu-se a garantia de não serem exonerados salvo em decorrência de infração grave, após regular

processo apurador. Ora, é da essência do regime republicano a temporariedade dos mandatos precisamente para que o povo possa sufragar quem altere a orientação político-administrativa rejeitada nas eleições. Se dirigentes de agências estiverem garantidos além do período do mandato presidencial de quem os investiu em seus cargos, ficará assegurada a persistência de uma orientação político-administrativa ainda que rejeitada nas urnas pelo povo, em flagrante contradita ao espírito animador da temporariedade dos mandatos políticos.

Finalmente, é quase desnecessário encarecer as grotescas inconstitucionalidades das parcerias público-privadas, pois são literalmente múltiplas e escandalosas. Para cingirmo-nos a apenas três delas, ressalte-se que embora a Constituição proíba expressamente a vinculação de receitas (art. 167, IV), foi prevista no art. 8º, I, que obrigações pecuniárias resultantes de parcerias poderiam ser garantidas por tal modo. No art. 16 estabeleceu-se a criação de um Fundo Especial garantidor de Parcerias, o que é também grosseiramente inconstitucional. É que, dessarte, fica estabelecida uma forma de satisfação de créditos insatisfeitos contra o Poder Público violadora do art. 100 da Constituição, no qual se estabelece que isto só pode se dar por via de precatórios na ordem de sua apresentação e pelos correspondentes créditos orçamentários e de outro lado porque ao privilegiar os “parceiros” em confronto com todos os outros credores do Estado agride, à força aberta, o princípio da isonomia consagrado no art. 5º, “caput” da Lei Maior, ademais dos princípios da impessoalidade e da moralidade estatuídos no art. 37. Acresce que, enquanto não sobrevier lei complementar prevista no art. 165, § 9º,II, da Constituição, nenhum novo Fundo pode ser criado. Todas estas violações à Carta Magna foram flagradas em valioso estudo de Kiyoshi Harada, publicado no Boletim de Direito Administrativo nºº 3/308 a 315, março 2.005 da NDJ, NDJ. Há outras ofensas à Constituição na lei das PPP, mas bastam estas para exibir que incidiu em afrontosos descaso com o Direito.

10. O que aqui se deseja acentuar é que surgiu uma abundante literatura dedicada ao exame destes institutos novos. Muitos que escreveram sobre eles dedicaram um esforço, até mesmo comovente, para passar ao largo dos problemas de constitucionalidade que suscitavam.

Assim, descreviam-nos laudatoriamente, antecipando possíveis benesses que deles derivariam para o bom sucesso dos negócios ou para o País, fazendo-o como se tais entidades estivessem justificadas, de direito, pelo mero fato de contribuírem para as idéias preconizadas pelo neoliberalismo, sem que tivessem que manter afinamento com as normas e princípios constitucionais aos quais, prudentemente não faziam qualquer referência. Outros, mais ousados, optaram por enfrentar ao menos parcialmente as questões constitucionais, caso em que se envolviam arrojadamente em acrobáticos exercícios exegéticos, às vezes até de modo grotesco, forjicando meios e modos de buscar uma compatibilização entre estas novas figuras e os ditames da Constituição.

IV – CONCLUSÃO

11. Esta foi, com raras exceções, a situação da literatura jurídico administrativa brasileira no último decênio. Apenas, algumas vozes isoladas procuraram contrapor-se às inconstitucionalidades aceitas para tornar possível a submissão à onda neoliberal.

Não se pode, entretanto, de modo algum, em sã consciência, dizer que todos os que escreveram para apoiar os novos institutos ou que simplesmente fizeram vistas grossas para as injuridicidades trazidas fizeram-no por razões alheias a alguma convicção honesta, desprendida de hipotéticas vantagens econômicas que poderiam profissionalmente captar como fruto de toda transformação havida. O fato de serem expressões ingênuas da submissão ao colonialismo cultural não autorizaria a duvidar de suas sinceridades. Seria incorreto qualificar pejorativamente a generalidade dos que se empenharam em escrever em favor delas na área jurídica, mas também é certo que não se pode deixar de ter presente no espírito, em alguns casos, a dúvida tão bem expressa em antiga música de acordo com a qual: *"A flor que nasce no mangue e no meio do lodo viceja, pode ser uma flor muito pura, mas também pode ser que não seja! A moça que a gente conhece todo dia rezando na igreja, pode ser que ela seja uma santa mas também pode ser que não seja! "*

Nos últimos três anos os esforços para examinar criticamente toda esta pletora de trabalhos jurídicos acríticos começaram a frutificar, de sorte que, para completar uma avaliação da atual produção jurídica no direito administrativo brasileiro, já se pode afirmar que começa a renascer uma análise mais técnica dos institutos recém introduzidos, do mesmo modo em que, pouco a pouco, vão sendo retomados tanto os rumos de uma visão jurídica comprometida com os ideais de defesa dos interesses nacionais como os de solidariedade social que ressumam da Constituição brasileira.

12. Como visto, conquanto agora já encontrem alguma reação, idéias inoculadas por interesses externos tiveram fácil recepção nos múltiplos artigos ou livros a que se aludiu, embora fossem deslocadas em nosso quadro constitucional ou até mesmo avessas a ele. Descabendo imaginar que tais estudos hajam sido, todos, meras expressões de interesses menores, o que, naturalmente só ocorre com uma parte deles, não há como fugir a conclusão de que continuamos a sofrer muito acentuadamente os efeitos alienantes mencionados no intróito deste trabalho. Ou seja: o neocolonialismo encontra ambiente muito propício para medrar em nosso meio cultural e, pois, no seio do direito administrativo brasileiro, por termos, ainda, uma mentalidade acentuadamente marcada pela subserviência ideológica, típica do subdesenvolvimento de país que persiste pagando um pesado tributo ao colonialismo.

Resta apenas indagar: ante os recentíssimos acontecimentos internacionais reveladores da profunda crise econômica que pôs em cheque a

concepção político-econômica presidente dos ventos neoliberais e já parece clamar pelo retorno aos bons princípios do Estado Providência, como se comportarão, inclusive em suas análises de temas jurídicos, os que embarcaram com tanto entusiasmo nestas malogradas aventuras ?

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MELLO, Antônio Bandeira de. O NÉO COLONIALISMO E O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.