

O Estado Garantidor

Claros – Escuros de um Conceito

J. J. GOMES CANOTILHO*

§§ 1.

O aparecimento de um conceito: contexto

Existe um conceito na literatura juspublicista que está fazendo o seu teste de publicidade crítica. Referimo-nos ao conceito de Estado garantidor (*Gewährleistungsstaat*). Uma leitura das várias obras dedicadas ao tema permitirá focalizar o contexto da entrada desta nova categoria jurídico-constitucional na elaboração conceitual do direito público. Em primeiro lugar, e como o próprio nome indica, pretende ser, pelo menos, um novo vocábulo adjectivante do Estado destinado a assinalar a mudança estrutural no cumprimento das *tarefas públicas* por parte do Estado. Em segundo lugar, o conceito aparece associado às chamadas “*reformas da administração*” no âmbito dos “serviços públicos de interesse geral”. Em terceiro lugar, nota-se a proximidade da ideia de “garantia” com a problemática da chamada “*governance*” erguida a ponte conceitual inter e transdisciplinar de quase todos os esquemas referenciais do direito e da economia. De um modo nem sempre explícito, o Estado-garantidor é convocado para registar a evolução do problema de *socialidade*, pois, por um lado, ele é um Estado “descontrutor” de serviços encarregados de prestações existenciais do cidadão, e, por outro lado, um Estado “fiador” e “controlador” de prestações dos “serviços de interesse

* Professor da Faculdade de Direito de Coimbra.

geral” por parte de entidades privadas. As informações anteriores permitem já intuir que o novo quadro conceitual se situa na linha da teorização do “enabling state” onde ganha relevo incontornável o papel do mercado e dos *contratos* privados (sobretudo empresas privadas) com a administração. Ao fim e ao cabo, talvez seja correcto dizer que, encarado o conceito num plano politico-funcional, se trata de uma *estratégia* destinada a alicerçar um processo colectivo de aprendizagem dos poderes públicos no contexto mais vasto da liberalização e da globalização. Embora nem sempre se proceda à desocultação estratégico-partidária do conceito não é arriscado dizer que ele surge associado à “*terceira via* – a via da renovação da social-democracia – celebrizada pela obra de Anthony Giddens.¹

Com todas as motivações acabadas de assinalar parece-nos que estamos perante um conceito carregado de *política* e bem centrado na essencialidade do *político*. Se as nossas observações estiveram certas, então ele pode e deve ser trazido à publicidade crítica do Grupo Cainã. O presente trabalho procura apenas contribuir para a discussão.

§§ 2.

Incertezas conceptuais

O Primeiro tópico da problemática é este: o que é que significa “garantia” no contexto do “Estado-garantidor”? Se se trata de “garantir” pergunta-se: quem é que é garantido? Garantia implica que se assuma a responsabilidade da garantia: o Estado-garantidor é, afinal, responsável de quê?

A primeira ambiguidade do conceito reside na sua instável focalização entre a *facticidade* e a *validade*. O conceito corre o risco de se transformar numa “terra de ninguém jurídica” se não recortarmos com rigor a sua dimensão normativa. Pelo título de muitos dos trabalhos científicos dedicados ao tema é fácil verificar que o Estado-garantidor é, desde logo, um conceito descritivo das transformações

¹ Referimo-nos, como é óbvio, à obra *The third way. The renewal of social democracy*. Cambridge, 1998.

do Estado. O Estado deixa de afivelar a máscara e o músculo de “Estado-produtor” para se dedicar ao papel de regulador. O Estado garante serviços e prestações mas não os produz. O Estado deixa de ter a responsabilidade pela prossecução activa de tarefas estaduais assumindo apenas a responsabilidade pelo cumprimento das mesmas através de outras estruturas, a maior parte das vezes privadas. Numa palavra, o conceito de Estado-garantidor descreve a oposição entre *providing state* e *enabling state*.²

A segunda ambiguidade é esta: o “Estado-garantidor” tem alma de “Estado social” e corpo de empresa. Poder-se-ia colocar ao contrário esta fórmula: o Estado garantidor tem corpo de Estado social e alma de empresa. Pretende ainda garantir a socialidade, ou seja, os serviços sociais essenciais – desde a saúde, as telecomunicações, energia, transportes, água – mas confia a serviços privados ou de gestão privada a prossecução directa desses serviços. Isto explica a razão de alguma literatura não esconder a íntima relação entre a reforma dos “serviços sociais” e dos cuidados de prestações existenciais (*Daseinsvorsorge*) e o “Estado-garantidor” com as roupagens de “Estado regulador”³. Vistas bem as coisas, o “Estado-garantidor” não pode deixar de ser um “Estado activador”, pois se ele pretende assumir a responsabilidade da garantia aos cidadãos (hoje “utentes”) dos “cuidados existenciais”, deve, ao mesmo tempo, apoiar activamente a economia e a saúde económica das empresas encarregadas de produzir os serviços e os bens indispensáveis à efectivação da socialidade⁴. Esta articulação de “Estado-garantidor” e “Estado-activador” transporta uma outra ambiguidade.

² Os títulos de algumas obras indiciam isto mesmo. Cfr. Por exemplo, Gunnar Folke Schuppert, “Von produzierenden zum Gewährleistenden Staat”, in König/Benz Org., *Privatisierung und staatliche Regulierung – Bahn, Post, Telekommunikation, Rundfunk*, 1997; Ruge, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State*, 2004; Vesting, “Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat”, in Hoffmann-Riem / Schmidt-Abmann (Coord.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000.

³ Veja-se, por exemplo, Knauff, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, 2004; Ruge, *Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State*, 2004.

⁴ Cf. Wolfram Lamping / Henning Schridde / Stefan Plass / Bernhardt Blanke, *Der Aktivierende Staat Positionen, Begriffe, Strategien*, 2002; Thorsten Kingreen, in “Rechtliche Gehalte sozialpolitischer Schlüsselfgriffe: Vom daseinsvorsorgenden zum aktivierenden sozialstaat”, *Schriften des Deutschen Sozialrechtsverbandes* 52. 2004, 17.

A terceira ambiguidade é esta: “garantir” e “activar” é uma operação de charme destinada a sugerir que, por um lado, o “Estado-garantidor” é um “Estado social” e, por outro lado, que ainda é uma tarefa pública social garantir a capacidade de prestação das empresas fornecedoras de serviços de interesse geral. E o charme desta operação é tanto maior quando se insinua tratar-se de uma “fórmula garantidora” de uma situação de *win-win* entre Estado e sujeitos privados⁵.

A quarta ambiguidade está intimamente ligada ao que se acaba de afirmar: o Estado garante a socialidade a favor dos utentes dos serviços e garante o equilíbrio económico das empresas. Acontece, porém, que estas duas garantias podem não suportar uma situação de *win-win*. E a prova disso é dada pelos chamados “investimentos encalhados” e pelos “custos de transição” para a privatização que não raro justificam repercussões dos custos nos preços dos serviços (através de aumento de tarifas, através de compensações orçamentais).

A quinta ambiguidade consiste na imputação da *responsabilidade*. Onde se escreve “Estado-garantidor” deve também escrever-se: Estado que assume a *responsabilidade* pela garantia de serviços de interesse geral e a responsabilidade pela garantia da lógica económica do mercado. Na qualidade de “garantidor”, “activador” e “regulador” as suas responsabilidades incidem, afinal, sobre o mesmo sujeito público, ou seja, o Estado.

Independentemente do jogo de “pré-compreensões” que aqui vêm sempre incidir, é fácil ver que o conceito descritivo de Estado-garantidor transporta relevantíssima normatividade. Desde logo, não se trata apenas de descrever a transformação do Estado a partir da análise das tradicionais tarefas estaduais. Trata-se também de avançar um juízo de valor. O problema não é o de reiterar, de forma saturada e improdutiva, o slogan de mais ou menos Estado, mas o de legitimar novas formas e uma nova qualidade da actividade do Estado⁶.

⁵ Af. A recente exposição de H. Butzer, “Sicherstellungsauftrag”, in Isensee/Kirchhoff, *Handbuch des Staatsrechts*, 3ª ed., vol.IV, 2007, p. 196.

⁶ Esta ideia pode ver-se em H. Butzer, “Sicherstellungs-Auftrag”, cit., p.196.

§§ 3.

“Estado-garantidor” e “Constituição”

As considerações anteriores suscitam problemas complexos a nível de duas categorias centrais do direito público: referimo-nos à categoria do *Estado* e à categoria de *Constituição*. É de perguntar, com efeito, se o Estado é o ponto de articulação correcto para dar arrimo político à ideia de garantia. As dúvidas encontram-se claramente expressas num dos últimos trabalhos sobre a matéria⁷. Não deve esquecer-se que o nó górdio do problema consiste na harmonização da concorrência de empresas prestadoras de serviços e bens e a garantia dos interesses públicos através de serviços de interesse geral. Por outras palavras: a liberalização da economia e a regulação do mercado ultrapassam as competências e as capacidades de decisões do Estado e colocam novos desafios à capacidade de prestação das normas vinculativas do Estado⁸. E as primeiras normas a sofrer com a abertura e processualização das funções do Estado são as normas da constituição, sobretudo de constituições como a portuguesa e a brasileira, carregadas de abundantes regulações de direitos económicos, sociais e culturais. Quer se queira quer não, a Constituição do Estado confronta-se com relações de forças internacionais, com a deslocação para o exterior dos pressupostos de eficácia prática das suas normas e princípios. A levar-se até às últimas consequências o conceito de garantia entendido como nova modalidade do cumprimento de tarefas estaduais, isso equivalerá a operar uma completa transformação do Estado constitucionalmente conformado. De um Estado responsável pela prestação de serviços públicos indispensáveis à realização de grande número de direitos sociais passaríamos, à revelia da constituição, para um Estado tendencialmente subsidiário. O problema que subsiste é o de que a “pressão da privatização” a favor de um “Estado-garantidor” legitima o primado da concorrência ameaçando os Estados com a escolha do direito do Estado e dos ordenamentos mais abertos a assumir “tarefas de coordenação” e

⁷ Cf. Knauff, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, cit., 264

⁸ O tema foi recentemente analisado por F. C. Mayer, *Kompetenzuberschreitung und Letzentscheidung*, 2000.

estrutura da “good governance”. A arena da escolha do direito inclui agora a *escolha* de ordenamentos institucionais. Utilizada inicialmente como instrumento para a escolha do juiz ou de jurisdição (*forum shopping*), a escolha do direito é utilizada como instrumento da escolha do direito material (*law shopping*), onde se incluem naturalmente o direito constitucional e o direito administrativo⁹. Oxalá que o Grupo Cainã possa contribuir para a revelação dialéctica deste novo espírito das leis!

⁹ Veja-se Matteo Gnes, *La scelta del Diritto*, 2004, p. 457.