

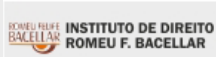
REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 1 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2014 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Promoción:



Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



MECANISMOS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN BRASIL, POSTMODERNIDAD Y LA CUESTIÓN DE LA SUBSIDIARIEDAD

MECHANISMS OF STATE INTERVENTION IN BRAZIL, POSTMODERNITY AND THE QUESTION OF SUBSIDIARITY

EMERSON GABARDO

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Federal de Paraná y de la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Postdoctorado en Derecho Público Comparado por la Fordham University School of Law - N.Y. Doctor en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Paraná y Magíster en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Paraná. Director Ejecutivo del NINC - Núcleo de Investigaciones Constitucionales del Programa de Maestría y Doctorado de la Universidad Federal de Paraná. E-mail: e.gab@uol.com.br

Recibido el: 12.12.2013
Aprobado el: 12.01.2014

RESUMEN

El artículo elabora una breve evolución histórica de la intervención del Estado desde una perspectiva sociológica inherente a la teoría del estado. Describe algunas corrientes llamadas reformistas y, en este contexto, analiza fenómeno de la postmodernidad. Pretende contextualizar estas premisas relativas a las actividades del Estado según el sistema jurídico brasileño. Se aborda el tema de la subsidiariedad y el tercer sector como fundamental en la contemporaneidad.

Palabras-clave: posmodernidad; subsidiariedad; Intervención del estado; interés público; servicios públicos.

ABSTRACT

The article makes a brief historical evolution of the intervention of the State from a sociological perspective and in the theory of the State. Describes some currents called reformers and, in this context, analisa the phenomenon of post-modernism. It aims to contextualize these premises relating to the activities of the State according to the Brazilian legal system. Addresses the issue of subsidiarity and the third sector as fundamental in the contemporary world.

Keywords: Postmodernism; subsidiarity; Intervention by the State; public interest; public services.



SUMÁRIO

1. Breve evolución histórica de la intervención del Estado. **2.** Las actividades del Estado según el sistema jurídico brasileño. **3.** Ideologías reformistas y postmodernidad. **4.** Subsidiariedad y tercer sector. **5.** Referencias.

1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Es difícil resumir la compleja, extensa y diversificada historia de los mecanismos de intervención del Estado en la sociedad. Por veces, puede ser incluso innecesario, considerando la enorme cantidad de textos que tratan del tema de forma profundizada.¹ Tal prólogo solo se justifica, por lo tanto, a partir de una perspectiva metodológica, con el fin de situar el texto en su contexto, señalando los supuestos que acaban por delimitar las conclusiones de la investigación relatada; y más, identificado ideológicamente el relato.

Bajo este prisma, es interesante observar como el prisma económico lidera como el principal condicionante de la regulación de la vida social en los siglos XIX y XX.² En sociedades pre-modernas, el relacionamiento entre el poder político y el individuo o la comunidad poseía otros elementos acondicionadores de forma primordial. Fundamentos culturales o sociales eran en general aquellos que determinaban las formas de relacionamiento económico entre las personas y, en especial, entre las instituciones de carácter político y la sociedad. Esta realidad se cambia en la transición para la modernidad y es a partir de este momento que las raíces del constitucionalismo actual comienzan a delinear como sería la relación entre Derecho, Política y Economía en los siglos XX y XXI.

El llamado "Estado Social" es, sin duda, el principal fruto de la nueva mentalidad instituida, caracterizada por la configuración de un sistema económico capitalista (aunque con influencia socialista), por un régimen económico intervencionista (en superación al liberal clásico), y un modelo de bienestar (que, por lo tanto, rechaza el fundamento negativo de la subsidiariedad hacia el fundamento positivo de la felicidad).

El régimen liberal, muy criticado actualmente por los defensores de un Estado actuante, fue sin duda de importancia impar en la superación de la sociedad estamental típica del período pre-moderno. El liberalismo político, caracterizado en la desconfianza frente a la autoridad del Estado Absolutista, en el compromiso con las libertades públicas como reunión, expresión y asociación, en el control del poder como principio

¹ Solamente para citar un gran clásico como ejemplo, vale la pena mencionar la obra de István Mészáros. Cf.: MÉSZÁROS, István. **Para além do capital:** rumo a uma teoria da transição. Traducción de Paulo César Castanheira y Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002.

² En esta perspectiva ver: FIORI, José Luís. Estados, moedas e desenvolvimento. In: FIORI, José Luís (Org.) **Estados, moedas no desenvolvimento das nações.** Petrópolis: Vozes, 1999 y GIANNETTI, Eduardo. **O mercado das crenças:** filosofia econômica e mudança social. Traducción de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.



básico de la representación, fue de extremada importancia para la propia posibilidad del advenimiento del Estado social. Y, para la época, retrató un avance sin precedentes en el camino hacia la concesión de derechos a las personas. Aunque haya sido un régimen mucho más idealizado que realizado y mucho más elitista de lo que la mentalidad democrática actual pueda aceptar. Del mismo modo, el liberalismo eminentemente económico, propugnador de la ausencia de intervención del Estado con el fin de garantizar seguridad al individuo, a la propiedad y al contrato fue la base que vino a soportar posteriormente la idea de que el equilibrio entre libertad e intervención es fundamental para la creación de un ambiente político-regulatorio legítimo y eficiente.

Por otro lado, hay que recordar, y Vital Moreira lo hizo magistralmente, que las propuestas de libertad de empresa, valoración de la competencia, libertad de oferta y demanda, y prescindibilidad de interferencia del Estado, en contraste con la absoluta necesidad de la interferencia estatal en el capitalismo liberal (para represión del operariado, prohibición de huelgas y sindicatos, creación de condiciones para el funcionamiento de la economía, apertura de fuentes de materia prima y mercados consumidores a través del colonialismo).³ El abismo que separó el universo de las ideas liberales de la realidad liberal fue una de las primeras causas de su derrocada hacia un régimen de incrementación interventiva. Además, la precariedad de los mercados en el siglo XIX, con la exacerbación del conflicto entre capital y trabajo, la supresión de la competencia (con fuerte formación de monopolios), las cíclicas crisis económicas, la inestabilidad de la igualdad meramente formal, la manutención del elitismo electoral y la inexistencia de beneficios sociales universales, generaron un ambiente propicio para un fuerte retorno de tesis organicistas valorizadoras de un espacio público estatal interferente.⁴

Situación esa que, sin embargo, no inhibe controversias a respeto del advenimiento del Estado interventor. Diferentemente de Vital Moreira, Eros Roberto Grau asevera que el nuevo régimen surgió no como un factor de promoción del interés público, sino solamente como un mecanismo de auto-corrección del propio capitalismo. En esta perspectiva, la concesión de derechos fundamentales sociales no fue exactamente una conquista social, sino una forma interesante de los detentores de los medios de producción a fin de que se mantuvieran en el poder con idéntico *status* (sin embargo, ahora, por intermedio de la actuación directa del Estado mediante un régimen jurídico totalmente reformulado).⁵

De todos modos, independientemente de la visión ideológica a respeto de las orígenes y causas de la alteración del régimen y modelo del sistema capitalista, el Estado interventor surge en un primer momento para: fomentar el crecimiento, ordenar la

³ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelho, 1978, p. 67 e ss.

⁴ Sobre el asunto merece destaque el trabajo de Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2010.



actividad financiera, prestar servicios públicos, proveer incentivos y subsidios a la producción (pero siempre garantizando la propiedad privada - aunque cada vez más con matices limitadoras de su forma de exploración) y, principalmente, controlar la competencia y el abuso de poder en el mercado. En un segundo momento (ya en mediados del siglo XX), nace la idea de un “Estado Providencia”, a través de la implementación de un sistema de seguridad social (cuando antes existían solamente estrategias aisladas y tópicas en este sentido, en especial por Alemania e Inglaterra), la adopción de medidas de protección a la salud pública y al trabajador, además de la incrementación de la educación pública (la mentalidad de entonces se torna propicia al pleito general por prestaciones positivas del Estado).⁶

La construcción de lo que se dio en llamar “Estado Social” es posterior y solamente puede ser identificada a partir de la década de 1950. Su principal característica, además de añadir todos los elementos de intervención anteriores, es asumir el papel de promotor de la redistribución de renta en la sociedad. Bajo sus auspicios es consagrada la idea de desarrollo (superándose la mera cuestión de crecimiento económico), así como varios Estados nacionalizan parcialmente su economía, restringiendo la libre iniciativa. Con esto, el régimen liberal es definitivamente remplazado por el régimen intervencionista y el modelo propugnado pasa a ser, reconocidamente, un modelo de bienestar, aunque tenga mantenido de forma intocada el capitalismo en esta transición (excepto en algunos Estados, que han adoptado el sistema socialista – pero para eso se hizo necesario renunciar a la democracia, lo que compromete la propia existencia de un Estado social).

2. LAS ACTIVIDADES DEL ESTADO SEGÚN EL SISTEMA JURÍDICO BRASILEÑO

En particular, la Constitución Federal de 1988, en Brasil, es quizás el instrumento jurídico más primoreado en el sentido de explicitar formalmente el resultado de toda esta evolución histórica. A partir de los supuestos democráticos y muy eclécticos, fue delineado un régimen expresamente interventor, cuyo modelo es de bienestar, a partir del sustrato capitalista. Se trata de una Constitución que no adopta el criterio de subsidiariedad, en cualquier momento, describiendo de forma analítica las actividades que son reservadas a los particulares (especialmente como derechos individuales, colectivos o difusos) y aquellas que son reservadas al Estado, de forma exclusiva o no.

Las actividades eminentemente estatales son generalmente distinguidas entre instrumentales (tales como la captación y gestión de recursos y elección de agentes) y finalísticas (tales como relacionamiento internacional, control social y gestión

⁶ Este tema fue mejor desarrollado en trabajo anterior: GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003, p. 104 e ss.



administrativa). Aunque no exista jerarquía de importancia entre las actividades-medio y las actividades-fin, de hecho la interferencia del Estado en la vida social solamente es justificada a partir de sus fines, por lo que, la complejidad y el impacto de las actividades finalísticas terminan siendo más altos. Ya sea por medio del ejercicio de la soberanía interna (función legislativa, administrativa ordenadora y judicial), ya sea por medio de la gestión administrativa en general (la más diversificada forma de intervención positiva en términos de garantía de derechos, ya que se refiere a la prestación de servicios públicos y de servicios sociales, al fomento, a la seguridad pública, entre otras particulares formas de intervención administrativa).⁷

En este empeño, y teniendo en cuenta el supuesto de que la modernidad consagrada por el siglo XIX privilegia una visión económica de las relaciones sociales como condicionante de la política y el Derecho, la actuación del Estado en la economía por intermedio de mecanismos de gestión administrativa es sobremanera relevante. En Brasil, el sustrato capitalista y liberal de la Constitución consagró la idea de que la exploración directa de la actividad económica en sentido estricto debe ser vedada al Estado (sólo siendo permitida en carácter excepcional – en los casos ya previstos en la Constitución o, entonces, si declarada por ley como de seguridad nacional o relevante interés colectivo). Por otro lado, el sustrato socializador de la Constitución garantizó un plexo de intervención por medio de los servicios públicos bastante elevados. Ya sean los servicios públicos privativos del Estado (tales como telecomunicaciones, energía, puertos o transportes), ya sean los servicios públicos no privativos, tales como educación y salud, todos los entes federativos poseen competencias amplias en esta área (cada cual, sin embargo, en su ámbito y en su materia).

Tal regulación jurídica, hecha en primera instancia de forma analítica y dialéctica por la propia Constitución Federal de 1988, implica, sin embargo, en fuerte regulación infra-constitucional, tanto legislativa cuanto administrativa. Además, no está exenta de un importante juicio político en la configuración práctica de lo que sea y de cómo serán prestadas las actividades del Estado en general y, particularmente, como será prestado tanto el servicio público como la actividad económica en sentido estricto. La decisión a respecto de cual actividad económica será o no de relevante interés colectivo o seguridad nacional no posee una vinculación jurídica capaz de determinar de alguna manera la decisión eminentemente política (y parece que esto es un mecanismo realmente acertado). Del mismo modo, la deliberación sobre la forma de prestación de los servicios públicos (si directamente, mediante la creación de empresas públicas o sociedades de economía mixta, o indirectamente, mediante la delegación para empresas privadas) no tiene criterios legales establecidos – su regulación es política (aunque, actualmente, pueda ser siempre fiscalizada por el Poder Judicial por medio de la aplicación de la

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 75 e ss.



vinculación a principios jurídicos). En Brasil, un país que adopta el principio de la jurisdicción una, ninguna acción de los gobernantes puede ser apartada del control judicial, incluso que dicha decisión esté en la esfera de discrecionalidad de los agentes públicos.

Finalmente, hay que señalar que la mayoría de las actividades del Estado son, en general, desarrolladas directamente en el plan que se convino llamar de “primer sector” (el sector estatal). Tendría, aún, el “segundo sector” (el mercado), y el “tercer sector” (el sector no estatal sin fines lucrativos) y, quizá un espacio híbrido (fuera del mercado, fuera del Estado, pero también fuera de sociedad civil), que puede en realidad caracterizar un “limbo”, en el cual son alocadas las personas jurídicas totalmente atípicas y particulares (no encuadrables en cualquiera de los sectores típicamente caracterizados – tales como servicios autónomos sociales, partidos políticos y sindicatos).

A pesar de todas las modificaciones legislativas por las cuales pasó la estructura orgánica del Estado brasileño en la contemporaneidad post-constitucional, de hecho, el típico Estado capitalista-social interventor, cuyo modelo es fundamentalmente burocrático, todavía sigue intacto. La Constitución Federal de 1988 no reconoció como fundamento de la acción estatal el principio de la subsidiariedad (tanto que lo extirpó formalmente en su texto).⁸ Aunque actualmente la forma de ejecución de las actividades estatales pueda haber sido fuertemente alterada (porque tales formas dependen fundamentalmente del modelo político-ideológico en vigencia), sigue consolidada la espina dorsal de la idea de “titularidad” como fundamento de actuación del Estado en la sociedad civil. El primer sector todavía es, en Brasil, el gran motor responsable del desarrollo – aunque su principal método sea, actualmente, lo que está impulsando el mercado y a las entidades del tercer sector. No obstante, es en relación a este último espacio que tal vez haya ocurrido la mayor transformación en los últimos quince años. Las entidades sin fines lucrativos con finalidad pública han ampliado increíblemente su campo de actuación como aparceros del Estado en la realización de actividades que antes eran desarrolladas directamente por órganos estatales (dentro del primer sector). El repase de actividades ha sido muy discutido (y criticado), pero es una realidad inexorable como un espacio de intervención pública en Brasil, especialmente en las áreas de educación, salud y asistencia social.

3. IDEOLOGÍAS REFORMISTAS Y POSTMODERNIDAD

Hasta el momento se hizo un análisis jurídico-institucional de la organización del Estado como principal agente que titulariza las competencias inherentes a la intervención social en Brasil, ya sea directamente, a través de sus organismos y entidades, o indirectamente, mediante la asociación con empresas del mercado o con entidades del

⁸ Para un abordaje más detallado sobre el tema, ver: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



tercer sector. Sin embargo, más que una visión orgánica, se debe considerar la importancia del espacio de las ideas y mentalidades (que se encuentran en el ambiente de la cultura y que influyen de forma relevante las decisiones políticas impactantes en el aparato jurídico).

En la década de 1970 Brasil observó un resurgimiento de la sociedad civil por medio de las luchas políticas por la redemocratización y logros de las libertades. Democracia y derechos fundamentales se han convertido en palabras de orden relacionadas a la aspiración por el fin de la dictadura estadística establecida por el régimen militar en 1964. Aunque el golpe de Estado, en la oportunidad, haya tenido un amplio apoyo popular, veinte años después la coyuntura social es diferente – el Estado pasa a ser el enemigo público número uno.⁹ Interesante observar que en el nivel internacional hubo también un crecimiento de las organizaciones no-gubernamentales defensoras de intereses difusos.¹⁰

Ya en la década de 1990, consolidado el Estado de Derecho por medio de la nueva Constitución y electos los primeros presidentes directamente por el pueblo en esta nueva etapa, el tercer sector gana evidencia en los medios y en las políticas gubernamentales. Sin embargo, este fenómeno (aunque resulte de diferentes variables) fundamentalmente no es ideológicamente vinculado al ambiente de revalorización de la democracia o participación popular (aunque haya existido una retórica legitimatoria en este sentido). Fue resultante directo del ideario neoliberal que ganó amplísimo destaque a partir de la década de 1980 (primero de Inglaterra y Estados Unidos), y luego en el resto del mundo occidental (y, parcialmente, en el oriental). Fue en Latinoamérica, sin embargo, que produjo sus efectos más contundentes y problemáticos.¹¹

El neoliberalismo se configuró como corriente doctrinal y ambiente mental propugnado por la necesidad inexorable de reforma de los Estados con el fin de resolver la crisis del Estado de bienestar social (cada vez más sin recursos suficientes para satisfacer las demandas a él impuestas). Se busca, entonces, la implantación de un nuevo modelo de Estado, el “Estado Subsidiario”, caracterizado predominantemente por la

⁹ Así retrata el período Adriano N. Codato: “En ese período, se tornó casi obligatorio para los analistas políticos resaltar la potencialidad transformadora de los ‘nuevos movimientos sociales’, el virtuosismo de los ‘nuevos personajes’ que surgieron en la cena política y la notable capacidad de las ‘oposiciones’ para, ‘dialécticamente’, influir en la dinámica institucional del régimen dictatorial. Como notó A. Stepan, ‘la sociedad civil se convirtió en la celebridad política de la apertura (Stepan, 1986:11). Luego ‘surgieron centenas de artículos académicos y en la prensa con títulos como ‘Los empresarios contra el Estado’, ‘La Iglesia contra el Estado’, ‘Los metalúrgicos contra el Estado’ (idem, ibidem: 13) etc., como si fuera posible demarcar nítidamente una línea divisoria, en el caso específico de los primeros, entre el Estado dictatorial y su principal base social de apoyo político.” Cf.: CODATO, Adriano Nervo. **Sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64**. São Paulo: Hucitec, 1997 p. 232.

¹⁰ Sobre el tema ver el importante trabajo de Carlos Montaña: MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 2. ed., São Paulo: Cortez, 2003.

¹¹ Sobre el tema, ver: SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 2001.



desestatización orgánica y funcional del Estado y por la flexibilidad jurídica de la Administración Pública. La idea fundamental en boga es que sería más eficiente el repase de actividades antes estatales para el sector privado. Particularmente en Brasil, el plan director de reforma del aparato del Estado previó tres etapas: privatización de actividades económicas en sentido estricto, delegación de servicios públicos privativos del Estado, y, por último, desestatización de los servicios públicos no privativos del Estado.¹²

Después de la privatización de las actividades económicas en sentido estricto (estas, por cierto, relegadas en el mercado por la propia redacción original de la Constitución de 1988 – que es un documento eminentemente capitalista), en foco fueron asignados los servicios exclusivos, buscándose la participación del capital extranjero en la economía nacional, especialmente a través de la venta del patrimonio público con la intención de amortización de la deuda externa. Posteriormente, servicios públicos en especial de salud (pero también otros, como educación y asistencia) se transfirieron cada vez más a organizaciones no lucrativas a través de acuerdos, convenios, termos de cooperación, contratos de gestión y otros instrumentos jurídicos (en la mayoría de los casos, sin la realización de licitación o cualquier otro instrumento isonómico de selección de aparceros).

Se consagra en este ambiente la idea de que el Estado debe actuar apenas y cuando el mercado o la sociedad civil no sea capaz de proveer, por sí sola, sus necesidades: idea delineada científicamente desde el “Principio de Subsidiariedad” para el cual el individuo y la sociedad (así como siempre las escalas más pequeñas y más próximas, tienen el derecho y la prerrogativa de resolver por sí mismos sus problemas antes de que el Estado tome esa tarea). Ideología reformista esta que combina perfectamente con la mentalidad anti-estatal postmoderna para la cual la legitimidad del Estado Democrático de Derecho en la transición del siglo actual depende cada vez más de su capacidad de satisfacción de los deseos e intereses de la sociedad (pero siempre prestigiándose una visión liberal del fenómeno); visión utilitarista esta que tiene una faz peligrosa, teniendo en cuenta que, cada vez más, es normalizada la noción de que es posible el abandono de posturas basadas en principios éticos en prestigio a la gobernabilidad pragmática de la esfera política.

En la modernidad fue fortalecida la separación entre el Estado y la sociedad civil, a través de principios como el de la impersonalidad en el trato de las cuestiones públicas. El Estado fue el gran instrumento de racionalización de la vida (en el sentido weberiano), interfiriendo en la vida del individuo y de las comunidades como un poder externo y soberano. Ya en la perspectiva postmoderna la racionalidad dejada de lado para el fin de reconocimiento de los micropoderes que controlan la esfera pública. La democracia

¹² Sobre el PDRAE, ver el trabajo de su propio mentor: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional.** São Paulo: Ed. 34, 1998.



no más es definida, necesariamente, por las instituciones, pero por las acciones y prácticas concretas. Por otra parte, el “ser” importa poco, porque la identidad es definida por la “diferencia”. Así, se establece una nueva orden ética en el la cual la acción moral no tienen fundamentos bien definidos (lo que impone una propuesta ora nihilista, a veces meramente retórica de fundamentación de las decisiones).

Otro aspecto importante es la contestación del universalismo, ganando prestigio un paradigma relativista (casi escéptico) en el cual predominan las particularidades – ocurriendo un paradójico retorno del individuo como centro de las atenciones de la sociedad posmoderna. Individuo este que abandona las creencias tradicionales de la modernidad, ya que son fuentes de problemas y perturbación. Se conquista, así, una feliz irresponsabilidad ética que proclama el abandono de las opiniones colectivas políticamente consistentes. Se tornan válidas todas las opiniones expresadas por los individuos aisladamente, a partir de sus sensaciones. Y en ese sentido, el posmodernismo no deja de ser una “hipermodernidad” – una radicalización de la expresión de la voluntad aislada. Aislada, pero necesariamente compartida.¹³

Por otra parte, el carácter público (en la modernidad íntimamente vinculado al carácter político), se apaga de la política. El público no es aquello que es fruto de la deliberación pública, pero simplemente lo que está “en público”. No hay necesariamente interacción o intercambio de contenidos. Hay una manera de compartir o, a lo sumo, la alineación del contenidos a partir de especificaciones grupales y concretas (por razones raciales, nacionalistas, culturalistas, sexistas o, en razón de intereses meramente coyunturales). Núcleos específicos, no propiamente políticos desinstitucionalizan el espacio público fortaleciendo los centros privados y promoviendo un paradójico retorno al aspecto económico con el central en la vida de los sujetos.

Es en este contexto que gana terreno la idea de una postura de “subsidiaria” del Estado. Si la palabra de orden es “participación” de todos en las decisiones (en general a partir apenas de una actuación deliberativa plebiscitaria), es preciso un principio justificador que recuse la esfera estatal como la protagonista (aunque esto sea hecho de forma meramente retórica o simbólica). La propuesta es que el individuo, el sujeto de derechos, la sociedad, la familia, se conviertan en los protagonistas de las acciones colectivas (para eso el Estado debe volver a las actividades que recogió para sí en el arduo camino del siglo XX).

Resta al Estado un papel fomentador o meramente financiador de los organismos metaestatales, tanto del segundo cuanto del tercer sector. Para transferir al mercado en general son expuestas razones pragmáticas basadas en la eficiencia; para transferir al tercer sector en general son usadas razones éticas relacionadas con la benevolencia,

¹³ Sobre el tema ver el trabajo anterior: GABARDO, Emerson. O pós-moderno príncipe e a busca pela tranquilidade da alma. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando la teoría del Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 13 e ss.



filantropía, al “espíritu cristiano”. En el entorno postmoderno, hay una fuerte incredulidad en la idea de una solidaridad automática, sistemática y compulsoria, como es la típicamente instituida por el Estado social.

4. SUBSIDIARIEDAD Y TERCER SECTOR

Considerando que los medios jurídico-interventivos característicos del Estado social construido en el siglo XX pasan a ser inadecuados, una de las principales demandas es por la alteración del régimen jurídico administrativo para el fin de ser posibilitada a la actuación directa de la sociedad a través de los entes privados que paulatinamente van sustituyendo los públicos para consecución de las actividades estatales. Es decir, es mantenido el sistema económico, cambiándose el modelo económico o su régimen interventivo. Pero el nuevo régimen jurídico no cambia el anterior sustancialmente en su principiología, ya que la posmodernidad es una realidad fundamentalmente hermenéutica. Muchos de los cambios son promovidos exclusivamente por la interpretación del Derecho. De todos modos, el principio de la subsidiariedad, que ya era conocido, pero no utilizado (a excepción de la doctrina de la Iglesia Católica), gana espacio como elemento central (o principio estructurante) del régimen. Esto ocurre al mismo tiempo que, paradójicamente, el Derecho administrativo se desarrolla intensamente dentro del contexto del neoconstitucionalismo y a partir de una comprensión multidimensional de sus objetos.¹⁴

En la modernidad reciente, la subsidiariedad fue una noción desarrollada con medio término entre el capitalismo y el socialismo, con relación al marxismo elaborada principalmente por dos encíclicas papales (la *Rerum Novarum*, que preparó el escenario, y la *Quadragésimo Anno*, que efectivamente la consagró). Sin embargo, fue inhibida por el keynesianismo de las décadas de 1940 y 1950 (prestigiador de la centralidad de la acción estatal) y por la mentalidad de la época, desde la década de 1920 hasta la década de 1970 caracterizada por un consenso compartido sobre la incapacidad privada de solución de los problemas sociales.¹⁵ El regreso de la noción se produjo en las décadas de 1980 y 1990, ya pesar de que sean inherentes al concepto de subsidiariedad de las nociones de complementariedad, supletividad y acesoriedad, en realidad la configuración de un contenido jurídico al principio no es algo sencillo, haya vista la falta de homogeneidad en su aplicación. En términos sintéticos, parece existir cierto consenso en atribuir al menos dos características fundamentales a la subsidiariedad: la

¹⁴ REYNA, Justo J. Globalización, pluralidad sistémica y derecho administrativo: apuntes para um derecho administrativo multidimensional. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 25 e ss.

¹⁵ MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà.** Traduzione di Massimo Tringali. Milano: Giuffrè, 2003, p. 41 e ss.



descentralización (distribución de competencias entre los entes estatales valorándose la región más cercana al ciudadano a costa de la más lejana); la privatización (adopción de un criterio de preferencia por la actuación directa de la sociedad civil por medio de sus entes y en detrimento de la actuación por medio de órganos y entidades públicas).

Pero el problema es que no se trata de una noción neutra. Sin duda, la idea de subsidiariedad resurgida en el ambiente neoliberal implicó en el fomento a la reducción de garantías sociales sustanciales mediante a la irresponsabilización del Estado. La teoría general de los servicios públicos es aquella la que sufre el mayor abalo. Ciertas conquistas conceptuales que fueron moldadas por la doctrina y jurisprudencia en la transición del siglo XIX al siglo XX parecen ya no tener espacio. En particular, pierden importancia, principalmente en la prestación de servicios sociales, las ideas de impersonalidad, universalidad, continuidad, isonomía y solidaridad general. El advenimiento del tercer sector como un aparcero del Estado acaba por reducir la importancia del carácter público de la prestación. La prevalencia de los contratos temporales, inexistencia de concurso público para contratación, fuerte presencia de voluntarios, no profesionalización, falta de control real de los resultados, ausencia de licitaciones para las compras con dinero público son algunas de las características del nuevo modelo. Un modelo que, sin embargo, es fuertemente dependiente del Estado cuando se trata de la financiación.¹⁶

El paradojo de la situación se torna evidente, ya que por un lado la idea de subsidiariedad propugna por el repase de actividades para el tercer sector, por otra parte, no se habla en actuación subsidiaria en el momento de pagar por la realización de las actividades. El Estado no deja de ser el protagonista en el momento de pagar la cuenta. En realidad, en Brasil, que no posee la tradición de actuación social o política de los cuerpos intermedios, tal modelo nada más crea que un “tercer sector gubernamental”. Una propuesta en cierta medida esquizofrénica, ya que impone la tarea al propio Estado de crear una esfera pública no estatal que inexiste espontáneamente en la sociedad. El modelo de “publicización” del plan director de reforma del aparato del Estado de 1995 (y que es hasta hoy el adoptado en Brasil) impone un esquema de “participación subordinada” en el cual el Estado pasa a ser imprescindible para el tercer sector (situación esta que no es común en la esfera internacional – aunque mismo en otros países de mayor tradición en la actuación de los organismos no gubernamentales también el papel del Estado sea fuerte en el financiamiento de sus actividades).

Los estudiosos del Derecho Administrativo en Brasil y, en general, las propias asociaciones de entidades del tercer sector, han denunciado el enorme e incontrolado avance en las alianzas entre el Estado y el tercer sector, para evitar que esas entidades se tornen apenas prestadores de servicios que se prestan a la tercerización de las

¹⁶ Sobre el tema ver el excelente trabajo de Tarso Cabral Violin. Cf.: VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.



actividades del Estado.¹⁷ Pero, efectivamente, es esto lo que está sucediendo, porque hay el predominio de la idea de una prestación de servicios “no-políticos” – o sea, asumiéndose técnica, por tareas.

En el terreno de las ideas (y retóricamente), se promueve, así, la sustitución de la política por la moral en la prestación de servicios públicos, de preferencia, en teoría, por los organismos intermedios (familia, asociación de vecinos, entidades filantrópicas). Pero en general, las organizaciones no gubernamentales elegidas por las entidades estatales para realizar verdaderas empresas travestidas en entidades intermedias. Tal nuevo modelo no refuerza en nada la ciudadanía o la democracia – aunque, a veces, es denotar realmente en medio eficiente de prestación de servicios.

Mismo con la reversión del cuadro en esta primera década del siglo XXI, en que, con la derrocada de la ideología neoliberal, la subsidiariedad deja de ser vista con tanta benevolencia, como principio justificador de las decisiones políticas, el hecho es que el avance del tercer sector no cesa. En muchos aspectos, este fuerte cambio de paradigma, que ocurrió fundamentalmente en la década de 1990 en Brasil, ha sido revertida. Sin embargo, no en el que se refiere al crecimiento de la participación del tercer sector en la prestación de servicios financiados por el Estado. Tal vez porque, aunque el argumento haya prevalecido la tesis de que en Brasil no hay apoyo jurídico, político o cultural para la adopción de un criterio a priori como la subsidiariedad, el hecho es que, de manera pragmática, esto ha sido una propuesta interesante para los gobernantes de ambos de derecha y de izquierda. Y cuenta con el apoyo de una parte significativa de entidades sociales que se benefician del sistema (y que, por ser entidades sin fines de lucro, poseen un respaldo moral legitimatorio mucho más fácilmente diseminable de lo que pertenece al mercado).

En este ámbito, la principal cuestión ético-jurídica que se plantea es: la sociedad civil es preferible al Estado en la prestación de servicios públicos? La respuesta parece ser: “depende”. El análisis de las variables tiene que ser pragmático y no desde un principio justificador a priori cualquiera (porque así es como la sociedad postmoderna o hipermoderna consigue reconocer sus postulados). Pragmatismo esto que, sin embargo, tiene límites jurídicos importantes – uno de ellos es el respeto al régimen constitucional incidente (ya que algunas opciones modernas no pueden ser extirpadas bajo pena de la destrucción completa del sistema en claro perjuicio para aquellos que más necesitan de la actuación de protección colectiva). No hay mentiras o falsificaciones (como el tercer sector gubernamental, apolítico, mera tercerización) y que posibilite una participación efectiva (no subordinada, no caritativa, no individualista) de la sociedad civil.

¹⁷ Nuevamente: VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica.** Op. cit. p. 219 e ss.



5. REFERENCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- CODATO, Adriano Nervo. **Sistema estatal e política econômica no Brasil pós-64**. São Paulo: Hucitec, 1997.
- FIORI, José Luís. Estados, moedas e desenvolvimento. In: Fiori, José Luís (Org.) **Estados, moedas no desenvolvimento das nações**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.
- GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson. **O pós-moderno príncipe e a busca pela tranquilidade da alma**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GIANNETTI, Eduardo. **O mercado das crenças: filosofia econômica e mudança social**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14 ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- MÉSZÁROS, István. **Para além do capital: rumo a uma teoria da transição**. Tradução de Paulo César Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002.
- MILLON-DELSOL, Chantal. **Il principio di sussidiarietà**. Traduzione di Massimo Tringali. Milano: Giuffrè, 2003.
- MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. 2. ed., São Paulo: Cortez, 2003.
- MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelho, 1978.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed. 34, 1998.
- REYNA, Justo J. Globalización, pluralidad sistémica y derecho administrativo: apuntes para um derecho administrativo multidimensional. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.