

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
DOUTORADO EM DIREITO**

Rosa Maria de Campos Aranovich

**O ESTADO PÓS-MODERNO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA E A MUTAÇÃO DE
PARADIGMAS CONCEITUAIS TRADICIONAIS DO DIREITO PÚBLICO:
a experiência brasileira de agências de regulação**

PORTO ALEGRE

2008

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH

**O ESTADO PÓS-MODERNO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA E A MUTAÇÃO DE
PARADIGMAS CONCEITUAIS TRADICIONAIS DO DIREITO PÚBLICO:
a experiência brasileira de agências de regulação**

Tese apresentada como requisito parcial
ao Curso de Pós-Graduação *Stricto
Sensu* da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, para obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva

PORTO ALEGRE

2008

ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH

**O ESTADO PÓS-MODERNO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA E A MUTAÇÃO DE
PARADIGMAS CONCEITUAIS TRADICIONAIS DO DIREITO PÚBLICO:
a experiência brasileira de agências de regulação**

Tese apresentada como requisito parcial
ao Curso de Pós-Graduação *Stricto
Sensu* da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul, para obtenção do título de
Doutor em Direito.

APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA

Porto Alegre, de de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva (UFRGS)

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu mestre, Professor ALMIRO DO COUTO E SILVA, com o qual tive o privilégio de conviver, como aluna e orientanda, e com quem muito apreendi com seus profundos conhecimentos e, muito particularmente, com sua sabedoria de vida e simplicidade de alma, virtudes que são difíceis de encontrar nos dias de hoje.

Agradeço à minha família, em especial às minhas filhas que muito me incentivaram nesta tarefa acadêmica e ao meu pai, Lélcio Candiota de Campos, advogado e professor brilhante, que sempre tive como paradigma para minhas escolhas de vida.

Agradeço também à AGERGS e aos colegas com quem tive a oportunidade de partilhar as minhas dúvidas e de apreender pela experiência prática.

RESUMO

A presente tese tem por objetivo demonstrar que o Estado Gerencial ou Regulador, delineado pelo movimento internacional de reforma do Estado, nos países ocidentais, especialmente a partir dos anos setenta do século XX, na Inglaterra, trouxe consigo a releitura de paradigmas tradicionais do Direito Público. Paralelamente a esta circunstância, a importação, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das instituições que são próprias daquele modelo de Estado, denominadas agências reguladoras independentes, concebidas nos moldes do direito norte americano, acabou acarretando, ao longo da década da experiência brasileira, algumas perplexidades de ordem política que se refletiram na ordem jurídica. Estas dificuldades resultaram em mudanças de rumo, ao final da década, verificáveis na Administração Pública Federal, tanto através de efetivas alterações legislativas pontuais como de proposta legislativa de âmbito geral e, também pela jurisprudência administrativa normativa, fazendo com que o delineamento institucional e o regime jurídico dessas entidades, tais quais traçados originalmente, fossem alterados, especialmente no tocante à diminuição da independência, das competências e da margem de afastamento do poder político central.

Palavras-chave: Reforma de Estado. Estado Regulador. Agência Reguladora Independente. Serviço Público. Administração Participativa.

ABSTRACT

This thesis aims at demonstrating that the managerial or regulatory state, outlined by the international movement for the reform of the State in western countries, especially since the 1970's in England, brought about the review of the traditional paradigms of Public Law. In parallel to this circumstance, the incorporation into Brazilian law framework of typical institutions of that model of state, the so called "independent regulatory agencies", conceived according to the North-American Law model, ended up by causing, throughout the decade of Brazilian experience, some political perplexity, which also reflected on our Law order. These difficulties brought about changes in the course at the end of the decade, which can be verified at the Federal Public Administration level, not only through effective accurate law alteration, but also through general law proposals, as well as through normative administrative cases, ending in modifications on the original feature of the institutional design and on the regulatory regime of these entities, especially with regard to a decrease on the levels of independency, competence and impartiality relating to the central political power.

Keywords: Reform of the State. Regulatory State. Independent Regulatory Agency. Public Service. Participatory Management.

RESUMEN

La presente tesis tiene por objetivo demostrar que el Estado Gerencial o Regulador, delineado por el movimiento internacional de la reforma del Estado, en los países occidentales, en especial desde los años setenta del siglo XX, en Inglaterra, trajo consigo la relectura de paradigmas tradicionales del Derecho Público. Paralelamente a esta circunstancia, la importación, por el ordenamiento jurídico brasileño, de las instituciones que son propias de aquél modelo de Estado, nombradas agencias reguladoras independientes, concebidas en los moldes del derecho estadounidense, acabó por provocar, a lo largo de la década de la experiencia brasileña, algunas perplejidades de orden política que se reflejaron en el orden jurídica. Dichas dificultades resultaran en cambios de dirección, al final de la década, que pueden ser verificadas en el ámbito de la Administración Pública Federal, sea por intermedio de efectivos cambios legislativos puntuales, sea por medio de una propuesta legislativa de ámbito general, así como también por intermedio de la jurisprudencia administrativa normativa, lo que hace con que el delineamiento institucional y el régimen jurídico de dichas entidades, tales cuáles dibujados originalmente, fuesen cambiados, en particular con respecto a la reducción de sus grados de independencia, de sus competencias y de su grado de alejamiento del poder político central.

Palabras-clave: Reforma del Estado. Estado Regulador. Agencia Reguladora Independiente. Servicio Público. Administración Participativa.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO E FATORES QUE CONDUZIRAM À QUEBRA DO ABSOLUTISMO JURÍDICO DA LEI	12
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	12
2.2 A PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL: INTERVENÇÃO DIRETA E INDIRETA NA ECONOMIA	13
2.3 O DECLÍNIO DO ESTADO-EMPRESÁRIO	16
2.4 A REALIDADE SOCIOECONÔMICA MULTIFACETÁRIA E A COMPLEXIDADE DA REGULAÇÃO ESTATAL.....	21
2.5 RECÍPROCA INFLUÊNCIA ENTRE A ORDEM ADMINISTRATIVA E A ORDEM SOCIAL: ESTADO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	24
2.6 CRISE DO LEGISLATIVO E A CRISE REGULATÓRIA DO ESTADO	26
2.7 SOCIEDADE PLURALISTA E A PLURALIZAÇÃO DAS FONTES NORMATIVAS	29
3 MUTAÇÃO E REINTERPRETAÇÃO DE INSTRUMENTOS CONCEITUAIS DE PARADIGMAS TRADICIONAIS DO DIREITO PÚBLICO	34
3.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	34
3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA	37
3.3 PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO.....	42
3.4 CRISE DA TEORIA DO SERVIÇO PÚBLICO	45
3.5 A DOGMÁTICA DO ATO ADMINISTRATIVO FRENTE À CONTRATUALIZAÇÃO E À PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA	55
3.6 PODER ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO	61
4 O ESTADO REGULADOR E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	66
4.1 A CONCEPÇÃO DO MODELO DE ESTADO QUE EMERGIU DA REFORMA DO ESTADO	66
4.2.MOLDURA INSTITUCIONAL DOS ENTES REGULADORES	72
4.3 O CONTEÚDO E A ABRANGÊNCIA DO PODER REGULADOR ATRIBUÍDO ÀS NOVAS AGÊNCIAS	82

4.4 A ADMINISTRAÇÃO PARTICIPATIVA NO ESTADO REGULADOR	91
4.5 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DA NOVA REGULAÇÃO ECONÔMICA	98
5 CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS	120

1 INTRODUÇÃO

Vivemos numa época em que, especialmente em decorrência da alteração do modelo de Estado verificada nos países ocidentais, as crenças que sempre nortearam o Direito Público estão sendo abaladas. Conceitos tradicionais estão sofrendo uma releitura frente a um novo contexto, a uma nova realidade.

Não se trata de desprezar as relevantes teorias e pensamentos que deram suporte ao Direito Público, permitindo, inclusive, o próprio nascimento do Direito Administrativo. Ao contrário, a pretensão é de conferir-lhes uma nova dimensão, consentânea com a sociedade contemporânea. Os paradigmas clássicos precisaram passar por um processo de rejuvenescimento para poder ganhar um re-significado ajustado às novas circunstâncias.

As novas realidades econômicas e a explosão tecnológica aliadas ao fenômeno da globalização dos mercados sacudiram a substância daqueles conceitos antigos que foram concebidos e estavam inseridos em momentos históricos com anseios distintos. A realidade atual da vida em sociedade e da economia exigiu que o Estado prestasse, sob configuração diversa, os serviços industriais e comerciais de utilidade pública. A intervenção na atividade econômica demandou, porém, atuação estatal sob configuração distinta. O Estado permaneceu com a regulação, a fiscalização e o controle (intervenção indireta na economia) daqueles serviços enquanto, à seara dos operadores privados, foi atribuída a sua execução. Além disso, deve ser considerado que, nessa regulação, a utilização de meios técnicos por parte da Administração Pública constitui um fenômeno importante e em plena expansão e que, cada vez mais, são freqüentes os setores regulados por normas técnicas. A atividade administrativa deixou de ser o domínio da pura escolha por critérios de mérito orientados pelo interesse público, para ser conduzida pela técnica.

O tema tem especial relevância no Brasil com o advento do Estado Gerencial que começou a ser introduzido a partir dos anos noventa do século passado. O país revela carência de cultura democrática, especialmente a de modo substancial, e a consciência de cidadania não tem consistência e nem tradição. A sociedade civil brasileira não é ciosa da importância de seu papel de participação neste novo perfil de administração participativa que se faz essencial no Estado contemporâneo.

Além disso, a experiência consolidada no país é de uma administração piramidal, burocrática e paternalista e, dessas características, a Constituição, no texto original editado em 1988, não se distanciou muito. Foram introduzidas modificações pontuais, a partir do processo de reforma do Estado dos anos 90, mas estas não foram suficientes para a consolidação do processo. O êxito do novo Estado Regulador e da própria permanência e da legitimidade social dos novos entes reguladores independentes demanda que se incentive, institucionalmente, uma administração participativa e consensual, própria da sociedade pluralista, especialmente quanto ao *iter* de formação das decisões técnicas estatais na regulação da economia. É preciso que a sociedade brasileira ocupe o seu espaço no Estado Pós Moderno e assuma o papel de protagonista na escolha de seu destino, e que o Estado propicie isso.

Ao longo da década da instituição e da experiência das novas agências reguladoras, perplexidades surgiram e que acabaram se refletindo na ordem jurídica, especialmente na mudança na configuração do modelo de agências. A concepção desses novos entes, no momento da sua instituição, a partir de 1997, partiu do pressuposto, conforme as legislações específicas, de que as competências regulatórias não poderiam ser exercidas pelos órgãos da estrutura tradicional da administração pública porque se exigia o afastamento da influência direta das esferas políticas. Elas deveriam ter perfil diferenciado e especial as suas finalidades.

A pergunta que se impõe é até que ponto a sociedade brasileira e os nossos governantes estariam maduros para assimilar, em todos os seus desdobramentos, este novo tipo de Estado e exercer a administração participativa na seara econômica? Como a concepção do Estado Regulador envolve uma definição particularmente econômica, até que quando teremos o pêndulo¹ oscilando novamente no sentido da postura anterior de maior autonomia às agências?

O tema é desenvolvido, sinteticamente, da seguinte forma:

No Capítulo II, analisamos a evolução histórica juntamente com os fatores econômicos, sociais, e ideológicos que conduziram a passagem do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social e, após o declínio do último, as circunstâncias que determinaram, a partir da reforma do Estado, o nascimento do Estado Gerencial

¹ Sobre a teoria do pêndulo, ver: SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 188-189, 2003. Suplemento. Cadernos de Direito Público.

ou Regulador, tais como as crises do Legislativo e da regulação estatal, a chegada da sociedade pluralista moderna que trouxe a pluralização das fontes normativas e os ordenamentos setoriais.

No Capítulo III, nos detemos no exame do significado atual de paradigmas conceituais tradicionais do Direito Público, como os princípios da legalidade, da separação dos poderes, do interesse público, além da dogmática do ato administrativo, a noção do serviço público e do poder discricionário da Administração Pública.

No Capítulo IV, apresentamos a concepção deste novo tipo de Estado juntamente com o modelo institucional dos novos entes estatais reguladores; a abrangência e os limites de seu poder regulador; e a necessidade de dar maior consistência à administração participativa na regulação econômica estatal.

Na Conclusão, pretendemos demonstrar que análise da experiência brasileira, após completada a década de criação das novas agências, revelou peculiaridades que tiveram reflexos jurídicos, decorrentes tanto de alterações legislativas como da formação de orientação normativa na jurisprudência administrativa, que acabaram modificando o perfil inicial concebido para as entidades, bem como o seu regime jurídico, aproximando-as do modelo tradicional burocrático das demais autarquias e deixando atenuado o seu caráter de autarquia especial.

Este estudo pretende apenas ser apenas mais uma contribuição para o palpitante tema, em permanente discussão, especialmente frente à experiência brasileira, sobre a regulação do Estado na economia e a formação das agências reguladoras independentes.

2 EVOLUÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO E FATORES QUE CONDUZIRAM À QUEDA DO ABSOLUTISMO JURÍDICO DA LEI

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Pela teoria da separação dos poderes, ao Poder Executivo foi atribuída a função administrativa. Caracteriza-se, materialmente, essa como a tarefa de administrar para realizar a atividade concreta do Estado dirigida à satisfação das necessidades coletivas, de maneira direta e imediata, sem a incidência de uma provocação precípua e de um processo contencioso.

Malberg¹, na doutrina francesa, já havia sublinhado o caráter não intermitente e permanente da função administrativa. O desenrolar desta, ao contrário das demais funções do Estado, não pode ser interrompido. Por isso, o seu domínio é infinitamente vasto e imprevisível. Implica a adoção de medidas que necessitam ser tomadas com rapidez, para fazer frente aos acontecimentos do dia-a-dia, e com apreciação sempre atual por parte do administrador público.

No mesmo sentido, a doutrina italiana, na lição de Zanobini², contribuiu para essa abordagem. Segundo seus ensinamentos, a Administração apresenta dois elementos específicos que a distinguem das outras atividades do Estado: a imediatividade e a praticidade. Seria uma atividade estatal diferenciada, porém, análoga a dos particulares que vivem sob seu ordenamento. Com a Administração, o Estado faz-se ele mesmo sujeito da atividade e do trabalho, com meios próprios para conseguir os fins que entende reservar a sua ação direta. Nessa atividade, o Estado não pode limitar-se a distribuir ordens e enunciar juízos, mas deve, também, exercer uma atividade capaz de modificar a situação de fato existente. Daí também decorre a necessidade de a lei conceder ao Executivo uma margem de liberdade para decidir de acordo com as circunstâncias do momento. A Administração é, pois,

¹ MALBERG. Carré de. **Contribution à la theorie générale de l'état**. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1920. t. 1.

² ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1958. t. 1.

a força viva que torna a lei ativa e essencial. É o instrumento organizado que dá à lei o poder exterior e que imprime movimento aos negócios públicos.³

Guardado este sentido, faz-se necessário analisar os contingentes políticos, ideológicos, sociais, e econômicos que antecederam o atual estágio da regulação econômica estatal, para que possamos melhor compreender o âmbito da função administrativa no Estado pós-moderno. A construção de determinado modelo de Estado não é um processo aleatório, teórico, e racional. Quando certo modelo estatal entra em crise e outro, necessariamente, se impõe, o processo de transformação deriva de contingências sociais de várias ordens que são peculiares a cada momento histórico. O mesmo acontece com o Direito Público, cujos institutos são dialeticamente influenciados, mais que qualquer outro ramo do Direito, por elementos metajurídicos ligados à vida em sociedade.

2.2 DA PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL: INTERVENÇÃO DIRETA E INDIRETA NA ECONOMIA

Após o advento do Estado de Direito que tem sua formulação no direito alemão, temos, na segunda metade do Século XIX para o XX, a fase do liberalismo, onde o Estado pré-moderno tinha como papel principal o de proteger a propriedade privada e a liberdade dos indivíduos. Por ter o Estado de Direito atribuído à ordem jurídica a tarefa de garantir as liberdades fundamentais, a Administração ficava submetida à vontade da lei elaborada pelo Parlamento – poder estatal que foi reconhecido como o único representante da vontade geral do povo. As funções atribuídas ao Executivo ficaram reduzidas à segurança, a assegurar a justiça e a prestar os serviços essenciais.⁴

³ URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

⁴ Consoante à lição clássica de Adam Smith (1811, v. 4 apud BARROSO, Luís Roberto. Introdução. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b. p. 17, nota de rodapé 11, grifo nosso), “O Estado tinha três papéis a cumprir, no modelo liberal clássico: 1º- o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão por outros Estados; 2º - o dever de estabelecer uma adequada administração da justiça; 3º - o dever de realizar obras públicas e prestar certos **serviços públicos considerados economicamente desinteressantes para os particulares.**”

Em relação à economia, era a fase do *laissez faire, laissez passer*. A burguesia liberal do Século XIX era contra a tutela e a regulamentação do Estado. Ela exigia a redução da atividade administrativa do Estado. O domínio da vida privada, social, e econômica deveria ser administrado por ela própria, isto é, governado pelo seu próprio mecanismo de regulação, dentro do âmbito da livre concorrência. A sociedade exigia a liberdade de suas atividades.⁵ O Estado adotou uma posição passiva em relação à economia. Nesta fase de liberalismo econômico, pode-se afirmar que não havia intervenção estatal na economia, quer direta, quer indiretamente. Também não havia regulação estatal, o mercado se auto-regulava.

A liberdade de contrato, a propriedade privada e a livre iniciativa eram os valores maiores. O poder estatal era limitado pela vontade da burguesia que consolidou o seu crescimento econômico. Embora tenha a concepção ideológica do Estado de Direito sido alicerçada na submissão do Estado à lei e no respeito aos direitos fundamentais e às liberdades públicas, em verdade a burguesia – a classe dominante que elegia, com exclusividade, seus representantes, e que detinha a renda – acabou dominando politicamente o Estado. Esse atuava para proteger os interesses desta classe, construindo, por exemplo, a infra-estrutura necessária para o progresso dos negócios (estradas, pontes, ferrovias, meios de comunicação).⁶ Na seara econômica, pois, a atuação do Estado Liberal acabou por auxiliar o bom desempenho das atividades econômicas da classe burguesa que, por ser a única com voto, tinha integral controle sobre o aparelho estatal. Havia, ademais, um sério empecilho ideológico que impedia a atuação direta do Estado na economia: como esta atuação era potencialmente lucrativa, a teoria liberal vigente a atribuía à iniciativa privada e a vedava ao Estado.⁷ Na seara social, a ação estatal não tinha maior expressão e nem a pretensão de efetuar mudanças na realidade social e econômica.

Neste contexto ocorre o advento do Estado Social, onde houve a assunção cada vez maior de novas tarefas por parte do Estado. A grande modificação introduzida tem a ver com os crescimentos quantitativo e qualitativo das funções que passaram a ser desempenhadas. O Estado Prestador adicionou, às tarefas

⁵ MAURER, Harmut. **Droit administratif allemand**. Tradução de Michel Fromont. Paris: L.G.D.J., 1994.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁷ Ibid.

tradicionais do Estado Liberal, novas missões, especialmente nos domínios económicos e sociais. Como diz Rivero⁸.

[...] mais decisivo ainda do que a extensão das tarefas tradicionais é a aparição de tarefas inteiramente novas: é todo o desenvolvimento dos **serviços económicos e sociais**, é também a proliferação de leis e controles em matéria de urbanismo, circulação, proteção do meio ambiente.⁹

O relacionamento entre a Administração e os particulares já não é mais tido como um confronto de entidades contrapostas, mas como uma relação continuada e de dependência. Desapareceu a cisão clássica entre Estado e sociedade, e entre Administração e entes privados moldada na concepção liberal. Esses se encontram interligados por relações duradouras que implicam colaboração recíproca. A existência da sociedade pressupõe a noção de Estado. Observa Moreira Neto que as grandes guerras mundiais evidenciaram o risco absurdo de entregar o destino dos povos ao Estado com alta concentração de poder e reduzida participação da sociedade. Desta forma a ascensão política da sociedade tornou-se uma necessidade imperiosa e serviu como mecanismo de autopreservação da própria civilização ameaçada.¹⁰

O Estado Prestador ou de prestações ou, ainda, o Estado Providência, como foi também denominado o Estado Social, em sua fase de apogeu, ocorrida a partir do final da Segunda Guerra Mundial, surgiu como uma espécie de “divindade laica”¹¹, como sucedâneo terreno da proteção divina. É o Estado que exprime a idéia de substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência estatal. Aparece ainda como Estado de Administração, utilizando a expressão adotada pela doutrina alemã¹², que realça o fato de ser a administração, e não a legislação ou a atividade jurisdicional, que constitui o centro da atividade estatal, sendo sua principal missão a de assegurar o bem-estar dos indivíduos e da sociedade.

⁸ RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 13. ed. Paris: Dalloz, 1980. p. 31, grifo nosso.

⁹ Onde Rivero também afirma que, até quando o Estado faz o mesmo que no século XIX, o Estado atual é conduzido a alargar consideravelmente a sua ação.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social. In: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

¹² Expressão que parece ter sido utilizada pela primeira vez por Kelsen e Carl Schmidt e que hoje é unanimemente adotada pela doutrina.

Nesta fase, multiplicaram-se as empresas públicas e configurou-se o exercício, pelo próprio Estado ou por suas estatais, da atividade econômica no campo dos serviços comerciais e industriais, ficando relegado, em segundo plano, o instituto da concessão desses serviços ao operador privado. Havia, também, intervenção indireta na atividade econômica privada através do exercício do poder de polícia no domínio econômico, com o objetivo de evitar cartéis e qualquer forma de dominação do mercado.¹³

Também dever ser aqui considerado que a passagem de uma Administração contida, porém autoritária, do Estado Liberal para uma Administração Prestadora, trouxe consigo o aumento da dependência do indivíduo relativamente aos poderes públicos. A vida em sociedade, em razão da industrialização, do urbanismo ou da questão econômica, alterou-se de tal maneira que os indivíduos passaram a depender da Administração de forma mais intensa e abrangente. Além de isso ser uma realidade objetiva, também configurou um estado de espírito, originando sentimentos de insegurança ou de insatisfação na população, fazendo com que ela reclamasse uma maior intervenção dos poderes públicos.¹⁴

2.3 O DECLÍNIO DO ESTADO EMPRESÁRIO

A partir da quadra final do século passado começamos a assistir em todo o mundo a um acentuado debate sobre o novo papel que deveria ser atribuído ao Estado na vida contemporânea, especialmente quanto ao grau e ao modo de intervenção na economia. Ocorre que o Estado Prestador havia se desviado de suas funções clássicas e passou a atuar com grande ênfase na esfera produtiva de bens e serviços.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: _____ (Coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003b.

¹⁴ Isso não é uma realidade apenas de países que não são suficientemente desenvolvidos, conforme nos dá notícia a doutrina recente do administrativista português Silva, V. (2003, p. 75), que refere pensamento semelhante ao de Forsthoff, Hans-Uwe Erichsen e Rivero (1990). O mesmo autor português cita as palavras de Rivero (1990), “[...] esta evolução repercute-se no domínio psicológico do homem reclama do Estado uma proteção acrescida e a salvaguarda da sua segurança. Sucedendo ao tema do Estado-polícia é o tema do ‘Estado-providência’ que se afirma.”

Neste período neoliberal, inaugurado nas décadas de 70 e 80, sob a liderança dos Estados Unidos e Inglaterra, plasmou-se uma transformação do papel do Estado na economia. É a época em que surgiram as privatizações das grandes empresas estatais e em que houve a quebra dos monopólios que estavam nas mãos do Estado.¹⁵

Privatização e desregulamentação foram os remédios mais importantes da receita neoliberal que foram adotadas, em dosagens diferenciadas, nas nações ocidentais.¹⁶

O Estado desempenhava um papel ativo na economia quando do advento do neoliberalismo da segunda metade do Século XX. A transformação do Estado Liberal em Estado Providência no mundo ocidental, com a exigência de atuar como empreendedor na economia (posição que até então lhe era negada), fez com que o âmbito da estrutura estatal ficasse inflado, em razão de sua atuação direta na prestação de vários serviços, inclusive os de natureza econômica. A dicotomia entre as esferas pública e privada perdeu a sua rigidez e a delimitação certa desenhada pelo modelo liberal-burguês antecedente entrou em crise, inclusive porque o Estado passou a se utilizar de meios próprios do Direito Privado. O Estado foi incumbido da satisfação de uma série de necessidades humanas, sendo que estas atividades materiais estatais passaram a ser consideradas como serviços públicos.¹⁷

A atividade econômica privada se encontrava depauperada e teve que ceder espaço para o Estado Empreendedor que passou a deter o poder econômico, com primazia. Com o prolongamento desta situação, entretanto, o aparelho estatal veio a se tornar ineficiente, já que se caracterizava por dispor de entidades prestadoras de serviços públicos que eram verdadeiros “gigantes obsoletos”. Esta situação trouxe a descrença generalizada em relação ao Estado, na prestação estatal das atividades de interesse geral para a coletividade e para o próprio Estado. Igualmente, a mesma circunstância fez com que o foco principal da reforma do Estado viesse a recair sobre a prestação dos serviços públicos ou de utilidade pública, exigindo a retirada da atuação direta estatal em vários setores.

¹⁵ DI PIETRO, 2003b.

¹⁶ SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 44-74. out./dez. 2002.

¹⁷ A partir daí, pode-se se dizer que a noção clássica de serviço público, concebida a partir da doutrina francesa, entrou em crise.

Ocorre que esta interferência estatal no mercado acabou acarretando distorções crescentes que se tornaram insustentáveis. A atuação agigantada do Estado trouxe um endividamento público interno e externo que se refletiu na crise da ausência de recursos públicos para fazer frente aos investimentos em infra-estrutura que o desenvolvimento econômico e a evolução tecnológica demandavam. O Estado organizador da vida social passou a ser considerado, ao mesmo tempo, entrave ao desenvolvimento da sociedade; demonstrando ser ineficiente na função de gerir, a partir de critérios empresariais, todas as atividades a que se propôs. Houve um crescimento desordenado do aparelhamento estatal. O modelo de execução estatal direta de todos os serviços públicos, sustentado apenas pelos orçamentos públicos, revelou-se inviável. As injunções políticas se imiscuíram na gestão do Estado Empresário tornando inexitosa a missão do bem-estar social a que se propôs, levando ao descrédito várias instituições públicas.

Com a reforma do Estado, o instituto da concessão de serviço público para a iniciativa particular¹⁸ teve êxito, porque se pretendeu instaurar um tipo de atividade menos dependente da propriedade pública e, ao mesmo tempo, instituir a concorrência na prestação de serviços públicos. Este novo modelo conduz a um novo tipo de regulação e, ao mesmo tempo, objetiva a desregulação, restaurando-se a liberdade de iniciativa. Nesta nova forma de regulação adquirem relevo as idéias de participação e negociação do cidadão, em substituição às formas unilaterais, impositivas que caracterizaram a Administração no período intervencionista.¹⁹

Neste momento, em situação inversa à do advento do Estado de Prestações, o poder econômico já se encontrava restaurado nas mãos da iniciativa privada que, por decorrência, se fazia presente para exigir as suas prerrogativas do livre mercado

¹⁸ Já existia antes, tanto no Brasil como em outras partes do mundo, e muito utilizada no transporte ferroviário, o instituto da concessão, conforme refere Silva, A. (2002, p. 51), que geralmente implicava a concessão de obra pública que era muito vantajosa para o Estado, já que a obra era feita por conta e risco do concessionário, que posteriormente também a explorava, nas mesmas condições. Do mesmo autor: “Confiar a particulares a construção de obras públicas, permitindo-lhes, em contraprestação, exercer por sua conta e risco, por prazo geralmente dilatado, os serviços a que as obras se destinavam, foi, sem nenhuma dúvida, uma fórmula de extraordinária felicidade, que só poderia ter o sucesso que efetivamente alcançou. Tratava-se, como disse Rivero, numa frase que se tornou famosa, de um casamento com separação de bens, vantajoso para ambas as partes. Vantajoso para o Estado, que nada despendia e, ao término do contrato, recebia a obra, e vantajoso para os particulares, que, conquanto investissem recursos de grande vulto, tinham assegurada por muitos anos a exploração dos serviços ajustada em bons termos, uma vez que o Poder Público, interessado como estava em atrair colaboradores privados, favorecia-lhes as condições contratuais.” (SILVA, A., 2003. Suplemento. Cadernos de Direito Público).

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: fórum, 2003c.

e da livre concorrência. Enquanto isso, os cofres públicos que se viam à frente de um pesado déficit fiscal decorrente de investimentos estatais não lucrativos, passaram a não mais deter recursos financeiros para enfrentar a evolução tecnológica, em plena ascensão, e necessitaram buscar externamente os investimentos que se faziam necessários.

A partir disso, o dinamismo econômico já se fazia presente sob forma de concorrência globalizada na economia, de modo a exigir a contenção da execução direta de atividades econômicas pelo Estado. As movimentações financeiras transnacionais decorrentes das aberturas de mercado e exsurgentes da própria revolução tecnológica possibilitaram a concorrência, total ou parcial, em setores de atividades estatais que até então eram considerados monopólios naturais. Fala-se, inclusive, em mundialização dos mercados ou mesmo em globalização dos serviços públicos que, por decorrência, propulsionam certa unidade no modelo regulatório estatal padrão. Além disso, tem forte repercussão a exigência prévia dos investidores por um ambiente regulatório estatal confiável, anteriormente estabelecido e estável. É necessário que as regras do jogo estejam já estabelecidas e que não haja maiores riscos de modificações substanciais nas mesmas, sob pena de o investimento globalizado não ocorrer.

De acordo com Ariño Ortiz, o Estado Social entrou em crise não porque o Direito a ele se impôs, mas porque faliu, não podendo pagar seus compromissos. Também entrou em falência conceitual, quanto aos seus pensadores e teóricos. Segundo ele:

Frente à crise do Estado do bem estar, não basta dizer: voltemos ao Estado liberal, ao Estado mínimo. Seria uma solução simplista. Diante da sociedade urbana e complexa na qual o coletivo substituiu o individual, o processo não tem retorno. Frente à utopia socialista, também deve ruir a 'loucura liberal' que crê que o Estado pode ser suprimido e que tudo pode ser privatizado, inclusive o dinheiro. O Estado deve permanecer e seguirá sendo grande. Mesmo com as grandes privatizações do Governo Thatcher, o setor público apenas foi reduzido em quatro pontos percentuais, de 45% para 41%. Nada coloca em questão os fins essenciais do Estado e tampouco os não essenciais mas que foram incorporados à responsabilidade deste. O que está em questão são os meios e o novo sistema de gestão.²⁰

²⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público econômico**. Granada, Espanha: Comares, 2004. p.102-103, tradução nossa, grifo nosso.

O quadro de desorganização e ineficiência estatal fomentou o pensamento neoliberal que veio a exigir uma reengenharia estatal e uma nova concepção do Estado.

Parece, assim, cada vez mais nítido, que o que parecia uma crise do Estado, *pode não ser senão uma crise de seu funcionamento*²¹. Esta conclusão pode ser extraída a partir do conteúdo de grande parte das reformas que vem sendo desenvolvidas em vários países, atualmente, que não se refere propriamente ao Estado, *mas ao seu aparato administrativo, com vistas a dotá-lo, ao mesmo tempo, de maior eficiência e de maior economicidade funcional*.²²

Ocorreu uma profunda mudança na relação substantiva do aparelho estatal com a sociedade, levando o Estado a adotar um outro modelo de gestão de serviços públicos, inclusive quanto àqueles que foram acrescidos pelo Estado Social. Em relação à anterior gestão administrativa burocrática (e, inclusive, sob a forma de monopólio), é hoje contraposta uma atuação através de empresas privadas e organizações não governamentais, capazes de assumir, com maior flexibilidade, maior eficácia e maior qualidade, a satisfação das necessidades sociais. A questão que se expôs e foi enfrentada pelos doutrinadores da Reforma é quanto à eficácia de colocar necessariamente nas mãos do Estado a prestação direta de serviços ou se o melhor seria que os próprios cidadãos se organizem, agrupando-se coletivamente para prover suas necessidades, conjuntamente, e sem a dependência do Estado.²³

Além do mais, o interesse público que justificava a atuação **direta** do Estado no domínio econômico eram os interesses políticos do Estado-nação, tais como desenvolvimento e segurança nacionais, interesse estratégico, e relevância da atividade da Administração Pública. Nesses setores, era vetada a atuação dos atores privados, existindo a supressão da iniciativa privada em setores relevantes da economia. As transformações ocorridas na era do Estado Pós-Social apontam uma

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transferências de atividades estatais a entes da sociedade**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 1998. p. 13. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/congresso>>. Acesso em: 18 fev. 2007.

²² Ibid.

²³ Ariño Ortiz (2004, p. 104) diz que Margaret Thatcher propunha a rebelião contra a “[...] cultura da dependência [...]” que consiste em fazer passar pelo Estado a organização, a prestação e o pagamento de todos os serviços, gerando um gasto público incontrolável para financiar um imenso aparato burocrático, além de acarretar uma absoluta inferioridade social do cidadão frente ao Estado.

redução da intervenção direta e o incremento de uma nova forma de intervenção indireta: o fortalecimento do papel regulador do Estado em detrimento do papel do Estado produtor de bens e serviços, com pressupostos, objetivos e instrumentos substancialmente diversos. Os objetivos dessa intervenção deslocaram-se dos interesses do Estado-nação e passaram a se identificar mais com os interesses da sociedade.

Na sociedade contemporânea, a Administração Pública permanece cumprindo um papel central e estratégico na conformação social e na intervenção econômica. Embora submetido a um processo de enxugamento de seu aparato — denominado de “dieta orgânica”²⁴—, o Estado atual não diminuiu em importância como instituição social, já que amplia progressivamente sua intervenção em todos os domínios da vida social, especialmente em sua dimensão normativa. O que parece, em princípio, ser contraditório, revela-se, *a posteriori*, coerente: nas atuais sociedades, o crescimento do papel do Estado convive com a diminuição do aparelho estatal. Os seus tentáculos invadem quase todas as dimensões da vida privada, tornando-as cada vez mais dependentes de suas regulações e controles.

Com essas profundas alterações que foram exigidas do Estado Pós-Social, tem-se que as tarefas da Administração Pública não só se diversificaram, como se tornaram mais complexas e maiores.

2.4 A REALIDADE SOCIOECONÔMICA MULTIFACETÁRIA E A COMPLEXIDADE DA REGULAÇÃO ESTATAL

Fator que não pode ser desconsiderado no processo histórico de mudanças das funções do Estado é o referente ao fato de a regulação da atividade econômica ter se tornado cada vez mais complexa.

A partir, principalmente, da Segunda Guerra Mundial, a sociedade civil ficou crescentemente complexa e dinâmica. O Estado, com seus instrumentos tradicionais de atuação e com sua estrutura tradicional, centralizada, tornou-se impotente, e verificou a necessidade de adotar mecanismos administrativos mais ágeis e

²⁴ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 51, n. 2, p. 105-119, abr./jun. 2000.

tecnicamente especializados. A normatização genérica, que se destinava a abranger todos os setores sociais, revelou-se incapaz para o Estado resolver os novos desafios.

Num primeiro estágio, a intervenção do Estado na economia se deu mediante o desempenho autônomo de parcelas das atividades estatais, através da criação de entidades da Administração Indireta, fortemente, entretanto, tuteladas pela Administração Central. A idéia é que esses entes passariam a deter especialização técnica e, inclusive, poder normativo para direcionar as novas atividades sociais de acordo com os interesses públicos juridicamente definidos.

Como a auto-regulação, ou mesmo a desregulação²⁵, dos processos econômicos e, também, dos processos sociais, aguardada pelo Estado Liberal, não funcionou a contento, o Estado Social assumiu diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como distributivista, a fim de diminuir as distorções do mercado.

O livre funcionamento do mercado defendido pelas escolas econômicas do liberalismo partia do pressuposto de que os mecanismos do mercado estariam habilitados a produzir, eles próprios e sem a intervenção estatal, a realização do interesse público, sendo que, apenas quando verificada alguma anormalidade no funcionamento do mercado, ficaria justificada a intervenção estatal.²⁶

Mais adiante, com a impotência dos mecanismos regulatórios tradicionais do Estado, mesmo daqueles utilizados através da intervenção direta na economia pelo Estado Social, surgiram os ordenamentos setoriais, com a finalidade de tornar o aparelho estatal “mais inteligente”.²⁷ O sistema jurídico deveria aumentar os seus conhecimentos sobre os processos, funções e estruturas do subsistema social regulado, e os aplicadores do Direito, por parte do Executivo, deveriam desenvolver uma ampla percepção dos fenômenos econômicos, sociais, políticos e até tecnológicos, para cumprirem satisfatoriamente suas tarefas.

²⁵ Este fenômeno, que é relacionado com as diretrizes ligadas à idéia do Estado mínimo, própria dos movimentos liberais, propõe o pensamento de que o Estado, como regra, deve se abster de regular a economia, deixando o mercado livre, sempre que possível, para estabelecer as suas próprias pautas normativas.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação dos Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 3, p. 1-53, abr./maio 2002b.

As mudanças no sistema de produção, a desvalorização do setor primário, principalmente da agropecuária, e a conseqüente valorização de setores técnico-especializados do desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, potencializados pela evolução da informática e pela globalização da economia, com intercâmbios internacionais e inter-regionais, vieram a tornar a regulação estatal mais complexa. Passaram a ser exigidas especialização e interação com os subsistemas sociais, com alteração da teoria clássica das fontes do Direito, não sendo mais as regras sociais titularizadas apenas pelo Poder Legislativo.²⁸

A Administração Prestadora teve que ficar mais atenta ao diálogo do Direito com a Economia e, por isso, não pode abrir mão de seu caráter normativo – já que está mais próxima da realidade social – sob pena de a Economia impor a sua própria lógica. Esta nova realidade exigiu a necessária especialização técnica do aparelho estatal, que deve ter poderes normativos, além de poderes de mediação e decisórios nas matérias de sua competência. A concepção é de que essas funções, de tão complexas e dinâmicas, deveriam ser retiradas do âmbito de competência do poder estatal central passando a ser atribuídas a entidades do próprio Estado, mas alheias a sua administração central, com a qual teriam liame de hierarquia. Verificou-se a necessidade de criação de novas entidades e órgãos independentes. Essas entidades deveriam ter configuração diversa, e a elas seriam atribuídas funções de supervisão e normatização, sendo que suas decisões deveriam ter autonomia técnica frente ao poder central do Estado e, especialmente, frente ao poder político.

O território da operacionalização técnica na aplicação dos comandos abstratos e gerais do Legislativo é o espaço por excelência da nova regulação estatal. Uma das características do Estado Regulador é a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente da atividade econômica privada. O Estado permanece presente no domínio econômico, mas não como partícipe ou interventor direto. Vale-se, através de intervenção indireta, do instrumento normativo, para influenciar os particulares na conformação do bem-estar coletivo. De um estágio de regramento estático, passa-se para um regramento dinâmico, com possibilidade de inovação e adaptação contínua. Faz-se necessária uma eficiente administração de resultados.

²⁸ ARAGÃO, 2002b.

A Administração Pública do Estado **Pluriclasse**, na expressão consagrada por Giannini²⁹, deixa, paulatinamente, de ter órgãos de confrontação de duas ou poucas classes dominantes, para se tornar a arena em que se embatem múltiplos interesses representados politicamente de forma pluralizada. Não se trata mais de um poder monolítico que concentra, racionalmente, os interesses da sociedade. É preciso que a sociedade retome o espaço decisório e assuma o papel de protagonista na escolha de seu destino e que o Estado proporcione isso. Não é mais apenas discutir o **tamanho** do Estado, mas que funções ele deve desempenhar, devendo ser apenas **instrumento** e um Estado **competitivo** de sociedades **abertas**.³⁰

2.4 RECÍPROCA INFLUÊNCIA ENTRE A ORDEM ADMINISTRATIVA E A ORDEM SOCIAL: ESTADO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O Estado Liberal voltou-se mais à limitação do poder para a garantia das liberdades individuais, em sentido omissivo, do que à ação do Estado, em sentido comissivo e construtivo. As instituições do poder e a repartição tradicional de atribuições entre os Poderes foram concebidas em torno da autoridade do Estado e não conformadas ao caráter prestacional e de gestão que a Administração assume hoje.

O dado novo que caracterizou o advento do Estado Social, com suas políticas sociais de saúde, seguridade social e habitação, na Europa e nos Estados Unidos, no fim da Segunda Guerra Mundial – momento em que passam a ter expressão os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos – é a existência de um modo de agir ordenado dos governos, sob a forma de políticas públicas. Esse é um conceito mais amplo que o de serviço público, já que abrange também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes privados. Enquanto os direitos individuais – ditos de primeira geração – consistem em liberdades, os direitos sociais

²⁹ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Milão: Giuffré, 1993. v. 2.

³⁰ Conforme a terminologia de Popper na obra, traduzida para o português por Milton Amado, *A Sociedade Aberta e seus Inimigos* (POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998).

– ditos de segunda geração – “[...] só podem ser realizados se for imposto a outros – incluídos aqui os órgãos públicos – um certo número de obrigações positivas.”³¹

As políticas são hoje instrumentos de ação dos governos – o *government by policies*, que desenvolve e aprimora o *government by law*.³² As políticas são uma evolução em relação ao simples **Governo da lei** em sentido formal, da mesma forma que este o é em relação ao **Governo de homens**, anterior ao constitucionalismo.³³ A crescente dependência da vida em comum em relação aos serviços criados e mantidos pelo Estado é uma constante.

Há, ainda, as políticas setoriais inseridas numa política de desenvolvimento, como a política industrial, de energia, de transportes, etc., que se relacionam com o nível e a qualidade de vida de toda uma população.

Fala-se que o **Estado de Serviço Público** foi sucedido pelo **Estado de Políticas Públicas**. A execução das políticas públicas é qualificada como um dos problemas fundamentais do Direito Administrativo.

Esse discurso nos remete ao caráter de planejamento que a Constituição Brasileira define, de maneira peculiar, como **determinante para o setor público e indicativo para o setor privado**, no artigo 174, inspirado no artigo 31 da Constituição Espanhola. A expressão política pública é mais ampla que plano, pois compreende o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do Governo, com a participação dos agentes públicos e privados. São programas de ação do Governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo. O instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem suas metas, inclusive as temporais, e os instrumentos institucionais de sua realização.³⁴ As políticas públicas transcendem, porém, os instrumentos normativos do plano ou do programa.

³¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 21.

³² Segundo Comparato: planejar o desenvolvimento sob a perspectiva institucional, ocorrendo a **substituição** do Governo da lei pelo Governo das políticas (COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989).

³³ Moreira Neto (2005), afirma que a idéia de *supremacy of law* – governo de leis e não de homens (cfe. A Declaração de Direito de Massachusetts de 1780, art. XXX) que se desenvolveu a partir da Magna Carta e se tornou a pedra angular do sistema anglo-saxão, abriga a autonomia da *common law* e de seus tribunais e não a supremacia política do Estado legislador, situação que é distinta da formulação do *Reschtstaat* na tradição germânica, que está incorporada a nossa herança do direito continental.

³⁴ Ver, a propósito, que a Constituição Brasileira, ao disciplinar a lei que institui o Plano Plurianual, de iniciativa do Executivo, determina, no artigo 165, que esta estabeleça as **diretrizes, objetivos, metas e prioridades** da Administração Federal (BRASIL. Constituição Federal (1988). **Código civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2008).

Embora as grandes linhas das políticas públicas constituam-se em opções que devem ser aprovadas pelo Legislativo, através de processo legislativo, o que importa ressaltar, aqui, é a competência do Executivo para a realização concreta das políticas públicas e a quem cabe uma atividade “formadora” do Direito. Como afirma Comparato³⁵,

[...] acontece que não foi apenas pela forma de governar que o Estado contemporâneo reforçou os poderes do ramo executivo. Foi também pelo conteúdo da própria ação governamental. Doravante e sempre mais, em todos os países, governar não significa tão só a administração do presente, mas também e, sobretudo, o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.

2.6 CRISE DO LEGISLATIVO E CRISE REGULATÓRIA DO ESTADO

De acordo com Maurer³⁶, o poder regulamentar do Executivo é um instrumento indispensável para o Estado moderno. Ele se presta a desonerar o Parlamento, que não tem a missão de regulamentar todos os detalhes e pormenores da aplicação da lei, especialmente os de natureza técnica. Além disso, a regulamentação da Administração permite uma adaptação rápida das situações que se modificam, como acontece com as questões de natureza técnica. O administrativista alemão alerta, entretanto, que subsiste, nessa circunstância, o risco de o centro de gravidade, em matéria de criação do Direito, se transmutar para o Executivo, considerando que o “fundamental”, muitas vezes, está nos detalhes.

Mesmo que não seja da tradição brasileira a existência de regulamentos autônomos e independentes,³⁷ tais como sempre foram reconhecidos na experiência francesa, onde o poder regulamentar adquiriu notável expressão, é importante, de qualquer sorte, analisar a crise mundial do Legislativo, pela impossibilidade material de previsões legislativas exaustivas e, por conseqüência, pelo aumento do poder normativo do Executivo no Estado Pós-Social.

³⁵ COMPARATO, 1989, p. 102.

³⁶ MAURER, 1994.

³⁷ Deve ser considerado que, após a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001 que deu nova redação ao artigo 84, § VI, o âmbito regulamentar do Chefe do Executivo foi consideravelmente ampliado, a ponto de a doutrina majoritária, hoje, reconhecer a existência de regulamento autônomo no Direito Brasileiro, em matérias específicas e pontuais.

A lei constitui-se na tônica do Estado de Direito, e a legalidade na “[...] extensão da teoria da soberania popular e representação parlamentar, consequência da separação dos poderes, um dos mitos mais eficazes do Estado Liberal.”³⁸ O Estado de Direito garante aos administrados que a restrição a sua liberdade ficará adstrita a hipóteses previamente estabelecidas ou originadas na lei.

As Constituições dos países orientais integrantes do sistema romano germânico colocam, entre os seus pressupostos essenciais, a noção de que a **lei** é a medida necessária de deveres, direitos e obrigações, tanto nas relações privadas como no plano de atuação pública.³⁹ A preocupação em reconhecer, exclusivamente ao Parlamento, o exercício da função legislativa parte do pressuposto de ser ele o poder representativo, por excelência, da consciência popular.

Ocorre que o incremento considerável das atividades estatais advindas da Administração das prestações veio tornar evidentes as dificuldades de previsões legislativas de todo o atuar da Administração. Passa a ser questionado o princípio da legalidade estrito ou a possibilidade de serem todas as atividades prestacionais da Administração previstas no âmbito da lei em sentido formal.

As rápidas transformações sociais, as inovações tecnológicas, a complexidade, a variedade, e a especialidade dos assuntos da vida moderna, como economia, meio ambiente, telecomunicações, urbanismo, etc., não conseguem ser disciplinadas pelos clássicos esquemas legislativos. Mister é que outras fontes normativas sejam reconhecidas, bem como que a dimensão do papel conferido à lei seja revisto. A lei não é mais a fonte normativa absoluta. Deve ser admitida uma disciplina complementar que compete à Administração Pública. Esta normatividade complementar que se iniciou timidamente, hoje se afigura indispensável. Conforme refere Moreira Neto, a lei como produto das casas legislativas convive, hoje, ao lado de regimentos, regulamentos, normas reguladores de todo o tipo e, especialmente, as setoriais, podendo o fenômeno ser denominado de “*quebra do absolutismo jurídico da lei*”, já que fica evidente que a lei é insuficiente pra regradar toda a complexidade da vida humana na sociedade contemporânea.⁴⁰

³⁸ GRAU, Eros. **O direito posto e pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 172.

³⁹ O artigo 5º, § II, da Constituição Federal dispõe que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (BRASIL, 2008, p. 10). Da mesma forma, o artigo 37, *caput*, determina que a Administração Pública, Direta e Indireta, deve obedecer ao princípio da legalidade.

⁴⁰ MOREIRA NETO, 2005.

Maurer⁴¹ denuncia o fato de que o princípio da legalidade realmente ganhou desenvolvimento no Século XIX e, como instrumento do constitucionalismo, se limitava a ordenar as atividades administrativas que expressavam ingerências na esfera de liberdade dos indivíduos. Para ele, a limitação da Administração à reserva da lei, restritamente, é uma idéia ultrapassada, considerando-se a importância crescente da Administração de Prestações, bem como a penetração do Direito Constitucional em todos os setores da atividade estatal. Disso resulta que o domínio reservado à lei não é mais total (*totalvorbehalt*) e que, ao invés de se questionar quais as matérias e questões que constituem reserva legal, o legislador deve delegar ao detentor do poder regulamentar aquilo que é possível, bem como o grau de precisão que devem apresentar as regras legais. A resposta é dada pela “Teoria do Conteúdo Essencial” (*Wesentlichkeitstheorie*), desenvolvida pela Corte Constitucional Federal Alemã.⁴² Essa teoria se apresenta como uma fórmula em movimento, porque não é uma noção estabelecida de apenas uma única vez: quando mais uma questão aparece como essencial à coletividade e, ou, ao cidadão, maiores são as exigências que se impõem ao Legislador.⁴³

Depreende-se que a teoria alemã da essencialidade da lei contém duplo sentido: a valorização do papel do legislador em questões fundamentais e sua liberação naquelas que não o sejam. Dá-se ensejo, conseqüentemente, à abertura de outras instâncias normativas.

Nesse passo, deve ser considerado que, tanto no Estado de Prestações como, mais modernamente, no Estado Regulador, é a Administração que detém os profissionais e os conhecimentos necessários à elaboração de diretrizes e normas, especialmente quanto a questões dotadas de singularidade ou aspectos técnicos. Além disso, por ser essencialmente ativa, ela é a mais preparada para a ação momentânea e para dar respostas imediatas.

A lei não seria mais suficiente, sozinha, para realizar uma completa proteção do indivíduo frente ao Estado e tampouco o único instrumento de conformação política da sociedade. Além do aprimoramento da tutela jurisdicional do Estado, sujeita à eficácia direta da ordem constitucional, exige-se, na mesma esteira, mais

⁴¹ MAURER, 1994

⁴² Ibid.

⁴³ Para Maurer (Ibid.), as regras legais editadas devem ser precisas e estritas quando os direitos fundamentais dos cidadãos são afetados ou fortemente ameaçados, ou quando os efeitos dessas regras são mais importantes para a coletividade.

do Estado Administração, não só como mero aplicador impessoal da lei, tal como delineado por Montesquieu, mas como gestor de políticas públicas eficientes, capazes de configurar o futuro. Para bem cumprir essa tarefa, o Estado Administração não pode prescindir do papel normativo.

A verdade é que o Executivo, na sociedade contemporânea, exerce, com o poder normativo, importante parcela da função normativa do Estado, contribuindo para a formação da ordem jurídica. A importância desse poder vem aumentando em razão não só do desenvolvimento técnico como do incremento das responsabilidades do Estado – ao ponto de se falar em “hipertrofia” da Administração Pública – e, ainda, da chamada crise do Parlamento. O Estado Social exigiu um processo técnico apurado e uma celeridade que não são facilmente encontráveis num Legislativo que é composto não por especialistas, mas, por mandatários eleitos, numerosos e integrantes de um colegiado complexo por representar grupos e interesses conflitantes da sociedade.

Nota Moreira Neto que a subsidiariedade vem a ser uma nova maneira de realizar o princípio da separação dos poderes, ao qual, na sua versão original de divisão tripartite de funções, foi acrescido, primeiramente, da noção de federalismo e, após, do conceito de órgão constitucionalmente autônomo.⁴⁴ Em conformidade com o mesmo autor, “A subsidiariedade oferece uma fórmula sociologicamente adequada, eticamente perfeita e funcionalmente insuperável para a distribuição do poder não só no Estado como em toda a sociedade.”⁴⁵

2.7 SOCIEDADE PLURALISTA E PLURALIZAÇÃO DAS FONTES NORMATIVAS

Hoje é reconhecido pelos sociólogos e juristas um fato incontornável: a emergência de regulações paralelas fora das fontes tradicionais do Direito. É o

⁴⁴ Entre nós o autor menciona, como órgão constitucionalmente autônomo, os tribunais de contas, os que desempenham funções essenciais à justiça e, em outros países, os bancos centrais, os conselhos de estado e os tribunais constitucionais quando destacados do Poder Judiciário (MOREIRA NETO, 2005).

⁴⁵ Ibid., p. 105.

fenômeno do **pluralismo jurídico**, que ameaça a estrutura piramidal das normas jurídicas e o princípio de exclusivismo do Direito Estatal.⁴⁶

Surgem alternativas à regulação jurídica estatal: há um grande número de forças sociais as quais o Estado tem dado autonomia de ação e possibilidade de autonormatização, o que tem levado ao declínio do modelo de organização centralizado surgido com a modernidade. A existência de vários grupos ou centros de poder, públicos, semipúblicos ou privados, dotados de autonomia, atuando dentro ou paralelamente à estrutura do Estado, com o beneplácito deste, comprova a impossibilidade de o mesmo atuar eficazmente em todos os setores. A complexidade da vida social, seu pluralismo, tecnicidade e especialidade, bem como a velocidade de todas as mudanças, exigiu o fortalecimento e a autonomia normativa de corpos intermediários entre o Estado central e os indivíduos, cuja tarefa não é antagônica, mas complementar e integrada. Não se trata, por isso mesmo, de um retorno às antigas corporações soberanas da Idade Média, já que as novas entidades coletivas, dotadas de efetiva autonomia, devem atuar em conformidade com o sistema jurídico posto e pressuposto.⁴⁷

Quem contribuiu muito para o estudo do pluralismo jurídico foi Santi Romano, no início do século, com sua Teoria dos Ordenamentos Jurídicos, que lançou o alicerce, posteriormente, para a formação da Teoria dos Poderes Autônomos das Agências Reguladoras⁴⁸, que será, mais adiante, tratada. Segundo Santi Romano, basicamente, os corpos sociais, desde que permanentes e distintos dos seus elementos constitutivos, seriam instituições e, como toda a instituição seria, em si, um ordenamento jurídico, haveria uma pluralidade de ordenamentos jurídicos. Apesar da inegável preponderância da instituição estatal, ela não mais poderia ser considerada como o único ordenamento jurídico existente. A chamada “crise do Estado Moderno” implicaria uma enorme tendência de constituição de círculos jurídicos mais ou menos independentes.⁴⁹

As regulações do Estado devem ser reservadas aos casos em que a auto-regulação, privada ou corporativa, de grupos econômicos, culturais e sociais não

⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002a.

⁴⁷ Para utilizar a expressão consagrada por Grau (2005).

⁴⁸ Massimo Giannini é considerado o inventor da Teoria dos Ordenamentos Setoriais e partiu da concepção romaniana, indo, porém, mais adiante (ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977).

⁴⁹ ROMANO, 1977.

funcione. O Estado Pluriclasse não pode mais manter-se numa “clausura autista”⁵⁰, já que maiores centros de decisão política, dentro e fora do Estado, exibem o fenômeno atual. O Estado pluralista conduz ao pluralismo nas fontes do Direito, que deixa de ser apenas estatal. As exigências da vida em sociedade têm determinado a diversidade das fontes de Direito, dando origem a ordenamentos mais ou menos complexos e setoriais, com característica de secundários e derivados. O Direito pós-moderno ou não estatal seria, assim, um espaço normativo desocupado, cada vez mais, pelo Estado em favor da autonomia individual ou associativa a quem é emprestada legitimidade e coercitividade, se respeitadas as regras do ordenamento estatal.

É importante, nesse passo, ressaltar o relevo do estudo de Giannini⁵¹, criador da Teoria dos **Ordenamentos Setoriais**, que, partindo da Teoria Institucionalista de Santi Romano, considera que ordenamento setorial é toda entidade autônoma reguladora de determinado setor social ou econômico, a cuja estrutura o respectivo conjunto de normas jurídicas e de indivíduos participantes adere.

Existem os que ainda defendem o centralismo da produção jurídica, afirmando que todas as normas jurídicas são, de algum modo, reconduzíveis ao poder estatal, que é o único que detém poder normativo originário, do qual as outras fontes extraem a sua eficácia. Mas, o que importa, de qualquer sorte, com maior ou menor expressão que se possa dar ao pluralismo, é reconhecer o fenômeno de que, no Estado atual, cada vez mais, outras fontes normativas se fortalecem, dotadas de coercitividade e estabilidade, com reconhecimento e autorização do poder central.

Temos um Estado que abre o seu espaço normativo em favor da autonomia individual e associativa, fazendo surgir ordenamentos jurídicos derivados e parciais. O dogma da ordem jurídica unitária, típico da modernidade do Século XVIII, perdeu sua rigidez. Coexistem, na concepção e na estruturação do Estado pós-moderno, subsistemas legislativos que integram o sistema jurídico total.

Consoante Moreira Neto⁵², a Administração Pública do Estado Pluriclasse deve apresentar as seguintes características: a imparcialidade; ensejar a participação do administrado (para dele retirar não só a orientação, mas, também, o controle do desempenho estatal); buscar a eficácia e a eficiência da ação

⁵⁰ Na expressão de Campos (1994, apud ARAGÃO, 2002b), em **El Estado hacia adentro y hacia afuera em el final del siglo XX**.

⁵¹ GIANNINI, 1993, v. 2.

⁵² MOREIRA NETO, 1998.

administrativa; e, dar preferência a soluções consensuais em detrimento da aplicação de coerção.

O Estado Regulador tornou imprescindíveis o fortalecimento e a consolidação dos ordenamentos jurídicos derivados por ele exigidos, especialmente para a intervenção na economia e para a regulação dos serviços públicos que foram desestatizados.

É importante, também, referir que foi o próprio fenômeno da **desregulação**, surgido na década de 80, que conduziu a um movimento de “**re-regulação**”. Com efeito, a convicção de que o excesso e a irracionalidade da intervenção legislativa estatal, no plano da economia, comandavam a produção de regras contraditórias, ultrapassadas e frustrantes quanto à realização dos valores buscados⁵³ desembocou, mais adiante, na “re-regulação” que defendia a substituição das regras inadequadas por outras mais compatíveis com a nova realidade social e tecnológica, menos onerosas para a sociedade e produzidas com a participação da sociedade civil.⁵⁴

Na lição de Vital Moreira⁵⁵, o movimento de desregulação estatal conduziu à transferência da regulação do Estado para os grupos sociais organizados, “[...] ou seja, à devolução de áreas ocupadas pela regulação pública à autonomia dos sujeitos e dos grupos.” A criação das agências reguladoras é, assim, encarada como uma modalidade de desregulação, visto que o Estado central abre mão da intervenção direta em proveito de fórmulas de intervenção suaves. Ou, como sustenta Lazzara⁵⁶,

As tarefas de ‘garantia’ e ‘regulação’ aumentam em medida diretamente proporcional à diminuição da produção ‘direta’ de bens e serviços: quanto mais o Estado se afasta dos fatores da produção, tanto mais deve reforçar as funções orientadas a suprir a supressão das garantias legais inerentes ao sistema de produção básica de bens e serviços.

O conteúdo desse novo instrumental legislativo do Estado pós-moderno e Regulador assume, especialmente na normatividade técnica, contornos diversos. Ao invés de determinar, as proposições são de incentivo, orientação, e sugestão, ou

⁵³ O movimento de desregulação se fundamenta na inadequação e da falta de previsibilidade da intervenção estatal e da ausência de consciência dos órgãos regulatórios quanto aos efeitos econômicos de suas deliberações, pugnando, inclusive, pelo absentismo estatal.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, 2002.

⁵⁵ MOREIRA, Vital. **Auto regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997b. p. 77.

⁵⁶ LAZZARA, 2001 apud JUSTEN FILHO, op cit.

seja, incorporou um convite aos destinatários à adoção de parâmetros definidos. Outras vezes, soluções negociadas são propostas para a composição de interesses através de contratos. É o a doutrina chamada “direito suave” (*soft-law*).⁵⁷

A elaboração teórica e legislativa dos ordenamentos setoriais dos entes reguladores, com seu dinamismo, independência, especialização técnica, e valorização de soluções consensuais, deve ser valorizada como instrumento importante de intercomunicação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais envolvidos (econômico, familiar, cultural, científico, religioso etc.).

⁵⁷ JUSTEN FILHO, 2002.

3 MUTAÇÃO E REINTERPRETAÇÃO DE INSTRUMENTOS CONCEITUAIS DE PARADIGMAS TRADICIONAIS DO DIREITO PÚBLICO

As mudanças trazidas com o processo mundial de reforma do Estado, evidenciado a partir da segunda metade do Século XX, ocasionaram profundas mutações em instrumentos conceituais inseridos em paradigmas tradicionais do Direito Administrativo. O processo trouxe consigo a introdução de novas necessidades que foram revestidas de institutos que até então eram inexistentes ou que tiveram que ser reinterpretados. As inovações trazidas não se produziram como possa, ao início, ter parecido, apenas na seara do Direito Constitucional. Com a definição de novos objetivos e metas serem perseguidos pelo Estado moderno, houve o reflexo destas demandas também na seara do Direito Administrativo. Ocorre que o processo de reengenharia do Estado, especialmente quanto a sua administração pública, não se deve, precipuamente, a razões ideológicas ou por deduções de pensamentos filosóficos, mas, a fatos da realidade mundial, especialmente relacionados com a economia. Os fatos econômicos e seus desdobramentos nos campos sociais e políticos colocaram em xeque as estruturas e fundamentos de todo o Direito Público.

3.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A temática do Estado Regulador remete a uma necessária releitura do princípio da separação dos poderes legado por Montesquieu, demandando uma atualização de acordo com a perspectiva do pluralismo das fontes do Direito e da descentralização normativa do Estado pós-moderno. Não é mais possível praticar uma leitura mecânica do princípio da separação dos poderes, sem adaptá-lo às novas circunstâncias e aos novos atores da sociedade atual. Não pode ser apenas um dogma constitucional do Estado Democrático de Direito, devendo ser encarado como um conceito “vivo” e não estático. Seu conteúdo sofreu uma substancial

alteração, que merece ser analisada. Conforme ensina Barroso¹, “[...] toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico.”

Concebido como uma divisão tripartida das funções estatais atribuída a órgãos e poderes distintos, a formulação da Teoria da Separação das Funções tinha por meta, na origem, pôr um termo final no Estado absolutista francês vigente, ou seja, na concentração de poderes nas mãos de um monarca. Igualmente, como acentua Cléve², o postulado serviu à defesa das garantias dos particulares frente ao Estado, como mais uma limitação ao exercício da autoridade, deslocando-se a titularidade do poder soberano e favorecendo a construção da Teoria do Poder Constituinte. Nesse sentido, destaca-se a influência do pensamento de Rousseau, em sua obra **Do Contrato Social**, sobre a supremacia da vontade geral, acima da qual não há qualquer poder.³

O postulado da separação serviu de fundamento ao Estado Liberal, que o identificou com a liberdade individual. Montesquieu, ao formular a rígida separação das funções, estava preocupado em limitar o Estado, para que houvesse liberdade. Não havia a preocupação com a eficiência dele, que é preocupação pós-moderna.⁴

O momento culminante do princípio da separação dos poderes reside na contraposição entre Legislativo e Executivo, que, nos primeiros decênios de sua aplicação efetiva, significou, freqüentemente, o confronto entre o princípio democrático e o princípio monárquico.⁵

Não se pode esquecer que o postulado da separação dos poderes tinha como pressuposto dar supremacia ao Legislativo, não só em relação ao Executivo, mas também ao Judiciário. A enorme influência da teoria atribuída a Montesquieu⁶ na

¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a. p. 304.

² CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

³ Considere-se que o pensador francês defendia a soberania popular plena e era adepto do monismo no poder, devendo haver apenas um centro único de poder no Estado, excluindo, conseqüentemente, qualquer outro pólo de poder além do Legislativo soberano.

⁴ O princípio da eficiência como princípio constitucional positivo ingressou na ordem constitucional brasileira com a Emenda Constitucional nº 19/1998, que o introduziu expressamente na cabeça do artigo 37 (BRASIL, 2008).

⁵ Correia afirma que, ao longo do século XIX, em fases distintas, esses dois princípios coexistiram na França, na Alemanha, na Itália, na Espanha, e em Portugal. O princípio democrático funcionou, nos primeiros tempos, apenas como fator de parcial limitação do princípio monárquico (CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003).

⁶ Para quem, os juízes eram apenas “a boca que pronuncia a lei”, e o Judiciário seria, de algum modo, nulo.

Europa, à qual se agregaram Locke e Rousseau, acarretou a tardia adoção, no continente, do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.⁷

Noutra direção, foi o caminho trilhado pelo mesmo princípio, posteriormente, pelos Estados Unidos da América, onde, na Constituição de 1787, a República foi constituída para manter, a favor do Presidente, a imagem de um rei do Século XVIII, que o nivelava ao Legislativo. O Judiciário aqui não era um poder menos importante, como para Montesquieu. Segundo o administrativista português moderno, Correia⁸, isso se deu tanto pela legitimação popular do Congresso e do Presidente, que impedia que se estabelecesse a idéia de supremacia de um em relação ao outro, diferentemente do que ocorria na Europa, como pela desconfiança em relação ao Parlamento Britânico, que era visto, nos EUA, como símbolo da opressão da metrópole na colônia.

A verdade é que o princípio da separação desenvolveu-se, nos Estados Unidos, voltado à otimização do desempenho das funções do Estado, postulado da divisão de trabalho, hoje difundido na doutrina dos “*checks and balances*”, dirigida não a um equilíbrio permanente entre poderes separados, mas, sim, à predominância cíclica de cada um deles.

No constitucionalismo moderno, esse enfoque permitiu renovar a leitura do princípio, fazendo com que a tônica não seja a **independência funcional** de cada poder estatal, mas, sim, a **interdependência institucional**, traduzida num complexo regime de colaboração entre os poderes. Ainda segundo Correia, o fulcro do princípio transferiu-se de uma **compartimentação entre órgãos** para uma **compartimentação de funções**. Isso ocasionou o aprofundamento da distinção material das funções e dos atos que lhes correspondem – como é a célebre distinção entre lei formal e lei material – e também das várias espécies de regulamento do Executivo, com maior ou menor autonomia em relação à lei; da classificação dos atos normativos do Executivo; e da análise e do âmbito do poder normativo respectivo.

No Estado Social, a Administração perde a sua vertente absenteísta quando é chamada a atender às necessidades básicas da sociedade e ao passar a ser protagonista social e econômica. O foco deixa de ser o Legislativo e passa ao

⁷ O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis só foi concebido, na Europa, na Constituição austríaca de 1920, por influência direta de Kelsen, mais de meio século depois do primeiro caso — *Marbury versus Madison* — apreciado pela Suprema Corte norte-americana, em 1803.

⁸ CORREIA, 2003.

Executivo, mais habilitado a responder aos anseios sociais, de forma rápida e eficaz. Com papel de destaque e incremento de funções administrativas, a Administração passa a exercer funções ditas atípicas⁹, inclusive de caráter normativo. A verdade é que cabe ao Executivo exercer a liderança política, visto que boa parte das novas e recentes funções conquistadas pelo Estado a ele foi atribuída. O indivíduo necessita, hoje, do Estado para tudo. Representa o pai de quem tudo se cobra e se espera: suprimento de energia elétrica, água, saneamento, telecomunicações, programa de habitação, educação, saúde, etc. Daí, como refere Cléve¹⁰, “[...] o relativo predomínio do Executivo, especialmente sobre o Legislativo.”

O papel da separação de poderes deixa, hoje, de ser dogma constitucional inflexível e toma mais caráter instrumental, decididamente organizatório, centrando-se na distinção entre as diversas atividades do Estado e na classificação objetiva dos modos de exercício da soberania.¹¹ É reclamada uma visão mais pragmática e menos mitificadora, que se aproxima da realidade do Estado contemporâneo. A questão da representatividade do Executivo encontra-se resolvida com a amplitude do princípio democrático, ao mesmo tempo em que o monarca absolutista deixou de existir. Por sua vez, o controle do Judiciário quanto aos atos do Executivo, inclusive os normativos, é cada vez mais intenso e eficaz.

3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da legalidade administrativa desenvolveu-se conjuntamente ao princípio da separação das funções. Significa que a Administração Pública só pode atuar quando a lei permitir e nos limites por ela estabelecidos. A formulação está contida também nos (sub) princípios da primazia (ou supremacia) da lei e da reserva legal. Pelo primeiro, os atos da Administração não devem contrariar as normas legais que lhes são aplicáveis, porque a lei tem prevalência em relação a todos os

⁹ O dogma da separação das funções tem como substrato a noção de especialização das funções, aliada a de sua separação orgânica. Cada Poder tem sua esfera de ação definida, com funções especializadas, **típicas** e preponderantes, que constituem o núcleo essencial de que fala Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed Coimbra: Almedina, 1992), ao lado das funções **atípicas** e secundárias, que necessitam ser fixadas expressamente na Constituição e que acarretam pontos materiais de contato.

¹⁰ CLÉVE, 1993, p. 40.

¹¹ CORREIA, 2003.

atos estatais infraconstitucionais. Pelo segundo, a prática de tais atos deve sempre corresponder a sua previsão em lei vigente, ou seja, todas as atividades da Administração Pública precisam observar e aplicar as leis, que podem ser substituídas pelas decisões administrativas. A questão que o (sub) princípio da reserva legal responde é *se e até que ponto* é necessária uma autorização legal expressa para que a Administração pública possa agir frente a um determinado fato concreto. Inexistente o comando legal expresso, a atividade administrativa será inválida. O mesmo professor destaca que estes dois (sub) princípios não compartimentos estanques do princípio maior da legalidade, porque estão em conexão um com outro.¹²

Conforme observa Correia, o princípio da legalidade administrativa é um fruto histórico do liberalismo. Ocorre que nas monarquias absolutas do período setecencista, a obediência dos reis às leis acontecia quanto às normas do Direito Comum que disciplinavam as relações entre os particulares e o Poder Público, representado pela Coroa e suas autoridades delegadas. Esta realidade convivia, paralelamente, com uma administração autoritária, especialmente no âmbito do poder de polícia, que se desenvolvia a margem de regras jurídicas e de controle judicial.¹³

Ocorre que, mais recentemente, com o advento do Estado de Prestações, no fim da Segunda Guerra Mundial, a lei perdeu seu caráter sagrado, que detinha quando o Legislativo apenas representava a vontade da nação. O Parlamento perdeu seu prestígio pela complexidade das demandas sociais, dando espaço para florescessem doutrinas e teorias que deram novo substrato ao princípio da legalidade administrativa. **Primeiro**, porque, com a democratização, o Parlamento deixou de ser um lugar de identidade ideológica: os partidos políticos organizados substituíram os antigos blocos parlamentares, e diversas concepções a respeito do papel do Direito e do Estado passaram a se confrontar. A lei deixou de ser a expressão da vontade geral do povo, para ser a expressão da vontade política do grupo majoritário do Parlamento. **Segundo**, porque o Estado Social, como já visto, trouxe o Estado Administrativo: o Executivo detém a maior parcela nas novas funções atribuídas ao Estado e adquire força política e jurídica em relação aos

¹² RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil**: fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹³ CORREA, 2003.

outros Poderes. O instrumento jurídico não é mais apenas a lei. Agregada ao Estado-Providência, veio a sociedade técnica, que exige do Legislativo um preparo técnico que não é ali encontrável. O discurso dos políticos não se concilia com o dos tecnocratas, que buscam resultados precisos. O Estado, dirigente e conformador da sociedade, comandante da direção da economia e que implanta políticas públicas, demanda não leis gerais, abstratas, e permanentes, mas, sim, as que tenham características conjunturais e mutáveis. **Terceiro**, porque, com todas essas circunstâncias, o processo legislativo não consegue ser célere.¹⁴

O princípio da legalidade adquiriu, hoje, contornos substantivos. A conquista revolucionária que caracterizou o Estado de Direito — a vinculação das tarefas administrativas do Estado à lei — satisfiz-se, de início, com o cumprimento formal dos comandos positivos e negativos do legislador e com a obediência das regras de competência. O constitucionalismo pós-moderno trouxe a vinculação da função administrativa também ao Direito e a seus princípios gerais. A legalidade deixou de ser apenas estrita ou mera autorização formal para a Administração só agir em busca do interesse público. São comandos para efetivamente realizá-lo, ficando a Administração jungida a responder pelos resultados efetivos de sua ação e comprometida com o seu desempenho.

Destaca Moreira Neto que a evolução histórica da legalidade passaria a ficar indissoluvelmente ligada ao princípio democrático, onde está inserida a legitimidade que significa a conformidade do agir do Estado à vontade do povo.¹⁵

Passou a haver um dever constitucional de eficiência no desempenho da função administrativa.¹⁶ A legalidade passou a ser incorporada, de alguma forma, à própria Constituição. A Constituição programática se expandiu, em densidade diversa, sobre todos os domínios da vida em sociedade, trazendo princípios que tem o efeito de limitar, controlar e tornar mais ativa a ação administrativa do Estado.¹⁷

¹⁴ CLÉVE, 1993.

¹⁵ MOREIRA NETO, 2005.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 105-117, jan./mar. 2006.

¹⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras. **O estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

Neste sentido, aponta Figueiredo que a legalidade deve ser compreendida como “A conformidade com a lei e a estrita compatibilidade com os princípios constitucionais da função administrativa e com os vetores constitucionais.”¹⁸

O princípio da legalidade carece de revisão, do mesmo modo que o princípio da separação das funções. A Administração não se resume a uma atividade meramente executiva.¹⁹ A ela são atribuídas funções planificadoras, normativas, de gestão financeira, de produção de bens e serviços, e de regulação de serviços públicos que foram repassados à iniciativa privada. O princípio da eficiência vincula diretamente a atividade administrativa, obrigando-a a apresentar resultados. A eficiência tem exigências substantivas e não se contenta com o mero cumprimento formal da lei.

Hoje, mais relevante que o princípio de legalidade é o da existência de uma ordem jurídica justa, que se encontre amparada por valores e princípios que lhe dêem consistência, coerência, e coloração. Não é apenas na lei que o Executivo vai encontrar solução para suas questões. Na Constituição e nos princípios por ela acolhidos, expressamente ou implicitamente, é que a Administração está jungida, para desempenhar seu papel. O constitucionalismo assumiu a tarefa que antes era atribuída à lei e deu nova resposta à crise da lei.

O Direito frente à lei e a função administrativa frente ao princípio da legalidade são equações que sempre apresentam resto em favor dos primeiros: o Direito e a função administrativa. Os dois conceitos são mais amplos e não se contêm na lei. Conforme Comparato²⁰, “[...] a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente.”

De acordo com Correia²¹, não é pacífica nos dias de hoje, a questão das vantagens e inconvenientes do alargamento da intervenção parlamentar e até aos limites da cobertura integral da definição dos fins e dos meios das políticas próprias dos Estados. Muitos afirmam que, dado o seu caráter de órgão eminentemente representativo do povo (“[...] caixa de ressonância para efeito de informação e

¹⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 167.

¹⁹ A afirmação atribuída a Zanobini (1958, t. 1) de que administrar é aplicar a lei de ofício, que enorme repercussão teve na doutrina brasileira, se encontra hoje completamente superada, frente aos novos desafios que foram conferidos ao Executivo.

²⁰ COMPARATO, 1977 apud ARAGÃO, 2002a, p. 89.

²¹ CORREIA, 2003.

mobilização da opinião pública e local por excelência de repercussão dos interesses pluralistas”), ao Parlamento têm que ser assegurados a suprema direção política do Estado, o papel de conjugação das posições conflitantes em termos que não comprometam o mínimo indispensável de coesão social, e, ainda, a reserva absoluta do estabelecimento do painel normativo das liberdades e dos direitos fundamentais.

Outros, entretanto, opõem a inadequação funcional da instituição parlamentar para produzir todos os critérios de base necessários à condução de uma sociedade de estrutura crescentemente complexa, cujos problemas, cada vez mais, dependem da técnica. A complexidade da sociedade técnica não se compadece, segundo o mesmo autor português, com “[...] a universalidade da estatuição normativa, em cuja vigência à escala nacional os fundadores dos regimes constitucionais julgavam ver um valor absoluto, influenciados que estavam pelo racionalismo oitocentista.”²² Embora não sendo mais a única faceta da legalidade administrativa, o Parlamento ainda seria a mais importante dentre elas.²³

Mais adiante, o mesmo autor, com muita propriedade, refere:

[...] de um modo geral, os ordenamentos constitucionais salvaguardam a supremacia política do parlamento, atribuindo-lhe em exclusivo os poderes de revisão constitucional, reservando-lhe o exercício da atividade legislativa sobre matérias reputadas essenciais à vida em comunidade e fazendo depender da sua confiança o desempenho de funções de governo. **No que toca, porém, à repartição de responsabilidades e tarefas entre parlamento e estruturas encarregadas do desempenho das atividades administrativas, as opiniões dos teóricos são tão discordantes como as soluções concretas reveladas pelo exame comparativo [...]** *A metamorfose do Estado, de ‘guarda noturno’ em suprema atividade repartidora de rendimento e prestadora de bens e serviços, suscita uma tensão dialética entre a necessidade do alargamento da intervenção do parlamento a novos temas relevantes para o destino da coletividade e o perigo da sua inoperância, decorrente da excessiva dispersão.*

Em face da impossibilidade prática de uma atuação conformadora do Parlamento sobre todos os espaços de relevância primária da vida coletiva, Correia refere que alguns doutrinadores têm sustentado o desenvolvimento da atividade fiscalizadora do Parlamento sobre a administração em troca do aumento do poder normativo a esta atribuído.²⁴

²² CORREIA, 2003, p. 42.

²³ Ibid., p. 44, grifo nosso.

²⁴ CORREIA, 2003.

3.3 PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

Uma das distinções clássica que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público está calcada na espécie de interesse que se tem em conta proteger. Afirma-se que o direito privado visa à proteção do interesse individual, enquanto o direito público contém normas voltadas a defender o interesse público. A distinção prevalece mesmo com a constatação de que tanto as normas de direito privado podem estar voltadas à proteção do interesse público – como é o caso do Direito de Família) como as de direito público podem buscar a defesa de interesses particulares – como é o caso das normas de saúde pública). Ocorreu, paralelamente, o reconhecimento do princípio da prevalência do interesse público sobre os interesses individuais, visto que as normas de direito público, embora reflexamente possam visar à proteção dos interesses privados, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público concernente ao bem estar coletivo.

Em nome do primado do interesse público, inúmeras alterações ocorreram após a decadência do Estado Liberal que pretendeu ser o instrumento da garantia dos direitos do indivíduo impondo ao Estado obrigações de não fazer. Mais adiante, o individualismo jurídico perdeu o seu espaço, passando o Direito a ser visto como instrumento para a consecução da justiça social e do bem estar coletivo. O Estado do Bem Estar Social teve que modificar a posição passiva do liberalismo para atender as necessidades coletivas. Foram ampliadas as atividades estatais no campo da ordem econômica e social. Em nome do interesse público que incumbe ao Estado tutelar, preceitos surgiram, consagrados no plano constitucional, que levam a interferência crescente do Estado na vida econômica, no direito de propriedade e nas liberdades públicas. A intervenção estatal passa a condicionar o uso da propriedade privada ao bem estar social, interfere no funcionamento e na propriedade das empresas, monopoliza certas atividades bem como a exploração de determinados bens (como as minas e riquezas do subsolo), além de permitir a desapropriação para a justa distribuição da propriedade. Paralelamente, cresce a preocupação com os interesses difusos e com o meio ambiente e patrimônio

histórico e artístico. Tudo isso em nome do interesse público que incumbe ao Estado zelar.²⁵

O princípio do interesse público sempre teve sua sede principal no Direito Administrativo, como sua pedra angular. Dele decorre, também, a sua indisponibilidade, pela Administração, já que o interesse público é inapropriável pelos agentes e autoridades públicas. Ele é indisponível para a Administração Pública que tem o poder-dever de realizar o interesse público estabelecido na lei ou na norma constitucional. Não há aqui autonomia de vontade para o administrador público, como acontece com o Direito Privado que tutela, de regra, apenas interesses privados.

Embora possa haver a idéia de uma contraposição entre o interesse público, que tem primazia, e o interesse particular que deve ser sacrificado, o que importa ponderar, com vistas ao aperfeiçoamento do princípio, é que não pode existir um interesse público que colida com o conjunto dos interesses pessoais dos indivíduos considerados em sua qualidade de membros da sociedade – interesses da coletividade - ²⁶. Há, portanto, uma íntima relação entre o interesse público e os interesses ditos particulares que não podem deixar de ser cotejados na fixação do interesse público e no grau de limitação que ele pode acarretar. O princípio da proporcionalidade deve ser manejado tanto na prevalência do interesse público sobre os interesses privados como na hipótese de concorrência entre mais de um interesse público na mesma questão.

Afirma Moreira Neto que há grandes coincidências entre o interesse público e o interesse difuso, assim como entre o interesse público e inúmeros interesses coletivos:

A diversificação dos interesses protegidos pela ordem jurídica já não se enquadra na *summa divisio* entre privados e públicos. A caracterização dos interesses coletivos e dos difusos, interpenetrando-se e compondo-se com aqueles tradicionais, tem apagado a confortável nitidez que existia e criado perplexidades classificatórias.

Não obstante, mesmo sem profunda reflexão, é inegável que há grandes coincidências entre o interesse difuso e o público, como as há entre este e inúmeros interesses coletivos. A sociedade, tomada em seu conjunto ou através de segmentos diferenciados, porfia em assumir variadas formas de atuação direta quando se trata de certos interesses que refletem valores para ela mais sensíveis.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003a.

²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Por isso, observadores argutos como Umberto Allegretti afirmam que ‘O interesse público não pertence à própria Administração como seu próprio, mas ao corpo social ...’, levando publicistas desbravadores, como entre nós destacadamente Odete Medauar, a concluir que ‘após uma concepção da Administração detentora do monopólio do interesse público, **emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade**’.²⁷

Temos, assim, que o interesse público não pode mais ser resumido a um interesse estatal, ou a um interesse titulado exclusivamente pelo Estado e do qual esse é beneficiário direto. Não podem deixar de ser considerados, nessa equação, os interesses da sociedade que é representada pelo Estado.

Destaca Moreira Neto,

O avanço do constitucionalismo pós-positivista, ao afirmar a regrada eficácia geral dos comandos constitucionais, notadamente dos relativos aos direitos e liberdades e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, **deslocou para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público**.²⁸

Mais adiante, o mesmo autor afirma que a chave do constitucionalismo de resultado, que substituiu o constitucionalismo programático, está na efetiva realização do interesse público previsto na Constituição.²⁹

O Estado pós-moderno se viu obrigado a delegar a prestação de seus serviços aos agentes privados e impôs a eles a obediência aos princípios, dentre outros, do amplo acesso ou universalidade, e o da continuidade dos serviços prestados. Esses devem conviver com o princípio fundamental da livre concorrência que, todavia, não pode ser predatória nem geradora do monopólio de fato.³⁰ Não que ser sopesados todos estes interesses públicos em jogo, em cada hipótese concreta.

A característica desta Administração Pública, que atua cada vez por formas de atuação concertada com os particulares, nas palavras de Parejo Alfonso

[...] é a crescente dificuldade, não só da autônoma definição (abstrata e objetiva) do interesse público, mas especialmente de sua realização pela via

²⁷ MOREIRA NETO, 1998, p. 5, grifo nosso.

²⁸ Id., 2005, p. 99.

²⁹ Ibid.

³⁰ FERRAZ, Sergio. Regulação da economia e livre concorrência; uma hipótese. **RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 201-213, abr./jun. 2003.

autoritária e unilateral. De uma forma crescente, portanto, o interesse público vê-se na necessidade de induzir a colaboração da economia privada e chegar a fórmulas de concerto, transação e cooperação com grupos sociais e agentes privados.³¹

Pondera Giannini que um interesse público não pode ser mais visto apenas sozinho, mas junto com outros interesses, públicos coletivos ou privados. Chama-se primário o interesse público que uma autoridade tem por atribuição ou competência, e secundários aqueles outros interesses que a mesma autoridade deve considerar, embora não exista um critério objetivo para distinguir um do outro. Ou seja, o que para uma autoridade é interesse primário (ou público), para outra pode ser secundário. Além disso, os interesses secundários não desempenham o mesmo papel: uns servem de atenuação e outros de fortalecimento do interesse primário.³²

Igualmente, Almiro do Couto e Silva observa que a noção de interesse difuso e coletivo assumiu relevo, assim como o conceito de relação jurídica de Direito Administrativo que teve aumentado o número de sujeitos intervenientes. O fenômeno está relacionado com a questão da administração participativa. Considere-se que

Na concepção tradicional a relação de Direito Administrativo era predominantemente bilateral, vinculando o Estado e o destinatário imediato do ato administrativo, ou na hipótese de contrato, o outro contratante. [...] A relação de Direito Administrativo tornou-se, pois, muito freqüentemente, uma relação pluripessoal, mudança que está obviamente ligada à democratização da defesa dos interesses públicos, difusos e coletivos perante o Poder Judiciário e as novas formas de democracia participativa na tomada de decisões pelo Estado, quando no exercício da função administrativa.³³

3.4 CRISE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O conceito de serviço público, construído a partir da doutrina francesa posterior aos atos revolucionários que puseram fim ao absolutismo, foi concebido como noção aglutinadora do Direito Administrativo, com o propósito de justificar toda a ação administrativa do Estado. A noção de serviço público era o meio de

³¹ PAREJO ALFONSO, 1990 apud SILVA, 2003, p. 126.

³² GIANNINI, 1993, v. 2.

³³ SILVA, A. 2003, p. 196.

estruturação das funções estatais. O pensamento que dava suporte às correntes ideológicas da época era o de que o Estado deveria existir, basicamente, para prestar serviços aos administrados e que o poder detido pelo Estado também estava submetido ao Direito. A teoria francesa sobre o serviço público foi erigida, no início do século passado, a partir das idéias de Leon Duguit, considerado o pai da “escola do serviço público” ou “escola de Bordeaux”, e estendeu a sua dogmática aos países latinos de raiz jurídica no modelo romano germânico, inclusive, portanto, aos latinos americanos, como é o caso do Brasil.

A teoria francesa de serviço público, originada a partir do pensamento de Duguit, foi complementada pelos ensinamentos de Gaston Jèze, igualmente integrante da escola de Bordeaux, que, tentando contornar o sociologismo e até o subjetivismo da primeira concepção, buscou dar-lhe contornos jurídicos mais determinados³⁴, valendo-se, com primazia, do aspecto específico do regime jurídico próprio e peculiar que estaria a caracterizar a prestação de serviços públicos. O regime jurídico de Direito Público é que deveria caracterizar as atividades prestadas pelo Estado. Esta concepção veio, posteriormente, a perder importância quando o próprio Estado Providência passou a adotar mecanismos jurídicos de Direito Privado, instituindo pessoas jurídicas de direito privado, como as sociedades de economia mista e empresas públicas, para prestar serviços públicos. É o primeiro dos movimentos da chamada *fuga para o Direito Privado*³⁵ da Administração pública ou do Direito Privado Administrativo da doutrina alemã.³⁶

Já a contraposição de Maurice Hauriou, que não pode ser ignorada, valeu-se do conceito de poder de império – *jus imperii e puissance publique* – como o realce mais significativo da noção de serviço público. A contribuição do mestre de Toulouse

³⁴ ARAGÃO, 2007.

³⁵ A doutrina refere, sobre este tema, a monografia portuguesa de Maria João Estorninho que afirma: “Ao longo dos tempos, a Administração Pública passou de uma fuga quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o Direito Privado, procurando escapar às vinculações jurídico-públicas que normalmente enquadram a sua actuação.” Explica, a mesma autora, que no Estado Absoluto, o Direito Privado era a “cara boa” da Administração porque era sua face do ‘Fisco’ que se sujeitava a regras jurídicas, ao lado da ‘cara má’ representada pelo “Estado propriamente dito” que, dotado de soberania, não se sujeitava ao Direito Privado. Hoje, a “cara má” da Administração é a do Direito Privado inserido no mecanismo encontrado para fugir das vinculações jurídico-públicas. Afirma, ainda, que essa promiscuidade entre o Direito Público e o Direito Privado tem acarretado a perda da consciência da unidade física do corpo administrativo, a qual ela qualifica como o fenómeno do “*corpo desconjuntado*”. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública (ESTORNINHO, 1996 apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta actividade. *Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 156-162, out./dez. 2002).

³⁶ SILVA, A., 2002.

carreada já sob o pleno influxo do Estado Social, pressupõe que o serviço público seja uma atividade que só possa ser assegurada pela força governante. Para ele, o poder de império deve ser mantido na posição primordial do Direito Administrativo, embora o serviço público, mesmo num segundo plano, guarde importante papel por acarretar uma autolimitação objetiva do poder de império.³⁷

A teoria sistematizada por Duguit desfrutou de prestígio na esfera jurisdicional por se constituir em elemento fundamental na caracterização da competência administrativa do Conselho de Estado francês. Inicialmente a teoria esteve vinculada aos critérios que fixavam a soberania do Estado e ligada à noção clássica das tarefas que eram atribuídas ao Estado pelo Liberalismo. O Estado se legitimaria por três atividades básicas: a defesa do território contra o inimigo externo (guerra), a manutenção da segurança (polícia), e a manutenção da paz social (justiça). Como o momento histórico era o da fase de abandono do dogma liberal e do surgimento do Estado Providência, Duguit já estava atento para o fato de que os governados reclamavam do Estado a prestação de demandas novas que estavam relacionadas com a idéia de solidariedade social.³⁸ A noção de soberania e de *puissance publique* ficou atenuada pela tomada de consciência de que o Estado devia aos governados algo mais que simplesmente a segurança interna e externa. O sentido da ação estatal deveria ser determinado pelas necessidades de seus habitantes. As regras criadas pelo direito objetivo deveriam dar resposta às demandas de ordem social e realizar a solidariedade social: cada membro da sociedade detém obrigações, positivas e negativas, proporcionais a sua posição na sociedade, mas, ao Estado, com poderes maiores dentro de uma sociedade organizada, porque detentor de *puissance publique*, são atribuídas maiores responsabilidades. Sua intervenção é necessária para garantir o adimplemento destes deveres relacionados à interdependência social. Os serviços públicos seriam, pois, aqueles indispensáveis à interdependência social e que não pudessem ser prestados sem a força da intervenção governamental.

Neste sentido é que afirma a doutrina francesa mais recente que a idéia de serviço público da escola de Duguit, embora não detivesse a pretensão de filiar-se a

³⁷ ARAGÃO, 2007.

³⁸ JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética. 2003a.

uma ideologia política determinada, acabou se acomodando bem, tanto na teoria do Estado Liberal quanto na do Estado Providência.³⁹

O serviço público seria, pois, o modo como os governantes deveriam realizar esta racionalidade social. A necessidade de o Estado prestar um serviço específico decorreria da constatação de que, naquele determinado período histórico, o referido serviço estava sendo usufruído pela população de forma desigualitária.⁴⁰ A sociedade e o mercado livre se revelaram deficientes na sua capacidade de gerir a interdependência social que o interesse público deve tutelar. Daí a conhecida abrangência do conceito de serviço público que é atribuída a Duguit, englobando toda a atividade cujo cumprimento deve ser **regulado, assegurado e controlado** pelos governantes, por ser **indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social** e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção da força do governante.⁴¹

O traço de maleabilidade na noção de serviço público decorreria da circunstância de que cada época apresentaria necessidades e demandas distintas. Ficando ao encargo do Estado garantir a realização da solidariedade social, a qualificação do serviço como público, pelo legislador, se modificava conforme o momento histórico vivido.

A teoria de Duguit acabou dando uma noção amplíssima de serviços públicos já que nela se compreende **todas** as atividades estatais. Neste universo estão inseridas, além das funções administrativas, as funções legislativas e jurisdicionais, e mais todas as outras atividades que tenham relevância social e que, pelas características antes enunciadas, exigiriam a presença do Estado.

Este amplo conceito foi absorvido pelos países latinos da *civil law*, inclusive pelo Brasil, gerando conseqüências e dificuldades até o presente quando se trata de consolidar o Estado Regulador e Gerencial, ou mesmo de implantar um modelo regulatório ou de agências reguladoras independentes do sistema norte-americano, que foi concebido para uma cultura e realidades distintas. Trata-se da difícil tarefa de conciliar o modelo norte americano de regulação, estabelecido em realidade

³⁹ MODERNE, Franck; MARCOU, Gerard. **L'idée de service public dans le droit des états de L'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001.

⁴⁰ A doutrina de Duguit estava vinculada ao caráter sociológico do Direito, ou seja, a força criadora desse resulta do estado de consciência da massa dos indivíduos que compõem um determinado grupo social. De outro lado, a noção de serviço público foi por ele colocada no centro do direito público.

⁴¹ JUSTEN, 2003a.

econômica e em cultura jurídica distintas, com o conceito francês de serviço público, acolhido no Brasil e que, ainda hoje, se faz presente.

Nos tempos atuais, o que fica claro é que a doutrina clássica, oriunda da França e dirigida a configurar o serviço público, teve a finalidade prática de delimitar o campo de aplicação do direito administrativo e de ser o elemento essencial na configuração do Estado, junto com a *puissance publique*.

A partir da segunda metade do Século XX passou-se a falar na crise da teoria dos serviços públicos. Rivero⁴² ressalta dois fatores básicos para este declínio. O primeiro resulta da constatação de que a ação e mesmo a razão de ser da Administração Pública não se restringem à gestão de serviços públicos. Há atividades que não podem ser consideradas como gestão de serviços públicos, como é o caso da regulamentação da atividade dos particulares inserida no contexto da polícia administrativa e que, mesmo assim, se constituem em parcela importante da ação estatal. A evidência que daí resulta, para Rivero⁴³, é que o âmbito do direito administrativo é mais largo que noção de serviço público. O segundo fator ressaltado é o fato de que na gestão dos serviços públicos, a Administração não se utiliza sempre de institutos de direito administrativo, valendo-se de regras de Direito Privado, especialmente em matéria contratual. No plano econômico e social, Rivero⁴⁴ atribui à Primeira Guerra Mundial a responsabilidade pelo enfraquecimento sobre a base do direito administrativo francês. O intervencionismo que se passou a exigir da atuação estatal, em razão da desorganização econômica e social provocada pelo conflito mundial, conduziu o Estado a executar atividades da mesma natureza daquelas praticadas até então apenas pelos particulares. A atuação estatal que respondia às expectativas anteriores à guerra tinha uma configuração mais nítida e delimitada. No período posterior, lhe foi exigida a prestação de serviços públicos de natureza industrial e, ou, comercial. O conjunto de serviços públicos foi alargado, fazendo com que sua gestão não ficasse mais contida apenas no âmbito do Direito Administrativo clássico. Passou-se admitir a noção de gestão privada destes novos serviços que foram exigidos do Estado. O Estado, para executar os serviços de natureza industrial e comercial, poderia escolher o regime de direito privado, colocando-se em pé de igualdade com os particulares e afastando-se das

⁴² RIVERO, 1980.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

normas derogatórias de direito comum que caracterizavam o regime público do serviço público. O aumento das atribuições estatais e, conseqüentemente, dos serviços públicos, demandou um atuar ágil e eficiente da administração prestadora de benefícios, exigindo a busca de institutos de Direito Privado, mais compatíveis com este novo protagonista estatal. Trata-se, conforme já aludido, da chamada *fuga para o direito privado* da Administração Pública.⁴⁵

O propósito maior da construção da teoria clássica do serviço público, concebida no Estado de Direito, foi exatamente a de impedir que pudesse a Administração escolher aleatoriamente o regime jurídico aplicável ou que pudesse se beneficiar de suas prerrogativas derogatórias do regime comum em situações em que atuasse como um particular. Isto fez com que o critério orgânico, ou subjetivo, se mostrasse insuficiente para determinar o regime jurídico aplicável ao serviço público, já que houve o reconhecimento que a Administração poderia explorar um serviço em condições idênticas as de um particular, sujeitando-se, por conseqüência, às regras de direito comum.

Na nova configuração de serviços públicos e no reconhecimento de que a atividade econômica poderia ser desempenhada pelo Estado como serviço público de caráter industrial e, ou, comercial, conforme bem destaca Justen⁴⁶, teve importância a decisão proferida pelo Tribunal de Conflito da França, em 22 de janeiro de 1921, conhecida como *Bac d'Eloka*, que afastou a jurisdição administrativa quando o caso se tratasse de serviço cujo objeto estivesse revestido de natureza econômica privada, embora os particulares não houvessem se interessado em realizá-lo.⁴⁷ Sustentou grande parte da doutrina que, a partir desta decisão, o serviço público deixava de ser um critério identificador do direito administrativo, já que embora fosse de titularidade pública, estava revestido de caráter econômico e afastava o regime derogatório da jurisdição comum.

⁴⁵ Silva, A. (2003) destaca que esta fuga para o direito privado, em verdade, significava um alargamento do espaço público, já que as entidades e órgãos estatais, mesmo perseguindo fins públicos, ultrapassavam a seara do direito público, especialmente do Direito Administrativo. Poderia se dizer, então, que não era uma privatização do público, mas uma publicização do privado, já que muitos dos serviços prestados pelo Estado, sob a roupagem privada, tinham natureza industrial e comercial.

⁴⁶ JUSTEN, 2003a.

⁴⁷ A decisão examinava um caso de transporte pago de passageiros e veículos entre um lado e outro de uma laguna, pelo governo da então colônia francesa da Costa do Marfim. No julgado foi reconhecido que ao lado dos serviços essenciais, o Estado presta outros de natureza econômica, ocupando espaços em que, embora destinados à atuação tipicamente privada, esta não se interessou em realizá-los. Reconheceu-se que nesta situação o Estado exerceria uma gestão privada do serviço público e que esse só se justificava de modo acidental e ocasional (Ibid.).

Não pode ser esquecido que o direito público econômico da Europa continental foi construído fundamentalmente em torno da idéia da intervenção do Estado no mercado e das limitações à iniciativa privada. A partir da segunda metade do Século XX, tais idéias se refletiram no Brasil, onde o Estado passou a desempenhar papel ativo na economia, seja pela intervenção direta ou indireta. A partir das alterações ocorridas mundialmente na economia, especialmente das duas últimas décadas do século passado, houve a exigência de desintervenção do Estado, de redução do seu papel de operador econômico ativo, seja como empresário ou produtor de bens e serviços e, conseqüentemente, de abertura dos monopólios públicos. Estas modificações exigiram, através das privatizações e, ou, desestatizações, o ingresso não só do capital privado como da execução dos serviços públicos pela iniciativa privada. A atuação estatal passa a se centrar, agora, na regulação da atividade econômica exercida pelos operadores privados, além do dever do Estado de defender a concorrência, não só onde ela já foi instalada como também de promovê-la onde ela ainda inexista.

Nos países que seguiram a tradição do sistema anglo-saxônico a concepção de serviço público e das responsabilidades estatais quanto às atividades de utilidade pública, desempenhadas pela iniciativa privada, possui, em relação ao sistema europeu continental, uma vertente bastante peculiar, inclusive patrocinada pela influência das idéias religiosas derivadas do protestantismo. A própria concepção e a estrutura do Direito Administrativo possuem contornos bem específicos. A disciplina que conduziu à noção das *public utilities*, bem como a necessidade de seu controle, não teve origem em construção doutrinária e teórica tal como se deu na origem da noção do serviço público. Ao contrário, foram produzidos por acontecimentos estruturais locais relacionados a fatores econômicos.

Especialmente nos Estados Unidos que herdou dos colonizadores ingleses um forte espírito de auto-organização social, o pensamento sobre a responsabilidade quanto à satisfação das atividades de interesse geral acabou gerando uma conformação social própria e peculiar. As atividades econômicas sempre foram concebidas, com desvios muito pontuais, como sendo do encargo exclusivo da iniciativa privada. Não há titularidade estatal quanto a estes serviços e, por isso, não se fala em poder concedente ou em concessão estatal dos mesmos à iniciativa privada. A concepção destas atividades de interesse geral da coletivamente tem substrato econômico. Subjaz a idéia-guia de que o mercado é

que constitui a base da sociedade democrática desde que seja correto e justo (*fair*).⁴⁸ Formou-se a consciência de que as empresas não podem abusar dos interesses dos particulares e devem agir com eficácia e eficiência, inclusive na prestação de serviços de utilidade pública (*public utilities*). Não há, frente ao Estado concebido na *common law*, grandes expectativas quanto à questão da solidariedade social, visto que esta já fora canalizada para os agentes econômicos privados. Neste modelo de mercado, é a própria concorrência quem garante a qualidade e eficiência dos serviços prestados. Preocupam-se antes com o mercado concorrencial (oferta, procura, qualidade, e quantidade), do que propriamente com os serviços públicos. As *public utilities* são vistas como bens e serviços postos no mercado, aproximando-se das *comodities* ordinárias.⁴⁹ O Estado, na sua atividade de regulação econômica, só deve agir e interferir no mercado para zelar para que a concorrência seja ao máximo possível ampliada, evitando os monopólios naturais. As agências reguladoras independentes norte-americanas disciplinam e controlam atividades econômicas concebidas como pertencentes a um regime jurídico de direito privado.⁵⁰ Atuação estatal também deve estar atenta quanto aos padrões ofertados pelos competidores, estabelecendo exigências e fixando requisitos mínimos de qualidade e preço para os respectivos serviços.

Como bem refere Almiro do Couto e Silva⁵¹, nos Estados Unidos inexistente o conceito de serviço público e praticamente toda a atividade econômica é deixada ao setor privado, sendo pouquíssimos os casos em que o Estado dela se desincumbe. O Estado limita-se a exercer a função de regular a atividade, sendo que o direito que rege a atividade estatal e as relações que essa trava com os indivíduos é basicamente o direito comum – a *common law* –, a mesma disciplina que se aplica às relações entre os indivíduos.⁵² A teoria do serviço público moldado na doutrina

⁴⁸ ARAGÃO, 2007.

⁴⁹ MOREIRA, Egon Brockmann. As Agências executivas brasileiras e os contratos de gestão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 814, p. 11-25, ago. 2003.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ SILVA, 2002.

⁵² Silva (Ibid.) destaca, ainda, que muitos países europeus e da América Latina, inclusive o Brasil, revelaram, no final do Século XX, uma tendência de rever algumas de suas concepções jurídicas que estavam bem assentadas em suas culturas, como é o caso do conceito de serviço público, para aproximá-las das que vigoram na realidade econômico-jurídica norte-americana. Esta tendência estaria intimamente relacionada com o fato de haver os EEUU, após a Segunda Guerra Mundial e a queda do muro de Berlim, assumido uma posição hegemônica numa economia que hoje é globalizada.

francesa tem índole jurídica e estava afastada da noção de economia e do mercado e, por isso, entrou em crise.

Afirma, também, Moderne, que a noção de interesse geral presente na concepção clássica de serviço público, a partir das idéias de Duguit, não tinha qualquer conotação econômica, apenas política. Hoje, a partir do fim do Século XX, pode-se afirmar que foi a economia quem abalou a noção de serviço público. De acordo com a atual lição francesa, pode-se atribuir novas missões ao serviço público: 1) fazer com que a parcela da população ameaçada de exclusão das prestações consideradas essenciais tenha acesso a elas; 2) permitir uma **coesão social** e o sentimento de pertencer a uma comunidade; 3) permitir uma **coesão territorial**, ou seja, favorecer a utilização eficaz e equilibrada do território e dos recursos comuns.⁵³

A comunidade econômica européia bem como o processo de integração que dela resultou trouxeram evoluções na noção de serviço público. O Tratado de Roma gerou conseqüências não só políticas e culturais, como econômicas. A condução foi no sentido de modelo econômico neoliberal voltado à liberalização do mercado e à redução da intervenção estatal ao mínimo necessário à manutenção daquele. O Estado deve ser eficiente na geração do bem-estar econômico do povo, mas, também, deve zelar por uma concorrência ampla. O direito comunitário visa à proteção contra os abusos de poder econômico aliada à promoção da igualdade de condições entre os agentes econômicos.⁵⁴ O patrocínio estatal da livre concorrência, aliado à alocação de recursos ao desenvolvimento da inovação e do progresso tecnológico, tende a aumentar a qualidade de vida de regiões menos desenvolvidas, trazendo benefícios a grupos menos favorecidos da população. Como bem enuncia a mesma administrativista Justen⁵⁵, a liberalização que vem acontecendo nos países ocidentais não representa uma volta ao modelo econômico liberal do Século XIX, onde a lógica do mercado era diversa. Hoje, o elemento concorrencial e uma regulação para impor limites constituem o diferencial. Esta opção da comunidade

⁵³ MODERNE; MARCOU, 2001.

⁵⁴ JUSTEN, Mônica Spezia. O serviço público na perspectiva do direito comunitário europeu. **Revista de Direito da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 137-176, abr./jun. 2003b.

⁵⁵ Ibid.

européia está alicerçada nos princípios dirigidos aos direitos e às liberdades fundamentais, ao Estado democrático e de direito.⁵⁶

Neste específico aspecto parece residir importante diferenciação quanto à compreensão do princípio da livre concorrência na prestação dos serviços públicos, em relação aos países da Europa continental frente aos da *common law*. Nos últimos, como as atividades econômicas, incluídas as *public utilities*, sempre foram consideradas como órbita exclusiva da iniciativa privada (não esquecendo que são os interesses privados que movem o sistema através do *judge-made law*), o valor que é atribuído ao livre mercado e à amplitude da concorrência detém uma finalidade em si mesmo que é ao menos igual, senão maior, que a proteção da qualidade e da modicidade de preço suportada pelo usuário.

Ressalta Almiro do Couto e Silva que, na Europa, no âmbito do Direito Comunitário, foi travado importante debate sobre o conceito de “*serviço de interesse econômico geral*”, inicialmente referido no Tratado de Roma (art. 90 – 2, atual art. 86 - 2⁵⁷), e a que o Tratado de Amsterdam, de 1997, deu ênfase especial, ao inseri-lo no plano dos valores comuns da Comunidade, destacando sua importância *na promoção da coesão social e territorial da União*. O desafio seria fazer com que o conceito comunitário de serviço de interesse econômico geral, de raiz liberal e econômica, e cada vez mais próximo da noção anglo-americana de *public utilities*, pudesse se acomodar ao conceito francês de serviço público, adotado por outros países da Europa.⁵⁸

Embora distintos os fatores culturais e históricos nos quais tiveram nascedouro a teoria do serviço público da *civil law* e a concepção das *public utilities* do direito anglo-saxão, está ocorrendo, na passagem no Estado Providência para o Estado Gerencial e, ou, Regulador, uma certa aproximação conceitual de ambos os institutos, na medida em que o neoliberalismo, ao retirar da execução estatal a prestação e, inclusive, a própria titularidade estatal, de muitos dos serviços, privatizando-os, colocou sob a responsabilidade da Administração a garantia da eficiência e da qualidade desta prestação privada de serviços públicos, bem como a

⁵⁶ O Tratado da Comunidade Européia expressamente declara e assegura, em seu artigo 3º “[...] a coerência e a continuidade de suas ações para atingir os seus objetivos.” (JUSTEN, 2003b, p. 139).

⁵⁷ A regra submete as empresas incumbidas da prestação dos serviços de interesse econômico geral às regras da concorrência desde que a aplicação dessas não impeça a realização da missão particular a que se destinam (SILVA, 2002).

⁵⁸ Ibid.

promoção da concorrência igualitária. Conforme refere Aragão⁵⁹, os Estados da Europa continental, ao invés de manterem a titularidade estatal dos serviços públicos com natureza econômica e mecanismos de mercado em relação aos delegatários, “[...] foram além, destitularizando a atividade, que passou a ser uma atividade privada regulada, mas não titularizada pelo Estado, ou se quisermos adotar outra nomenclatura, passou a ser uma *public utility*.”

3.5 A DOGMÁTICA DO ATO ADMINISTRATIVO FRENTE À CONTRATUALIZAÇÃO E À PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

O modelo de Administração Pública surgido com o Estado Liberal caracterizou-se, dentre outros aspectos, por fazer do ato administrativo o seu modo quase exclusivo de agir e por apresentar uma organização administrativa com estrutura concentrada e centralizada hierarquicamente. O modo normal e quase exclusivo da atuação da Administração Pública era o ato administrativo, entendido como ato de autoridade,

[...] o que era sintomático de uma determinada visão substantiva das relações entre a Administração e o cidadão, a visão do Estado liberal de Direito. Nele, a Administração, de atuação intermitente, era vista como uma realidade potencialmente agressiva dos direitos dos particulares. Daí a construção teórica do ato administrativo visto como uma manifestação de poder.⁶⁰

O aspecto contraditório reside em que o ato administrativo do Estado Liberal concilia uma vertente autoritária, de exercício de um poder estatal, com uma vertente democrática decorrente do princípio da legalidade, que é uma garantia para os cidadãos. Considere-se que a ideologia do liberalismo político via a Administração como uma entidade agressiva, cuja intervenção precisava ser contida, por ser potencialmente lesiva dos direitos dos cidadãos. A separação entre sociedade e Estado era vista como necessária para a liberdade individual. Esse é o modelo típico do Estado Liberal que foi exportado pela Revolução Francesa para os

⁵⁹ ARAGÃO, 2007, p. 106.

⁶⁰ SILVA, V., 2003, p. 40.

demais países da Europa continental, seja para aqueles de regimes políticos liberais, seja para os de regime autoritário, como a Prússia.

De acordo com Vasco Silva⁶¹, a própria noção de Administração Pública, em sentido orgânico e subjetivo, surgiu dos propósitos racionalizadores do Estado Liberal. E mais, a noção de ato administrativo teve, por berço, o contencioso administrativo, enquanto “expressão prática do princípio da separação entre Administração e Justiça”, ou, mais exatamente, como manifestação da concepção francesa da separação dos poderes. Segundo o mesmo doutrinador, a noção processual de ato administrativo antecede a sua conceitualização substantiva, visto que a função prática do conceito de ato administrativo foi a de delimitar os comportamentos da Administração que são suscetíveis de recurso contencioso para fins de garantia dos particulares.

Ocorreu, porém, que as transformações introduzidas pela Administração Pública prestadora foram de suma importância à dogmática do ato administrativo. De uma Administração agressiva, autoritária, mas contida, evoluiu-se ao crescimento do número de atuações administrativas e sua diversidade. A frequência e a intensidade do atuar administrativo do Estado, em suas diversas modalidades — planos, diretivas, atos e contratos administrativos, regulamentos, instruções e atividade técnica —, fizeram com que o panorama tenha mudado. Do mesmo modo, a privatização de muitas atividades administrativas do Estado pós-moderno fez com que fossem adotados, cada vez mais, os instrumentos do Direito Privado e a contratualização, ao invés do ato unilateral.

A dogmática clássica que fazia do ato administrativo o centro de gravidade da Administração, porque era o instituto dominante no tipo de atuação estatal exigida, é totalmente inadequada para explicar a realidade atual. Segundo a análise atual de Vasco Silva⁶², essa situação se deve a duas razões principais. **Primeiro**, porque o ato administrativo é apenas “um momento” do complexo relacionamento entre a Administração e o particular e que não se esgota nessa atuação pontual.⁶³ **Segundo**, porque o ato administrativo não exaure todo o universo do

⁶¹ SILVA, V., 2003.

⁶² Ibid.

⁶³ SILVA, V. (Ibid, p. 119) cita, expressivamente, o alemão O. Bachof, em **Die Dogmatik des V. vor den G, der V.** (BACHOF, 1972), que afirma “[...] o ato administrativo é apenas uma fotografia instantânea que representa relações em movimento, porque ele fundamenta, cria, ou põe termo a uma relação jurídica, e porque esta relação jurídica é muito mais importante e interessante do que o ato administrativo para uma reflexão jurídico-material.”

relacionamento entre a Administração e os entes privados já que “[...] existem numerosas relações jurídicas que se fundamentam, modificam ou terminam de uma forma totalmente diferente do ato administrativo.”⁶⁴

Para o mesmo publicista português, o modelo teórico do ato administrativo, na noção clássica, tinha em perspectiva o ato desfavorável ao administrado, como é o caso típico daquele que emana do poder de polícia administrativa, capaz de assegurar a ordem pública (“administração agressiva”). A conceituação do ato favorável, que confere benefícios aos particulares, ocorreu com a mudança de modelo de Estado, ou seja, com o advento da Administração Prestadora.⁶⁵ O particular, aqui, quer que a Administração atue e solicita a sua intervenção. O ato administrativo deixa de ser visto como uma agressão à esfera individual e passa a ser um instrumento de satisfação de interesses individuais.

Com o fenômeno da “privatização”, a Administração Prestadora, e mesmo o Estado Regulador, mais atual, tendem, cada vez mais, a flexibilizar e a diversificar as suas formas de atuação, substituindo o uso de meios autoritários por outras formas de agir mais consensuais, peculiares, inclusive do Direito Privado. É uma Administração Pública “camuflada” sob forma privada, inclusive em termos de organização e de gestão. Uma das conseqüências desse fenômeno é a que diz respeito à contratualização crescente da atividade administrativa. Os pactos da Administração com os entes privados são cada vez mais freqüentes. Tem uma Administração concertada, que busca o consenso, seja através dos clássicos contratos administrativos, seja com os contratos de direito privado da Administração, todos destinados à realização do interesse público.

Almeja-se uma nova legitimação da atividade administrativa, quer nos contratos ou nos demais atos da Administração, proporcionando-se a participação dos particulares, ponderando-se os interesses em jogo e buscando-se, com o maior envolvimento das partes, a aceitação dos destinatários finais.

Quanto à exigência de participação dos particulares, pode-se afirmar que a insuficiência dogmática da doutrina clássica do ato administrativo trouxe também consigo a revalorização do procedimento administrativo, que passa a ser visto como uma alternativa dogmática ao ato administrativo. A complexidade da função

⁶⁴ BACHOF, 1972 apud Ibid., p.119.

⁶⁵ Ibid. Segundo Faber, em **Verwaltungsrecht**, “[...] o ato administrativo favorável é o instrumento ‘standard’ da Administração social [...] e das obrigações econômicas.” (FABER, 1992 apud Ibid.).

administrativa, hoje em dia, demanda uma disciplina acurada do atuar administrativo. Nas palavras de Vasco Silva⁶⁶, citando a doutrina italiana atual, o procedimento deve ser “[...] entendido como o novo “centro” do Direito Administrativo, como o conceito capaz de responder dogmaticamente às necessidades e exigências da atividade administrativa dos nossos dias.”

O procedimento administrativo, segundo a doutrina clássica, não era considerado como uma forma autônoma, como um valor em si mesmo, mas como um mero instrumento para explicar a formação da decisão final da Administração. Era apenas uma forma ou o instrumento de exercício do poder. Hoje, o mais importante é o “*iter*” da formação da decisão, qualquer que seja o seu resultado.⁶⁷ O procedimento deixa de ser visto apenas em função do ato final e passa a ser considerado em si mesmo, enquanto manifestação específica da atividade administrativa. A nova organização administrativa demanda a participação dos cidadãos, “[...] enquanto mecanismo institucionalizado de colaboração dos particulares e das autoridades públicas para a produção de decisões administrativas.”⁶⁸

O procedimento administrativo, na sua nova visão, veio alterar a feição burocrática da Administração, que hoje está profundamente transformada pela participação de indivíduos e de grupos; “[...] uma verdadeira e própria repartição do poder (‘potestade’) administrativo entre o titular burocrático formal e a pluralidade dos intervenientes.”⁶⁹

Conforme refere o mesmo autor português, a doutrina italiana aponta duas vantagens da nova corrente da valorização do procedimento administrativo. Primeiramente, a possibilidade de uniformização do tratamento dogmático de toda a atividade administrativa, já que o procedimento deve ser um fenômeno comum a todos os domínios da Administração Pública e “faz a ponte” entre a atuação da gestão pública e a da gestão privada. Em segundo lugar, traz a possibilidade de entender a integralidade da atividade da Administração, assim como do seu relacionamento com os privados, ao longo de todo o processo decisório, e não apenas no momento da prática do ato administrativo.⁷⁰ Haveria que se olhar para a

⁶⁶ SILVA, V., 2003, p. 307.

⁶⁷ NIGRO, 1987 apud *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, p. 306.

⁶⁹ NIGRO, 1987, apud SILVA, V., 2003, p. 305.

⁷⁰ *Ibid.*

atuação administrativa em sua totalidade e complexidade, não bastando olhar para o momento final onde está contido o ato administrativo.

Quanto a esta segunda vantagem, Nigro⁷¹ faz a seguinte comparação

[...] para usar um exemplo tirado da vida comercial, o ato administrativo final é como o balanço de uma empresa, que avalia a escrituração contabilística e nos dá uma representação sintética e estática. No entanto, se se quiser conhecer a situação financeira da empresa, na sua totalidade e complexidade, é necessário recorrer à escrituração contabilística, na qual se encontra uma representação analítica e dinâmica dela.

O novo sentido atribuído ao procedimento administrativo não deve ser valorizado apenas por estar dissociado do papel unilateral e autoritário da Administração, mas, também, por permitir que o procedimento seja visto não “[...] mais como uma “pertença” da Administração, antes uma espécie de condomínio, onde particulares e autoridades administrativas se tornam “cúmplices” da realização de tarefas administrativas.”⁷² Neste sentido, o mesmo jurista vê uma aproximação do modelo administrativo continental com o modelo anglo-saxônico. Refere, com propriedade, a “utopia” do italiano Sabino Cassese, que quer ver no modelo “à inglesa”, uma Administração Pública desprovida de poder.⁷³

A questão afeta ao processo administrativo, onde estão envolvidos interesses contrapostos dos administrados em relação à prestação dos serviços de interesse geral, especialmente os de conteúdo econômico, adquirendo, assim, especial relevo com o advento do Estado Regulador ou da Administração Gerencial.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Providência, repita-se, já havia aumentado consideravelmente as tarefas do Estado. Esta reengenharia do Estado trouxe consigo a necessidade de mudanças organizacionais e processuais que sacudiram o Direito Administrativo. O surto revitalizante, num primeiro momento, se refletiu apenas no âmbito do Direito Constitucional, visto que foi ele primeiro quem ganhou uma dimensão qualitativa e quantitativa com o acréscimo considerável de demandas contendo reivindicações dos administrados, em geral, e especialmente dos beneficiários dos serviços públicos de natureza econômica titularizados pelo Estado. Esta significativa normatização constitucional, que é peculiar do Estado

⁷¹ NIGRO, 1987 apud *Ibid.*, p. 304.

⁷² SILVA, V., loc. cit.

⁷³ *Ibid.*

Democrático de Direito, trouxe importantes conseqüências para o Direito Administrativo, onde aquelas expectativas e suas demandas foram canalizadas. O cidadão-consumidor frente ao Estado de Prestações foi adquirindo consciência de suas prerrogativas e dos benefícios que lhe foram assegurados.

Posteriormente, o processo de reforma do Estado, sob a onda neoliberalizante dos anos 80 e 90 do século antecedente, redesenhou e enxugou o aparelhamento estatal, com a onda das privatizações. Carreou para dentro da Administração as empresas privadas, com o seu aporte de capital e a sua concepção de gestão privada de serviços públicos específicos, reservando ao Estado, a responsabilidade pelo planejamento da atividade e controle de sua execução. A regulação econômica passou a ter como atributo não só o de garantir a concorrência entre as prestadoras privadas do serviço público como também o de garantir a adequada prestação do serviço. Da anterior ineficiência do Estado empresário, paternalista e burocrático, além de depauperado com déficit fiscal elevado, teve que surgir a administração pública gerencial para garantir padrões de qualidade na prestação delegada dos serviços públicos, com as normas técnicas adequadas.

Disso decorreu a valorização do processo administrativo⁷⁴ e a preocupação com o seu adequado e efetivo desenrolar, obedecendo a regras e princípios próprios que não coincidem, em todos os aspectos, com aqueles que regem o processo perante o Poder Judiciário. Uma das diferenças fundamentais do instrumento que serve para a solução de controvérsias ocorridas no seio da Administração Pública está em que esta mesma Administração é partícipe da relação jurídica conflituosa.

A procedimentalização da atividade administrativa e a sua disciplina própria se fazem importantes para o cidadão-administrado, já que lhe é proporcionado efetivar um maior controle, quer quanto ao mérito, quer quanto à própria legalidade da ação administrativa. Permite, outrossim, uma transparência acentuada, aumentando as possibilidades de defesa de seus direitos frente ao Estado. Do lado do administrador público, a adequada instrumentalização da via administrativa permite uma maior racionalidade e eficiência, propiciando, no âmbito de seu controle interno, uma fiscalização mais efetiva que permitirá que seja feita uma depuração

⁷⁴ Ressalte-se aqui a introdução do princípio da eficiência para a Administração pública brasileira, pela Emenda Constitucional n. 19/98 que, por sua vez, deu o norte para a disciplina do processo administrativo no âmbito federal, resultante da edição da Lei n. 9784, de 29.01.99, antecedida pela respectiva lei estadual paulista de n. 10.177/98.

racional e pontual na correção futura de suas irregularidades. Fornecerá, ademais, aos órgãos públicos, maiores elementos para que os respectivos atores não incidam em formalismos estéreis.

Assinala Sérvulo Silva que a participação dos privados, além de permitir a ponderação, pela autoridade administrativa, dos interesses de que são portadores, conduz a uma melhoria na qualidade das decisões, permitindo uma correta apreciação dos problemas de suas perspectivas, além de permitir que eles sejam aceitos pelos seus destinatários.⁷⁵

3.6 PODER ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

O significado a discricionariedade administrativa, como exercício de poder, reconhece ao administrador público, em certas circunstâncias, uma certa flexibilidade de atuação, permitindo-lhe optar por uma dentre várias condutas lícitas. Os atos administrativos discricionários são sempre contrapostos aos atos administrativos vinculados, onde o administrador está inteiramente jungido à lei. A discricionariedade constitui um aspecto que não pode ser dissociado da função de administrar, já que esta não significa apenas *executar*, mas também *gerir* interesses.⁷⁶ Considere-se, aqui, que a função administrativa é a remanescente em relação à função legislativa e à função judiciária, que tem fins específicos.

De acordo com Bielsa, “Administrar é algo mais que executar, pois se executar é cumprir o que foi ordenado, administrar é conceber e levar de imediato à prática a concepção ou disposição, com critério de oportunidade, de eleição de meios, de economia, de maior eficiência, etc.”⁷⁷

A questão polêmica sempre colocada é quanto aos limites jurídicos da discricionariedade administrativa, seja em razão do alcance do controle judicial sobre os atos administrativos, seja em razão do próprio princípio da legalidade. Especialmente a partir da segunda metade do Século XX, com as profundas mudanças ocorridas no sistema capitalista do Estado pós-moderno, o tema vem

⁷⁵ SILVA, V., 2003.

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A discricionariedade**: análise de seu delineamento jurídico: discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

⁷⁷ BIELSA, 1955, t. 1 apud Ibid., p. 21.

sendo debatido em sede doutrinária. O conceito teórico de discricionariedade administrativa é controvertido, especialmente quanto a sua extensão. A visão de que a dose de liberdade de escolha, sob os critérios de conveniência e oportunidade, da ação discricionária da Administração, estaria contida na lei representa uma ficção, visto que essa ação precisa adaptar-se constantemente a circunstâncias particulares e mutáveis, que a norma não pode prever. As leis deixaram de expressar verdades universais para passar a ser instrumentos da realização de políticas finalísticas.⁷⁸

O jusnaturalismo liberal desembocou, nas últimas duas décadas do século passado, numa intervenção estatal na ordem econômica e social. Primeiramente, com o Estado de Prestações, com intervenção direta, e depois com o Estado Gerencial, de intervenção indireta, de natureza normativa e regulatória. A criação das agências reguladoras com competência normativa, além das executivas e judicantes, veio inserida na concepção de institucionalizar um braço no Estado, afastado do poder político e, por consequência de critérios e paixões político-partidários, volúveis por sua própria natureza. A esses novos entes do Estado foi atribuída, no âmbito normativo, a discricionariedade técnica.⁷⁹

A discricionariedade técnica está estreitamente ligada ao grande desenvolvimento do setor tecnológico, visto que algumas atividades técnicas atingiram alto grau de complexidade. A dificuldade não se cinge apenas à tarefa de criação normativa, ou seja, com a questão da crise do Legislativo já referida, mas, ao contrário, alcança a própria necessidade de acompanhar as alterações exigidas pela normatização já instituída, sendo que estas alterações se sucedem com incrível celeridade.⁸⁰

Como as normas jurídicas são cada vez mais instrumentos da realização de políticas públicas dirigidas a sociedades cada vez mais complexas, a regulação estatal se tecnicizou. Podemos dizer que também o poder discricionário da Administração Pública se tecnicizou. Ou seja, apenas apurando a melhor técnica, os meios poderão ser corretamente avaliados com vistas à realização das finalidades propostas.⁸¹

⁷⁸ ARAGÃO, 2002a.

⁷⁹ A teoria a respeito da discricionariedade técnica foi desenvolvida especial pela doutrina italiana em especial, por Giannini.

⁸⁰ CARVALHO FILHO, 2005.

⁸¹ ARAGÃO, op cit.

De acordo com Moreira Neto, passou-se a distinguir com maior rigor e freqüência a discricionariedade político-administrativa, que continua a ser relevante à tomada de decisões politicamente orientadas, da discricionariedade técnica, que deve ser adotada sempre que a melhor decisão prescindir da consideração de quaisquer outros fatos que não os que possam ser objetivamente avaliados. Estabelecida esta distinção, fica mais fácil *reconhecer a conveniência de não politizar o que pode ser simples e expeditamente decidido com elementos meramente técnicos*.⁸²

Pode-se estabelecer que a discricionariedade técnica difere da discricionariedade pura ou administrativa, na medida em que, na primeira, o administrador deve proceder conforme critérios técnicos e administrativos determinados, enquanto, apenas na segunda, há uma verdadeira liberdade de decisão por critério de oportunidade, de acordo com o interesse público. Segundo Giannini⁸³, a distinção entre a discricionariedade pura e a discricionariedade técnica está em que, naquela, há lugar para uma eleição entre alternativas de satisfazer o interesse público e, na última, apenas a utilização de critérios técnicos para apreciação de um fato determinado por um conceito jurídico indeterminado. Ou seja, na primeira, juízo de valor e vontade do administrador convivem e, na segunda, somente haverá juízo de valor, embora, na apreciação de conceitos jurídicos indeterminados, mesmo com a adoção de critérios técnicos, poder-se-á dar margem a mais de um resultado, mas, isso representaria apenas uma questão de graduação e não uma motivação de mérito.⁸⁴ Para o autor italiano, a discricionariedade técnica teria uma vinculação com regras e critérios técnicos e, por essa razão, não seria propriamente poder discricionário.

A concepção de que a chamada discricionariedade técnica não se vincula a um poder discricionário não é unitária. Dentre nós, Justen Filho rejeita a concepção de que o campo de atuação da discricionariedade técnica é neutro. Algumas vezes, haveria uma margem de escolha, que propiciaria um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da

⁸² MOREIRA NETO, 1998.

⁸³ GIANNINI, 1993, v. 2.

⁸⁴ Como exemplo, pode-se referir a questão de definir, na prática, o que é uma substância tóxica. Poderá haver uma graduação, mas não a liberdade de definir como tóxico o que não é.

norma. Nem sempre haveria juízos objetivos derivados imediatamente do conhecimento técnico-científico.⁸⁵

O que importa para o âmbito deste trabalho é considerar que a utilização de meios técnicos por parte da Administração Pública constitui um fenômeno importante e em plena expansão e que são cada vez mais freqüentes os setores regulados por normas técnicas. A atividade administrativa deixou de ser, no âmbito do poder discricionário, o domínio da pura escolha por critérios de mérito orientados pelo interesse público, para ser o universo da técnica.⁸⁶ A tecnicização da vida administrativa reduz o âmbito da discricionariedade, trazendo, como conseqüência, a regularidade e a previsibilidade das decisões administrativas, inclusive nas suas atuações normativas.

Relevante, neste ponto, referir o ensinamento de Freitas, no sentido de que o Estado Constitucional é *o Estado das escolhas administrativas legítimas*, onde não se admite a discricionariedade pura, intátil e sem limites e que conduz à obrigação de o administrador público justificar, na tomada de decisões, a eleição dos pressupostos de fato e de direito. O direito fundamental à boa administração pública seria norma constitucional implícita.⁸⁷

O fenômeno da tecnicização da atividade administrativa trouxe consigo, no mínimo, três conseqüências. A primeira refere-se ao aumento do poder normativo do Executivo, na medida em que a lei do Legislativo carece de detalhamentos e definições técnicas para ser implementada. A segunda tem pertinência com o recuo da Administração autoritária, já que a sua atuação segue cânones de uma conduta “legal-racional” nas regras técnicas, sendo que a gestão da coisa pública fica cada vez mais próxima de tarefas similares desempenhadas por empresas privadas.⁸⁸ A terceira considera que a utilização de meios técnicos por parte da Administração Pública permite o alargamento do controle jurisdicional, que, mesmo não sendo igual

⁸⁵ JUSTEN FILHO, 2002.

⁸⁶ ForsthoFF foi dos primeiros a enunciar que “[...] a questão de saber se, em que medida, a tecnicização do procedimento pode modificar o direito material.” (FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Tradução em espanhol. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958).

⁸⁷ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 7-8. Também refere que “O direito administrativo precisa ser convertido no direito da motivação consistente e do controle principialista e fundamentado das decisões estatais já que há o dever de escolher bem.”

⁸⁸ SILVA, V. (2003). Como exemplo da conduta legal-racional da Administração, Silva, V. (Ibid.) cita a atividade dos controladores aéreos, que, quando aconselham uma determinada altitude para uma certa aeronave, estariam praticando um ato administrativo, que, para o comandante do avião, representa uma informação de garantia de segurança.

ao das vinculações legais, possibilita a fiscalização dos casos extremos de má utilização de meios e de conhecimentos técnicos, mediante a via do “erro manifesto” ou da violação do princípio da proporcionalidade.⁸⁹

⁸⁹ Ibid. Nesse aspecto, a questão a ser analisada é a da preparação do Poder Judiciário para o exame da análise técnica, especialmente quando a mesma envolve a questão econômica.

4 O ESTADO REGULADOR E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

4.1 A CONCEPÇÃO DO MODELO DE ESTADO QUE EMERGIU DA REFORMA DO ESTADO

Na sua essência e em sentido amplo, a regulação é uma forma de intervenção do poder público sobre o campo da economia onde, de regra, a liberdade dos agentes econômicos deve imperar.¹

O considerável incremento da regulação econômica estatal adveio, entretanto, com o processo de reforma do Estado nos diversos países ocidentais, inclusive no Brasil. Trata-se de um dos temas do Direito Público que tem merecido constante atenção dos estudiosos, inclusive doutrinadores europeus onde a matéria é, hoje, de enorme importância no âmbito do Direito comunitário. Fala-se, além de Estado Regulador, do conseqüente Direito Regulatório e da Administração Regulatória.

O processo de reforma do Estado ou da Administração evidenciou a necessidade de redução do papel do Estado como agente econômico direto, deixando-o de fora, em muitas situações, da prestação direta dos serviços de natureza econômica. O excesso de tarefas que passaram a ser demandadas do Estado Providência passou a ser contestado não só pelo dano causado à sociedade, que vinha perdendo a responsabilidade e o interesse no processo de desenvolvimento, como pelo dano causado ao próprio Estado que se havia tornado uma máquina tecno-burocrática hipertrofiada e por isso, desinteressada pelo desenvolvimento.² O Estado onipresente e centralizador teve que ceder espaço para um Estado descentralizado e enxuto.

¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites a abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69-93, abr./jun. 2003; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005). O administrativista sustenta, inclusive, que a intervenção estatal direta na economia não configura regulação econômica (Ibid.).

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Aspecto relevante é sublinhado por Ariño Ortiz³, frente à indagação principal que se coloca nesta reforma estatal quanto à melhor forma de fazê-la sem que o Estado se converta em instituição dominadora da sociedade e para que as funções estatais sejam cumpridas de forma eficiente, respeitando a legalidade e a liberdade dos cidadãos. Para ele, três itens são fundamentais na reforma. No primeiro, os níveis de bem-estar já conseguidos devem ser mantidos, apenas devendo melhor detalhar os seus objetivos. No segundo, o setor empresarial público deve ser reduzido, não tendo mais sentido o grande número de empresas dos setores produtivos que vieram parar, direta ou indiretamente, nas mãos do Estado. No terceiro está o mais importante, a mudança do modelo de gestão e de prestação das atividades e serviços, inclusive os que integram o Estado do Bem-estar. O modelo de gestão **pública e monopolizada** deve ser substituído por um modelo de gestão **plural e privada**, onde as empresas privadas e as organizações não governamentais têm melhor capacidade de assumir, com maior flexibilidade, eficácia e qualidade, a satisfação das necessidades sociais. O chamado “*Marquet Testing*” do governo da Inglaterra, que serviu de inspiração aos outros países ocidentais, consiste, substancialmente, em abrir ao setor privado as atividades do setor público, com exceção daquelas que compõem o núcleo do Governo e se referem ao exercício da autoridade pública (poder de império). Ao invés de executar diretamente as tarefas empresariais, o Estado deve se converter em regulador, árbitro, supervisor, e fomentador da iniciativa privada. Para tanto, o aparelho estatal deve ser alterado, especialmente naquilo que o publicista espanhol denomina de “*Administración Institucional*”.⁴

Fala-se na passagem do Estado produtor para o regulador.⁵ A ele não cabe mais ocupar espaços empresariais, excluindo ou competindo com a iniciativa privada.⁶

³ ARIÑO ORTIZ, 2004.

⁴ Refere Ariño Ortiz (Ibid.) um Relatório do Banco Mundial de 1997, intitulado “O Estado num mundo em transformação” que reflete estas tendências.

⁵ Pereira entende que é mais apropriado falar na reforma gerencial do Estado ou na transformação em Estado Gerencial que não se restringe apenas ao papel que foi conferido às agências de regulação. Este novo Estado, de acordo com o ex-ministro (Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE, responsável pela elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995), além de democrático deve ser eficiente, eis “[...] que financia o fundo perdido os serviços sociais e de pesquisa científica e age como capacitador (‘enabler’) da competitividade das empresas privadas.” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma gerencial do estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 27-65, jul./ago. 2000).

⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **O direito administrativo das concessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

Frente à ordem econômica ocorreu, na quadra final do Século XX, uma profunda alteração na relação do Estado com a sociedade que justificou e modificou o perfil da intervenção estatal. A idéia de modernização da gestão do Estado coincide com a fase chamada *pós-modernidade*, sucessora de um modelo estatal que perdera o seu *charme redentor*⁷, eis que merecedor de críticas severas – ineficiência, morosidade, burocracia, corrupção, e desperdício dos recursos públicos –. A nova forma de intervencionismo estatal, que surgiu após a onda de privatizações e desestatizações, seguiu tendência mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico.⁸ A moderna concepção de Estado não exige dele a execução direta dos serviços públicos e sim uma gestão que assegure uma prestação privada satisfatória e equânime. O Poder Público deve delegar aos particulares a execução dos serviços, ficando com o planejamento e o controle dos mesmos.⁹

Refere, a propósito, Almiro do Couto e Silva a teoria do *pêndulo*, ou seja, a prestação dos serviços industriais e comerciais que o Estado Social conferiu ao setor público, agora, no Estado Gerencial, pende para o setor privado. E mais, que a onda privatizante que bate em todos os continentes, não configura apenas um retorno do pensamento neoliberal, mas “Um triunfo do pensamento pragmático sobre o pensamento estruturado em bases puramente racionais, de cunho axiomático, dogmático ou sistemático.”¹⁰

Os interesses públicos que estão em jogo quando se trata do Estado Regulador são diversos. O pressuposto da intervenção estatal direta na economia, ainda no Estado Providência, especialmente nos países do sistema romano-germânico, estava relacionado com os interesses do Estado-Nação (segurança nacional e interesse estratégico, por exemplo, que justificavam, inclusive, o monopólio estatal de determinada atividade econômica ou a supressão da iniciativa privada em setores relevantes da economia). Ademais, este interesse público do Estado-Nação, calcado na idéia da supremacia do interesse público, definido e redefinido pelo poder político, contrariava, de certa forma, aos interesses do

⁷ BARROSO, 2003b.

⁸ Ibid.

⁹ SOUTO, 2004.

¹⁰ SILVA, A., 2003, p. 189.

mercado e aos interesses dos agentes econômicos privados.¹¹ Os interesses dos administrados e dos clientes de bens e serviços produzidos pelas empresas estatais não eram efetivamente considerados quanto às questões de política tarifária ou quanto à qualidade, universalidade, continuidade e adequação da atividade prestada.

A administração pública burocrática também é dirigida ao interesse público, porém, esse tem significado preciso visto que é confundido com o interesse do Estado: os recursos e as atividades na burocracia pública são direcionados, em grande parte, ao atendimento das necessidades da própria burocracia, ficando em segundo plano o conteúdo das políticas públicas. Já no Estado Gerencial, a proposta é que o cidadão, além de contribuinte de impostos, deve ser visto também como consumidor de serviços públicos. Os resultados da atividade administrativa no Estado Gerencial são tidos “Como bons não porque os processos administrativos estão sob controle e são seguros, como quer a administração pública burocrática, mas porque as necessidades do “cidadão-cliente” estão sendo atendidas.”¹²

O Estado de Prestações demonstrou que o Poder Público é um mau administrador. Em verdade o Estado sempre teve o encargo de zelar pela boa prestação de seus serviços. Esta tarefa é ínsita à qualidade do administrador público. Não havia, entretanto, qualquer compromisso mais efetivo com a eficiência e a regularidade dos serviços prestados diretamente ou indiretamente pelas empresas estatais. Nesse ambiente, a regulação econômica estatal sobre os serviços executados de forma direta era tênue e inconsistente. A mesma Administração pública que era a prestadora dos bens e serviços, tinha a incumbência de fiscalizar e regular a si própria. Ocorre que quando os serviços públicos são prestados diretamente pelo próprio Estado ou indiretamente por pessoas jurídicas por ele controladas, aquelas funções de fiscalização, além de não possuírem visibilidade, não eram eficientemente prestadas. O Estado, de outro lado,

¹¹ MARQUES NETO, 2005.

¹² Nas considerações do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, no Brasil, de 1995, foi referido, também, que o controle, que é a garantia do poder, no Estado burocrático, transforma-se na própria razão de ser do funcionário, e “[...] o Estado volta-se para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade. A qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos; seu defeito, a ineficiência, a auto-referência e a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes.” (BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, set. 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Plano_Diretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2008).

não demonstrava o compromisso em descobrir e apontar as suas falhas e deficiências.

No Estado do Bem Estar Social, as empresas estatais eram tidas como o próprio Estado atuando para prestar os serviços públicos, considerando-se

[...] supérfluo e redundante manter controladas estatais específicas sobre seu desempenho [...] e as empresas estatais geralmente desenvolviam uma autonomia de fato e uma burocracia própria que as deixava afastadas da realização do interesse público e acabavam servindo de instrumento de parasitismo e de privilégios.¹³

As transformações ocorridas com o nascimento do Estado Gerencial mudaram o conteúdo da regulação estatal, trazendo um quadro distinto onde a exigência é de fortalecer o papel regulador do Estado, em detrimento de seu anterior papel de produtor de bens e serviços. Retirando-se o aparelho estatal da execução direta dos serviços, a regulação adquiriu outros contornos. Os objetivos da regulação se deslocaram dos interesses do Estado-Nação e ficaram mais próximos da sociedade.

Na lição de Ariño Ortiz,

La reducción del papel del Estado produtor e prestador há de compensar-se con um nuevo sentido y maior eficacia da la función reguladora del Estado em la actividad económica. Ello exige uma reforma em marco institucional de la Administración económica de forma que se garantice su profesionalidad, sua independência – de políticos y de empresários – y sua control democrático.¹⁴

Fala-se que a antiga intervenção pró-Estado se transforma na nova intervenção pró-sociedade. Muda o papel do Estado: de agente monopolista, concorrente e regulamentador, tornando-se um agente regulador e fomentador. Não se trata de acordo com a doutrina de chegar a um Estado mínimo, mas, de torná-lo um Estado melhor.¹⁵ A privatização ou desestatização na execução de serviços concebida na reforma do Estado acaba sendo uma publicização de sua regulamentação e controle.¹⁶

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 198.

¹⁴ ARIÑO ORTIZ, 2004, p. 306.

¹⁵ MOREIRA NETO, 2003.

¹⁶ Id., 2007.

Tanto os interesses individuais e coletivos dos cidadãos-consumidores dos serviços públicos, como os interesses dos agentes econômicos privados devem ser considerados e proporcionalizados na nova concepção de regulação estatal. Deixa de existir uma concepção estatal excludente da iniciativa privada. A absorção da atividade econômica pelo Estado Prestador se fundamentou no pressuposto de que os agentes privados não poderiam atuar para consagrar o interesse público. Presumia-se, em contrapartida, que o interesse público estaria automaticamente satisfeito se um setor da atividade econômica fosse destinado à exploração estatal. Verifica-se, assim, que a concepção da intervenção estatal direta na economia estava fundada na supremacia do interesse público sobre os interesses privados.¹⁷

Com a revolução tecnológica há, primeiramente, a exigência de maiores conhecimentos técnicos e especializados por parte dos agentes reguladores. Além disso, para que os investidores privados tragam o seu aporte de capital é necessário o estabelecimento de um marco regulatório estável e definido que possa gerar a confiabilidade dos agentes financeiros. Houve a necessidade de abandonar a postura hostil ao mercado, visto que o aporte de capital privado e a sua própria operação material se tornaram indispensáveis para garantir a prestação dos serviços públicos econômicos.

Aspecto importante é o referente à visibilidade e à sensibilidade da ação regulatória do Estado. Como não é mais possível, no estágio atual da sociedade, impor a vontade política estatal, sem permitir a permeabilidade dos interesses e necessidades dos regulados, a regulação deve estar alicerçada em mecanismos que garantam a mediação e/ou negociação dos vários interesses envolvidos, afora estar pautada pelos princípios da transparência e da publicidade. Além disso, deve ser reforçada a procedimentalização da atividade administrativa, já que ela serve de instrumento ao atendimento dos princípios da transparência, da publicidade, e da permeabilidade. Deve haver ampla investigação e plena visibilidade dos fatos e aspectos conflitivos, com aberta participação de todos os interessados.

A moderna regulação tem compromisso efetivo com o equilíbrio dentro do sistema regulado. A ação regulatória deve ser imparcial e não pode tender para nenhum dos interesses em jogo. Em outras palavras, para realizar o interesse

¹⁷ MARQUES NETO, 2005.

público, o Estado Regulador deve considerar e sopesar os diversos interesses envolvidos nos setores regulados.

Após afirmar que a técnica econômica da regulação consiste no tipo de intervenção que as sociedades complexas industriais e pós-industriais vêm optando como solução institucional, refere Kenneth Train¹⁸, que o ponto crucial da economia da regulação é “criar consistência entre a maximização do benefício social e a maximização do lucro da empresa.”

4.2 MOLDURA INSTITUCIONAL DOS ENTES REGULADORES

No contexto do Estado Regulador antes descrito, a figura das agências reguladoras adquire especial relevo. A expressiva transformação da forma de intervenção do Estado na ordem econômica demanda uma organização com mecanismos distintos de atuação do aparelho estatal. Fez-se necessário adotar instrumentos novos, com tarefas e propostas que, até então, eram praticamente desconhecidas. A forma de atuar das estruturas estatais tradicionais já constituídas, hierarquizadas e piramidais, mostrou-se obsoleta em face do atual papel atribuído ao Estado frente à economia privada e às expectativas da população consumidora de serviços públicos, numa sociedade pluraliclasse e, cada vez, mais complexa.¹⁹ As estruturas político-administrativas tradicionais “[...] morosas e embebidas de critérios políticos, revelaram-se, contudo, inadequadas para os novos desafios regulatórios do Estado.”²⁰

¹⁸ TRAIN, 1995 apud MOREIRA NETO, 2003, p. 78.

¹⁹ O administrativista português Vital Moreira (MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Almedina, 1997a. p. 31, grifo nosso), observa que “Na concepção tradicional a administração pública apresentava um perfil unitário, baseado nos serviços departamentais hierarquizados, na direção governamental e na responsabilidade parlamentar do Governo pela actividade da administração. O modelo originário da administração pública do estado constitucional era a ‘administração ministerial’, isto é, a administração organizada sob a égide de um Ministro responsável. [...]. **Hoje a ‘unidade’ da administração é uma ficção, sendo controversa a sua natureza ‘plurifórmica e pluricêntrica’, [...]** o que constitui ‘resultado natural da passagem do estado burguês oitocentista, tipicamente monoclassista’, voltado exclusivamente para a proteção dos interesses da burguesia então vitoriosa, para o Estado pluriclasse contemporâneo, com sufrágio universal, acesso democrático aos cargos da administração pública, desenvolvimento dos sindicatos, prestações estatais positivas, etc.), que necessariamente reflete na sua organização o incontornável e crescente pluralismo da organização social. [...] **O pluralismo social e político provocou o pluralismo e a diferenciação organizatória da administração.**”

²⁰ ARAGÃO, 2002b, p. 28.

As entidades que foram, então, criadas para atender a nova função estatal, seguindo um fenômeno de expressão internacional - as agências²¹ reguladoras independentes no Direito brasileiro, as autoridades administrativas independentes do direito europeu²², ou as *independent regulatory commission* do direito norte-americano - demandaram novas conformações para permitir que a solução dos conflitos fosse encontrada com métodos mais flexíveis e permeáveis, onde pudessem ser analisados e ponderados os diversos interesses contrapostos envolvidos nos setores regulados. Registre-se, desde logo, que a transparência e a permeabilidade à sociedade (seguindo o modelo da *accountability* do Direito norte americano) da atividade das agências reguladoras, são pressupostos necessários ao exercício da função reguladora.

Quanto aos antecedentes históricos, sustenta-se que a origem remota das agências é inglesa, a partir da criação pelo Parlamento, em 1834, de diversos órgãos autônomos, com a finalidade de aplicação e concretização dos textos legais.²³ Por influência do direito anglo-saxão, os Estados Unidos criaram, em 1887, a *Interstate Commerce Commission - ITC*. A partir de então, em face de sua organização administrativa descentralizada, a maior parte da regulação e da atividade administrativa *lato sensu* dos Estados Unidos se faz através de agências independentes, ao ponto de seu Direito Administrativo ficar intimamente relacionado com o *Direito das Agências*.

A influência das agências administrativas americanas foi observada pelo então Juiz da Suprema Corte Roberto A. Jackson:

O aumento das agências administrativas provavelmente tem sido a mais significativa tendência jurídica do último século, e talvez mais valores hoje sejam afetados por decisões de tais agências que pelas decisões de todas as cortes, a parte de revisões de decisões administrativas. Seus atos (das agências administrativas) também começaram a ter importantes conseqüências nos direitos pessoais. [...] Elas tornaram-se um verdadeiro quarto poder do Governo, o qual desordenou nossas teorias jurídicas sobre

²¹ Refere Marques Neto que o termo *agência* no direito brasileiro foi importado dos EEUU, onde é utilizado para designar o gênero órgãos públicos. Sendo assim, o termo agência lá abrange tanto os órgãos propriamente reguladores como as *executive agencies* (MARQUES NETO, 2005).

²² Deviller refere que na França estas instituições têm três características: 1) são autoridades detendo verdadeiros poderes de decisão que ultrapassam uma missão de controle ou de aconselhamento; 2) são instituições administrativas e não juízes e 3) são independentes eis que mesmo desprovidas de personalidade jurídica e ligadas a um ministérios, elas escapam a um controle hierárquico ou de tutela (DEVILLER, Jaqueline. **Le Droit Administratif français e ses révolutions tranquilles**: fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005).

²³ Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo 55/56, jan./dez.2001, p.179.

os três poderes tanto quanto o conceito de uma quarta dimensão desarrumou nosso pensamento acostumado a três dimensões.²⁴

Pelo grande número de agências norte-americanas, e devido à preocupação com a defesa dos particulares perante elas, foi editado, em 1946, o *Administrative Procedure Act*, com o objetivo de padronizar os procedimentos decisórios. Já na Europa, as autoridades administrativas independentes francesas, italianas, e espanholas, ao contrário do Brasil e Argentina, não são dirigidas apenas à seara econômica, eis que são dirigidas também à regulação do exercício de direitos fundamentais.²⁵

Pela experiência do Direito Comparado ficou claro que aos novos entes estatais da regulação deve ser atribuída uma natureza distinta. Não é apenas a função reguladora que é nova. Das instituições que irão exercê-la é exigida uma conformação inovadora que permita o êxito da incumbência que lhes foi atribuída.²⁶ Mostra-se necessária a constituição de um tipo específico de ente público que possa dar cumprimento a estas tarefas e metas específicas: a preservação das relações de concorrência, da viabilidade econômica do sistema e a correção das falhas de mercado.

O surgimento das agências reguladoras autônomas parte da concepção de que as competências regulatórias não podem ser exercidas pelos órgãos da estrutura tradicional da administração pública. Ao contrário, o afastamento da influência direta das esferas políticas, tanto do Executivo como do Legislativo, garantiria que a função das agências fosse exercida de acordo com as finalidades que lhes foram destinadas.

Ademais, como observa Justen Filho²⁷, o processo de afastamento do núcleo do Governo mostra-se afinado com a concepção moderna de fragmentação das estruturas administrativas estatais, que se revela uma tendência verificada nos países ocidentais. Embora as entidades descentralizadas possam realizar atividades distintas (estatais prestadoras de serviços públicos típicos, estatais dedicadas a

²⁴ FTC v. Ruberoid co., 343 U.S., 479 (U.S. Sup. Ct. 1952), apud MALLOR et al., 2001 apud GIACOMUZZI, José Guilherme. Os poderes das Agências americanas e judicial review: leading case e básicas observações. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 169-184, jun. 2003. p.172.

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 1, n. 8, p. 7-19, ago. 2006a.

²⁶ MOREIRA NETO, 2003.

²⁷ JUSTEN FILHO, 2002.

atividades econômicas e os entes encarregados de funções de regulamentação e de controle), o fundamental à concepção moderna da fragmentação das estruturas administrativas não está na natureza diversa das atividades que lhes foram confiadas, mas sim quanto ao regime jurídico que lhes for aplicado. Refere, o mesmo autor, que no Brasil era tradicional à existência das duas primeiras categorias, embora houvesse algumas entidades da terceira categoria²⁸, mas não havia maior preocupação em acentuar a peculiaridade do regime jurídico frente à relevância das atribuições de cunho regulatório. O surgimento das novas agências reguladoras veio a permitir a meditação sobre as especificidades desta terceira categoria de entes descentralizados, cujas atribuições são bastante diversas das atribuídas aos outros entes, com empreendimentos econômicos ou de prestação de serviços públicos típicos.

Não pode ser esquecido que a função de regulação é uma típica função de Estado²⁹, embora não típica da Administração Pública. Trata-se, na afirmação da doutrina nacional, de constituir *o núcleo do Estado republicano*.³⁰ A respeito do tema, o mesmo Marques Neto³¹ refere a clássica distinção que deve ser feita entre as funções de estado e as funções de governo e entre políticas de estado e de governo. As primeiras vinculam a liberdade do governo na definição das políticas governamentais estabelecidas pelo Poder Executivo, mas dependem dessas para serem implementadas. Afirma, ainda, o mesmo administrativista, que o eventual confronto entre políticas de governo e políticas regulatórias terá que ser, necessariamente, arbitrado no âmbito dos espaços formuladores das políticas de estado e em consonância com estas.

Por isso, a função de regulação deve ser exercida com prerrogativa de autoridade pública. Em contrapartida, as agências não podem deixar de atuar com mecanismos e procedimentos menos impositivos e mais reflexivos (com permeabilidade à composição e à arbitragem de interesses)³², visto que suas

²⁸ Podemos aqui referir o Banco Central, o CADE, a Comissão de Valores Mobiliário e o Conselho Monetário Nacional, dentre outros.

²⁹ Este aspecto foi reconhecido no Judiciário Brasileiro, através da Suprema Corte, através da decisão liminar proferida na ADI n. 2310-1-DF, pelo voto do min. Marco Aurélio de Mello, ao afastar o regime celetista para servidores técnicos de determinada agência de regulação. O voto proferido considerou que atividade regulatória de fiscalização demanda o reconhecimento de poder de polícia próprio *das atividades exclusivas do Estado*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores no Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XI, p.443/445.

³⁰ MARQUES NETO, 2005.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

atividades envolvem maior transparência e a necessária participação dos diversos setores na tarefa regulatória. A característica da neutralidade também deve estar presente na sua interação e eqüidistância dos três pólos da equação regulada.³³

Aspecto que não pode deixar de ser lembrado para o êxito da função reguladora é o da **capacitação técnica** (*expertise*) dos entes reguladores e seus agentes. Desta capacitação é que decorrerá não só a eficácia da ação reguladora como a sua própria legitimidade. É essencial que os entes estatais que foram incumbidos de exercer a nova função reúnam amplos conhecimentos e especialidades sobre o setor objeto da regulação. Quanto mais capacitados tecnicamente forem eles, menor será a assimetria de informação em relação ao setor regulado, e menores riscos (maior estabilidade) acarretarão para a atividade econômica.

Refere Marques Neto: “Quanto mais a agência (e seus agentes) dominar os códigos, necessidades e possibilidades do setor regulado, mais será eficiente a regulação.”³⁴ Devem as agências manter seus técnicos constantemente atualizados e informados, devendo lhes ser garantidos os instrumentos necessários para que não percam a sua capacitação técnica.

O requisito da capacitação técnica para o eficiente exercício da função reguladora está intimamente relacionado com a questão da discricionariedade técnica, aludida no item 3.8, que surgiu por decorrência do grande desenvolvimento do setor tecnológico da sociedade contemporânea. Esta situação também foi um dos fatores que levou à chamada crise do Legislativo a que se refere o item 2.5. Ocorre que a revolução tecnológica se refletiu no âmbito dos serviços públicos, fazendo com que a regulação estatal também tenha se tornado mais técnica.

Outro aspecto relevante³⁵ é o concernente à exigência do requisito de **independência** e de **autonomia** dos entes reguladores. Ressalte-se que o qualificativo *independente* sempre esteve relacionado com a denominação dos órgãos de regulação, tanto nos Estados Unidos, na Europa, como no Brasil. Não restam dúvidas de que as agências devem ter uma autonomia reforçada, diferenciada dos outros entes criados pela Administração. Neste ponto é importante

³³ Alguns setores da sociedade, especialmente no Brasil, vêem as agências de regulação como órgão de defesa dos interesses dos usuários dos serviços públicos, do que efetivamente não se trata.

³⁴ Marques Neto (Ibid., p. 62), que também afirma que “[...] o órgão regulador deve ser um instrumento de política governamental e não instrumento de política de **um** governo.”

³⁵ Embora bastante polêmico no momento atual da experiência brasileira de regulação.

referir a questão do controle administrativo ou da tutela, das autarquias e demais entidades privadas da administração indireta, que é ordinariamente realizado, na Administração burocrática, pelos órgãos de cúpula, com o propósito de garantir que estes entes observem e cumpram as suas finalidades institucionais. A natureza das atribuições peculiares conferidas às agências de regulação não é consentânea, entretanto, com esta espécie de tutela. As agências recebem parcela do poder do Estado que não é meramente uma função administrativa comum. Trata-se de uma função administrativa de controle onde se encontra inserida uma parcela de função normativa com cunho legislativo e até uma função jurisdicional na solução dos conflitos surgidos entre os interesses divergentes próprios do setor econômico.³⁶ Outrossim, o fato de estarem as agências vinculadas³⁷ aos órgãos superiores do Poder Executivo (como ministérios e secretarias), não desnatura, por si só, esta autonomia diferenciada que lhes é conferida para realizar os seus objetivos específicos.

O exercício desta função deve ser apartado do poder político onde são formuladas as políticas públicas. As agências de regulação foram concebidas exatamente para permitir que as decisões decorrentes de políticas governamentais, calcadas em políticas de Estado, possam ser implementadas, com observância dos valores fundamentais consagrados constitucionalmente.

Vital Moreira aponta diversos aspectos da independência regulatória das agências, fenômeno que ele denomina de “*desgovernamentalização*” da atividade reguladora. São eles:

- a) o relativo à separação entre a política e a economia, mantendo, assim, a regulação pública da economia fora do Governo;
- b) o de assegurar a estabilidade e a segurança do quadro regulatório, eis que esse não deve depender do ciclo eleitoral nem das mudanças do Governo;

³⁶ Afirma Justen Filho que “Seria um equívoco imaginar que a regulação corresponde apenas ao exercício de atividade administrativa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 477).

³⁷ O critério obedecido no direito brasileiro, a partir do Decreto-lei n. 200/67, é de que os órgãos da administração direta ficam **subordinados** aos órgãos de cúpula, enquanto as entidades estatais da administração indireta, personalizadas, ficam **vinculadas**, apenas. Via de regra, todas as agências de regulação criadas em nível federal estão vinculadas a algum ministério com atividade afim e, do mesmo modo, as agências estaduais ficaram vinculadas, a partir de sua criação, a secretarias de estado. A exceção era a AGERGS que foi criada sem vinculação expressa a qualquer secretaria, o que veio, entretanto, ocorrer, a partir do presente governo.

- c) o concernente ao favorecimento do profissionalismo e da neutralidade política, visto que a regulação é, essencialmente, uma questão técnica que deve ficar afastada da disputa política;
- d) o da separação do Estado Empresário do Estado Regulador, eis que mesmo com o movimento de liberalização e de privatização o Estado continua a ter uma intervenção direta considerável em vários setores;
- e) o da “*blindagem*” contra a captura regulatória, eis que o grande perigo da regulação consiste na possibilidade de captura do regulador pelos regulados e, estando os reguladores afastados do poder político eles teriam melhores condições para resistir às pressões dos regulados;
- f) a maior facilidade para o autofinanciamento das agências que com autonomia financeira teriam condições de subsidiar as suas funções com os recursos advindos de cobranças de taxas de regulação ou do produto da arrecadação proveniente da aplicação de sanções pecuniárias.³⁸

A consciência quanto aos objetivos da “*desgovernamentalização*”, ressaltada na lição do jurista português é de grande pertinência no atual estágio da experiência regulatória brasileira. A necessidade de manter afastado do governo e do poder político, o poder regulador da economia, especialmente em relação aos serviços públicos de natureza econômica, deve ser permanentemente lembrada num país em que a atividade econômica sempre esteve intimamente ligada ao núcleo do poder político, tanto no Executivo como no Legislativo. As decisões técnicas com neutralidade política não podem ser alteradas por critérios políticos, o que certamente acontece quando ocorrem mudanças das políticas governamentais para atender a interesses políticos ou objetivos eleitorais. Sem a preservação da discricionariedade técnica não haverá estabilidade e segurança nos marcos regulatórios e, por conseqüência, os investimentos se tornarão cada vez menos presentes.

³⁸ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob impacto da União Européia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 227-248, abr./jun. 2003.

Um dos traços que, de acordo com a melhor doutrina³⁹, caracteriza, em praticamente todos os países, a **autonomia orgânica** ou **organizacional** das agências é a forma colegiada com que é exercido o seu poder, bem como a estabilidade que deve ser garantida aos membros do colegiado. Investidos através de mandato com prazo certo, não podem ser afastados prematuramente, sem motivo suficientemente forte e devidamente justificado.

Ainda no plano da autonomia orgânica é o que se refere à ausência de mecanismos típicos de controle hierárquico quanto as suas decisões técnicas. Ou seja, os dirigentes dos órgãos centrais da Administração Central não podem revisar, mediante provocação dos interessados ou mesmo de ofício, os atos praticados pelas agências no exercício de sua competência precípua. Em todas as hipóteses, se não houvesse tais garantias, os órgãos governamentais poderiam monitorar e interferir permanentemente na atividade do regulador.

A autonomia financeira também é requisito essencial para caracterizar a eficiência da ação regulatória⁴⁰. Geralmente as leis instituidoras das agências lhes asseguram a garantia de contar com recursos financeiros próprios mediante o recolhimento de taxas de regulação, em razão do exercício da competência que lhes é própria, de molde a assegurar uma espécie de auto-suficiência econômico-financeira. Não pode ser desconsiderada a circunstância de que a manutenção das agências através da destinação de verbas orçamentárias reduz, consideravelmente, a margem de liberdade das escolhas e decisões.

Indispensável, ainda, à moldura dos entes de regulação, é a detenção do poder sancionatório já que o exercício da função de fiscalização ficaria praticamente inoperante e sem eficácia se, frente à desobediência e descumprimento de suas determinações, não puder encontrar guarida no poder de aplicar punições, notadamente as de cunho pecuniário. O ciclo regulatório não se completaria se do regulador for retirado este importante instrumento. O poder de impor sanções é ínsito ao poder de polícia que é conferido às agências.

O que se quis por em evidência quando se fala na independência regulatória é que a tais agências deve ser atribuída uma autonomia reforçada, especial, diferenciada daquela que possuem as demais entidades da administração indireta tradicional, especialmente, em relação ao Direito brasileiro, das demais autarquias

³⁹ ARAGÃO, 2002a; ARIÑO ORTIZ, 2004; MARQUES NETO, 2005.

⁴⁰ ARAGÃO, op cit.; JUSTEN FILHO, 2002.

ordinárias, meramente prestadoras de serviços públicos. A exigência está voltada à eficácia da regulação estatal que deve guardar distância, primeiramente, dos critérios políticos-partidários que serviram de suporte à decisão de governo, dos chamados “interesses governamentais de ocasião”, e dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado.⁴¹ O que se pretende é que as agências tenham autonomia para gerir as atividades do setor regulado com base em conhecimento técnico, afastar a ingerência política baseada em interesses escusos de curto prazo, e criar um ambiente seguro e estável, onde os investidores possam sentir confiança em depositar o seu capital.⁴²

Uma vez definida a política pública para o setor e pautadas, nas leis de criação dos entes reguladores, o âmbito e os limites de sua competência, as agências devem desenvolver suas atividades com significativo distanciamento do poder político, sob de pena de se converter em mais um braço do Governo, o que vem em total descompasso com os objetivos para os quais foram criadas.

Trata-se, ademais, de uma decorrência do requisito da neutralidade que deve presidir a ação regulatória, a forma eqüidistante, inclusive em relação aos interesses dos operadores econômicos e dos beneficiários dos serviços e do próprio poder político centralizado. A missão da ação regulatória consiste em manter os interesses sistêmicos da atividade econômica setORIZADA e não os específicos de cada uma das partes envolvidas.

Ocorre que, no contexto anterior da intervenção estatal direta, ocorria uma ampla autonomia do núcleo do poder estatal central, que, para a concretização das decisões de governo, realizava suas pautas sem qualquer necessidade de mediação com a sociedade. Esta situação gerava a instabilidade das decisões que tinham reflexo na atividade econômica, já que elas eram tomadas no ambiente da política, onde os interesses são sempre cambiantes, atendendo às premências próprias da alternância de poder e às demandas mais imediatas.⁴³ Decisões relevantes como da política de preços ou a tarifária eram tomadas sem considerar fatores que se relacionassem com os interesses específicos do setor regulado.

⁴¹ MARQUES NETO, 2003.

⁴² PECCI, Alketa; CAVALCANTI, Bianor Scelza. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 5, p. 99-118, set./out. 2000.

⁴³ MARQUES NETO, op cit.

De relevância, neste ponto, é referir os novos parâmetros conceituais do Direito Administrativo relacionados com o princípio do devido processo legal em sentido substantivo, de inspiração anglo-saxônica, cuja finalidade é assegurar o direito a uma decisão justa e razoável. Referimos, também, os princípios específicos da realidade e da razoabilidade. Conforme Moreira Neto, o princípio da realidade estará atendido quando os fatos considerados estão relacionados com a realidade e, o princípio da razoabilidade, quando falte a adequação dos mesmos. Além disso, exige-se, hoje, do atuar da Administração Pública, não uma mera aptidão para produzir resultados, mas sim que os resultados pretendidos sejam concretamente logrados. O princípio da eficiência é um novo parâmetro substantivo importante no Direito Administrativo.

A necessidade de independência não deve ser ressaltada apenas quanto ao poder político. O órgão regulador deve ter total independência em relação aos agentes econômicos que exploram a atividade regulada, sob pena de configurar a situação de *captura* evidenciada pelo sistema econômico.⁴⁴ Embora na concepção de Estado Gerencial a ação regulatória não deva ser praticada **contra** os operadores da seara privada, que são essenciais para o processo da *dieta orgânica* do Estado, o ente regulador deve ter condições de poder atender aos interesses gerais e sistêmicos que tutela em detrimento dos interesses específicos, ainda que legítimos, dos regulados.⁴⁵

Do mesmo modo, ainda, o órgão regulador deve ter independência dos interesses dos usuários. Estes são legítimos e devem ser considerados, mas o ente regulador não é defensor ou promotor desses interesses, sob pena de configurar-se um *populismo regulatório*.⁴⁶ É confundido, muitas vezes, em setores menos informados, o escopo da missão das agências reguladoras, como se elas tivessem a tarefa de defender apenas os direitos dos consumidores dos serviços públicos.

⁴⁴ O conceito de captura no processo de regulação estatal provém da ciência econômica.

⁴⁵ MARQUES NETO, 2005.

⁴⁶ Ibid.

4.3 O CONTEÚDO E A ABRANGÊNCIA DO PODER REGULADOR ATRIBUÍDO ÀS NOVAS AGÊNCIAS

A idéia de regulação é atribuída às ciências econômicas e também às ciências físicas e biológicas. O que, porém, nos interessa no âmbito deste estudo é a regulação na economia praticada pelo Estado que se insere no âmbito do direito econômico.

De acordo com Di Pietro⁴⁷, em seu âmbito estão embutidos dois elementos: a idéia de *regularidade*, e a de *mudança*. Isso porque ao mesmo tempo em que se pretende assegurar a **estabilidade** no objeto da regulação, deixam-se abertas as portas para as **mudanças** que sejam necessárias em benefício da própria estabilidade.

Segundo Jeammaud, a regulação, no âmbito da ciência política e econômica aparece com “[...] uma das formas de atuação pública na economia, alternativa da intervenção propriamente dita: a regulação visa à correção das deficiências do mercado, por meio de edição de regras (de direito) ou pela instituição de autoridades de fiscalização.”⁴⁸

No âmbito da economia, afirma-se que a regulação é aplicada com a intenção de influenciar o comportamento dos agentes, fomentar o sistema produtivo, e incentivar os investimentos, com a implantação de padrões de qualidade “[...] em intervenções que modificam o engajamento do Estado na esfera econômica, seja mudando suas atividades diretas seja alterando a extensão de suas responsabilidades.”⁴⁹

De acordo com Moreira⁵⁰, duas idéias se ligam no conceito etimológico de regulação: primeiramente, a idéia de estabelecimento e implementação de regras e de normas. Em segundo lugar, a idéia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema. O seu conceito operacional de regulação econômica é: “[...] o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica

⁴⁷ DI PIETRO, 2003

⁴⁸ JEAMMAUD, 1988 apud Ibid., p. 28.

⁴⁹ AMABLE, Bruno; PETIT, Pascal. Ajustamento estrutural e política industrial; uma abordagem regulacionista. In: THÉRET, Bruno; NRAGA, José C. S. (Org.). **Regulação e globalização**. Campinas: UNICAMP, 1998. p. 351-352.

⁵⁰ MOREIRA, 1997b, p. 34.

destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos.”

Quanto ao conteúdo contemporâneo de regulação econômica, aponta Vital Moreira três grandes linhas de concepções:

a) em sentido amplo é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).⁵¹

No primeiro sentido, seria o conceito genérico de intervenção estatal na economia. O segundo sentido seria o mais seguido pela doutrina. O mesmo autor português afirma que o importante é distinguir a participação do Estado na economia e a orientação (regulação) econômica.⁵²

Filiando-se ao segundo conceito acima referido, que, aliás, é o mais corrente na doutrina, afirma Marques Neto⁵³ que a regulação econômica do Estado compreende toda a atividade estatal no comportamento econômico das empresas privadas, ficando de fora a participação direta do Estado na atividade econômica, mesmo que em regime de mercado que se qualifica como intervenção estatal direta. É uma intervenção do poder público sobre o campo da economia onde, de regra, deve imperar a liberdade dos agentes econômicos. É, pois, uma forma indireta de intervenção estatal, ou seja, sem interdição absoluta da atividade à iniciativa privada, nem exploração por ente estatal.⁵⁴ Dada à impossibilidade de o Estado satisfazer a todas as necessidades públicas, restou-lhe a missão de orientar e acompanhar como essas necessidades são atendidas pelos agentes privados. É esse o espírito da função regulatória: disciplina administrativa dos serviços públicos de natureza econômica ou de atividades econômicas puramente privadas.

⁵¹ MOREIRA, 1997b, p. 35.

⁵² Ibid.

⁵³ MARQUES NETO, 2003.

⁵⁴ O mesmo autor refere que a doutrina norte-mericana adota um conceito mais restrito de regulação que abrangeria apenas o controle setorial, ou seja, de setores específicos da economia (Ibid.).

Assinala Sundfeld que “A regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de uma política econômica.”⁵⁵ Isso porque ela é característica de um certo modelo econômico, onde o Estado não realiza diretamente o exercício de determinado serviço econômico, mas apenas intervém indiretamente no mercado, com instrumentos de autoridade pública. Este registro é importante em relação à experiência brasileira que, alicerçada num modelo de administração centralizada, burocrática, e de cultura paternalista, acolheu o modelo de agência independente do sistema anglo-saxônico, onde é dado um destaque especial à questão da procedimentalização da atividade reguladora.

Di Pietro entende que a regulação econômica é uma das formas de regulação no âmbito jurídico. A outra forma de regulação jurídica seria a regulação social, onde o Estado, seja por atos do Legislativo ou do Executivo e por entidades por ele criadas, regula a prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado, na área social, como, por exemplo, a saúde, a educação, a assistência social, a cultura, e o lazer.⁵⁶ A finalidade da regulação social não é de ordem econômica. Os serviços sociais regulados são incompatíveis, ademais, com a figura da concessão porque têm como pressuposto a gratuidade. A regulação estatal, em sentido amplo, pode incidir, assim, sob outros aspectos da vida social sem que tenha reflexo direto na ordem econômica. Essa não é, contudo, objeto de exame no âmbito deste estudo, o qual está focado na regulação estatal de ordem econômica.

A regulação econômica abrange os serviços comerciais e industriais publicizados, quando objeto de concessão, permissão ou autorização a empresas privadas e, também, a atividade econômica não publicizada, exercida pela empresa privada. Ambas as dimensões têm como pressuposto o exercício do poder de polícia.

Aspecto relevante da atuação complexa das agências reguladoras é representado pela pluralidade de interesses por elas tutelados: interesses primários, públicos ou privados. Na concepção de regulação econômica está contida a idéia de sistema. Ela pressupõe o sistema econômico como um todo, ao mesmo tempo em que a sua lógica persegue o equilíbrio do sistema regulado. A regulação utiliza os seus instrumentos de modo a permitir a preservação e a reprodução do sistema

⁵⁵ SUNFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e Regulação estatal. In: _____ (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 3.

⁵⁶ DI PIETRO, 2003c.

regulado, para garantir a permanência do equilíbrio e a persecução de metas de interesse geral contidas em políticas públicas. A regulação teria, pois, não só uma função acauteladora, de preservação do sistema, mas uma função pró-ativa de conformação deste sistema. Conforme Marques Neto⁵⁷, a regulação estatal

[...] não envolve apenas um caráter passivo, de preservação das condições de reprodução da ordem econômica vigente (correção das falhas de mercado), [...]. envolve necessariamente a perseguição de objetivos de interesse público, traduzidos em 'inputs' extra-sistêmicos que são a um só tempo impostos pelo poder público (via políticas públicas) e filtrados e absorvidos por ele (via atividade regulatória).

Exemplifica esta situação, o mesmo autor, com as metas de universalização estabelecidas pelo Estado para operadores sujeitos à regulação setorial, em favor dos usuários dos serviços de utilidade pública.

Nesta ótica, afirma Aragão⁵⁸ que, na legislação das agências, verifica-se a busca da realização de interesses múltiplos e díspares, como, por exemplo, a universalização dos serviços sob sua regulação, a proteção dos consumidores, o desenvolvimento tecnológico nacional, a atração de investimentos estrangeiros, a ampliação da concorrência e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, dentre outros. Isto acontece exatamente por se tratar de um sistema, e a lógica da regulação, como antes dito, busca o equilíbrio do sistema regulado e não a satisfação de interesses de apenas um dos lados.

É verdadeiro que a regulação econômica é mais necessária quando o mercado se mostre deficiente ou desequilibrado. Ela seria, assim, um substitutivo do mercado e sua atuação deve ser no sentido de manter o equilíbrio deste, definindo-lhe pautas de comportamento, transmitindo sinais que facilitem a orientação dos agentes operadores no cumprimento dos objetivos políticos que foram fixados, impondo requisitos de qualidade e de segurança e, na medida em que seja necessário, adentrando no estabelecimento de preços.⁵⁹

Mas a regulação, no sentido mais atual, não se restringe a suprir as falhas do mercado. O objetivo de apenas tornar o mercado eficiente que correspondeu à primeira "*onda regulatória*", a partir da segunda metade do Século XX, foi ampliado

⁵⁷ MARQUES NETO, 2003, p. 72-73.

⁵⁸ ARAGÃO, 2002b.

⁵⁹ ARIÑO ORTIZ, 2004.

para abrigar, também, uma preocupação de ordem política e social, ao ponto de se falar nesta segunda “*onda regulatória*”. Nessa fase, chamada de “*regulação social*”, a regulação passou a ter como meta não apenas a eficiência do mercado, mas que fossem dele garantidos efeitos que se relacionassem com os fins de interesse comum. O Estado não poderia mais ser concebido apenas como “*corretor dos defeitos econômicos*” do mercado, mas lhe incumbiria promover a satisfação de outros interesses (meio ambiente, minorias, por exemplo) relacionados a valores não econômicos.⁶⁰ A regulação passou a ser um instrumento da realização de fins escolhidos pelo Estado e não meramente de correção do mercado. Esta regulação econômica mais ampla, que não se contém apenas na correção do mercado mas busca realizar efeitos de interesse público geral, está compreendida dentro da regulação dos serviços públicos de natureza econômica, objeto deste estudo, como na regulação de atividade econômica meramente privada.

Deve ser observado que a expressão “*regulação social*” empregada por Justen Filho contém significado diverso da mesma terminologia, antes mencionada, expressada por Di Pietro. A regulação social indicada por Justen Filho se encontra inserida na regulação econômica que recai sobre atividade da economia, mas que se dirige a atender também interesses sociais. Vale dizer, aqui, a finalidade da regulação é que seria social e não a natureza dos próprios serviços regulados. A regulação social no sentido pretendido por Di Pietro trata da regulação social em sentido estrito, ou seja, da regulação que tem como objeto de serviços não econômicos, os serviços sociais.

Uma outra característica importante do processo regulatório é a que concerne a sua mutabilidade e dinamismo, já que ele se modifica ao sabor de fatores variados, de ordem política, ideológica, e econômica, dentre outros. Por isso a regulação estatal deve ser ágil e pontual e não se compadece com a atividade legislativa tradicional realizada pelos parlamentos. O dinamismo do processo regulatório justifica a atribuição de funções normativas às agências reguladoras, visto que elas detêm melhores condições de enfrentar e responder, mais diretamente e pontualmente, às características de mutabilidade ínsitas ao processo econômico.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, 2002.

Aspecto, entretanto, da maior relevância, é o de estabelecer a **abrangência** e de encontrar os **limites** do poder de regulação atribuído às novas agências, especialmente quanto ao aspecto material. Preliminarmente é bom lembrar que, como os demais poderes estatais, trata-se de um poder-dever, onde devem ficar afastados, desde logo, quaisquer aspectos volitivos ou subjetivos do regulador. As indagações quanto à dimensão desse poder, que se impõem são de duas ordens. A primeira é frente aos agentes econômicos abrigados pelo postulado da livre iniciativa quanto a sua atuação no domínio econômico, no mundo capitalista. A restrição imposta pela ação regulatória pode restringir de forma forte a atuação do particular tanto como àquela que é característica do Estado Providência, pela assunção direta ou indireta, pelo Estado, de determinada atividade econômica. E mais, pode acarretar efeitos econômicos paralelos, atingindo alguma outra etapa da cadeia produtiva que lhe é correlata. A segunda é quanto à dimensão da ação de regulação conferida aos novos entes independentes frente ao poder estatal centralizado.

No sistema romano-germânico, onde o princípio da legalidade tem o seu destaque maior, o pressuposto básico é de que o âmbito do poder de regulação é estabelecido e desenhado pela lei aprovada pelo Parlamento.

A pergunta que se coloca é se as agências reguladoras estariam usurpando a função legislativa que é própria daquele Poder. Ocorre, conforme ressalta Sundfeld⁶¹, que o Poder Legislativo continua, nos tempos atuais, fazendo o que sempre fez: editando leis com alto grau de abstração e generalidade. Os novos padrões sociais exigem, entretanto, normas mais diretas para tratar de

[...] especificidades, realizar planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado.

Para o mesmo administrativista, o fator que justificou a atribuição de poder normativo às agências foi a exigência de um aprofundamento da atuação normativa do Estado, o que não exclui a função legislativa precípua do Legislativo.

Haveria, entretanto, um limite estabelecido para o próprio legislador ao conferir este poder normativo às agências?

⁶¹ SUNDFELD, 2006, p. 27.

De acordo com Marques Neto⁶², para resolver o impasse é preciso analisar os lindes constitucionais estabelecidos para o exercício das competências regulatórias. Dois princípios básicos devem ser aqui considerados, na *calibragem* da regulação econômica *versus* liberdade econômica: o da **subsidiariedade**, no plano horizontal, e o da **proporcionalidade**, no plano vertical.

O pressuposto filosófico que dá fundamento ao princípio da subsidiariedade é “[...] a suposição de que as instituições sociais prescindem do Estado para resolver a maior parte dos problemas advindos do convívio social. Ou seja, os corpos sociais não seriam em absoluto hipossuficientes.” Assim “[...] a necessidade de intervenção estatal para dirimir os conflitos e escoimar as questões não resolvidas pelos próprios corpos sociais, seria residual, excepcional e só eficiente em situações- limite.”⁶³

Dentre essa perspectiva e considerando que os corpos sociais reúnem condições para realizar os interesses da sociedade, a ação do regulador só seria justificável para atender a uma finalidade que não pudesse ser atingida pela ação autônoma das instituições sociais. O Estado não teria competência originária de regulação econômica para todos os fatos da vida econômica. Ela seria excepcional, meramente complementar. Aos indivíduos e a sua organização social cabe decidir e atuar para satisfazer seus interesses individuais, através de seus próprios meios. Somente quando as demandas, por sua complexidade, tanto material como financeira, não puderem ser atendidas pela própria comunidade, elas serão cometidas ao Estado que atuará de forma subsidiária em relação à sociedade.

Verifica-se que o princípio da subsidiariedade está presente, de forma intensa, na cultura dos povos de colonização inglesa, especialmente nos EEUU onde, conforme já visto (item 3.4) há um forte espírito de auto-organização social e onde praticamente toda a atividade econômica é deixada ao setor privado. Isto já não ocorre no Brasil, país no qual a população coloca nos ombros do Estado a realização de suas expectativas, numa forte cultura paternalista.

De acordo com Moreira Neto, a aplicação do princípio no âmbito da administração pública está inserido, embora timidamente, na base de um novo conceito de descentralização, que envolve tanto a tradicional atividade imperativa como a inovadora atividade *consensual* do Estado.⁶⁴

⁶² MARQUES NETO, 2003.

⁶³ Ibid., p. 77.

⁶⁴ MOREIRA NETO, 2007.

O postulado da subsidiaridade da regulação econômica estatal seria dirigido também ao legislador para impedir que ele estabeleça competências regulatórias quando os atores privados se revelassem capazes de encontrar suas próprias soluções independentemente da ação estatal.

Pelo princípio da proporcionalidade, intimamente ligado ao princípio da finalidade e à teoria do desvio de poder, a restrição à liberdade econômica ditada pelo regulador não poderia ser maior do que o necessário ao alcance da finalidade justificadora da restrição. Através da proporcionalidade é exigida, tanto pelo Legislativo como pelo Executivo, a escolha de meios adequados e necessários para a realização de suas finalidades. Este princípio cresce em importância no Direito Brasileiro e, cada vez mais, serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público, especialmente na esfera jurisdicional, fazendo-se uso da idéia de proporção entre o gravame causado por um ato do Poder Público e o fim por ele perseguido.⁶⁵

Conforme Canotilho,⁶⁶ a primeira concepção do princípio da proporcionalidade, de acordo com a teoria do Estado do Século XIX, dizia respeito ao problema da limitação do Executivo frente às liberdades individuais, especialmente quanto ao poder de polícia. Somente após o princípio, conhecido como de proibição de excesso, foi erigido à dignidade de princípio constitucional. O princípio, hoje, seria desdobrado em três exigências: de conformidade ou adequação de meios, da exigibilidade ou da necessidade (o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*) e de conformidade entre o resultado obtido pela intervenção estatal e a carga coativa da mesma, ou seja, avaliar-se se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

O princípio da proporcionalidade seria fundamental diante do exercício da atividade regulatória porque, no exercício dessa atividade, o ente estatal sempre estaria a impor alguma restrição à liberdade de iniciativa. Ademais, de acordo com Marques Neto⁶⁷, há considerável transferência de poderes às agências de

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006. O mesmo autor faz a distinção entre o postulado da proporcionalidade e o da razoabilidade, afirmando que o último não faz referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*, como faz o primeiro. A razoabilidade atuaria como dever de harmonização com o individual (dever de equidade), sendo o instrumento para determinar que circunstâncias de fato devem ser consideradas “[...] com a presunção de estarem dentro da normalidade ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso.” Através da razoabilidade, o Direito deveria se harmonizar com suas condições externas (dever de congruência) que exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação) (Ibid., p. 146-147).

⁶⁶ CANOTILHO, 1992.

⁶⁷ MARQUES NETO, 2003.

regulação, e por isso, sua atividade deve estar condicionada pela proporcionalidade, especialmente quanto ao seu poder sancionador.

A posição de Di Pietro, quanto aos limites ao poder normativo, é de que as agências, no Brasil, estariam impedidas de inovar na ordem jurídica, ou seja, ditar regras de conduta futura, com caráter de generalidade e abstração. Tampouco poderiam exercer o poder regulamentar que foi outorgado, com exclusividade, ao Chefe do Poder Executivo, pela Constituição Federal, no artigo 84, IV (regulamento de execução) e VI (regulamento autônomo). Igualmente vedada estaria, de acordo com a mesma posição – embora a Constituição não contenha proibição expressa nesse sentido –, a delegação pelo Legislativo de poder normativo às agências. A hipótese única das leis delegadas, previstas no artigo 68, seria endereçada apenas ao Presidente da República. De acordo com a mesma posição, a deslegalização de matérias só seria aceitável se prevista na própria Constituição. Nesta ótica, as agências brasileiras só poderiam editar:

- a) atos normativos de efeitos concretos, ou seja, aqueles atos que embora tenham a aparência de normativos, quanto ao conteúdo, são atos administrativos, porque decidem fatos concretos;
- b) atos normativos dirigidos a interpretar e a explicitar conceitos indeterminados, especialmente de natureza técnica, contidos em lei e regulamentos;
- c) atos normativos de um *"tipo diferente de direito, mais flexível, negociado, sujeito a mudanças para adaptação às alterações ocorridas no objeto regulado"*.

Este último tipo de ato normativo só poderia resultar de negociação, de consenso e de participação dos interessados e não de imposição unilateral da Administração Reguladora

A contribuição de Di Pietro é relevante porque delimita, concretamente e pontualmente, frente ao direito brasileiro, o poder normativo das agências.

4.4 A ADMINISTRAÇÃO PARTICIPATIVA NO ESTADO REGULADOR

O fenômeno da participação dos cidadãos nos procedimentos administrativos, considerada, em muitos casos, como uma colaboração imprescindível para a otimização e eficiências das ações da Administração, constitui um tema de grande atualidade que tem merecido a atenção da doutrina atual na maioria dos países. A consciência de cidadania exigiu a abertura de novos canais, formais e informais, de atuação política.

O tema está relacionado com a questão da superação da democracia formal, também referida como procedimental ou eleitoral, onde o atendimento dos modos de escolha de representantes é o fator de suficiência, por si só, para tornar legítimas as decisões posteriormente adotadas. Esta exigência não é mais a única que pode legitimar o poder dos representantes na democracia. A democracia material ou substantiva preocupa-se com o resultado e a eficácia da ação dos governantes, não podendo haver descompasso entre essa e a vontade dos governados. E a vontade dos governados só pode ter expressão com a introdução de novos instrumentos de participação, tanto em relação à definição das políticas, como na confrontação de sua execução. Para Moreira Neto,

[...] legitimam-se plenamente, agentes e decisões, quando coincidem as escolhas democráticas subjetivas e objetivas – dos agentes políticos e das políticas a serem perseguidas - e, sobretudo, quando satisfazem com plenitude aos múltiplos controles de juridicidade à disposição da sociedade.⁶⁸

O grande crescimento e a complexidade das tarefas públicas aliados à necessidade de democratizar cada vez mais o acesso e a participação do cidadão na atuação do administrador público, acrescidos, esses fatores, do fortalecimento do papel gerencial do Estado pela prestação, pelos agentes privados, dos serviços públicos industriais e comerciais, fizeram com que a integração dos entes privados, nos procedimentos administrativos, se fizesse imprescindível, especialmente nos casos em que as escolhas administrativas possam acarretar cargas sociais maiores. Esta nova forma de Administração participativa teria o efeito não só de qualificar e

⁶⁸ MOREIRA NETO, 2005, p. 109.

melhorar as decisões administrativas, como, também, de fazer com que os administrados se comprometessem com elas e, assim, pudessem absorvê-las mais facilmente. Trata-se, pois, não só de otimizar as escolhas administrativas, mas também de reforçar a sua legitimidade substancial.

Afirma, com muita propriedade, sobre o novo tema, o jurista português Vasco Silva:

A participação dos privados no procedimento surge assim, cada vez mais, como o contraponto da maior liberdade decisória da Administração decorrente do crescimento e da complexidade das tarefas administrativas. Perante uma Administração pública que não cessa de crescer em termos de intervenção e de autonomia, o incremento da participação dos privados na tomada de decisões administrativas representa uma importante forma de controlo e de limitação do poder administrativo.

[...]

Independentemente de quaisquer considerações políticas de carácter global, indiscutível é, no entanto, que a participação dos privados no procedimento constitui uma forma de democratização da Administração Pública. A generalização do procedimento administrativo e a conseqüente abertura a uma maior colaboração e participação dos privados significam uma importante 'transformação de fundo', que é a passagem 'uma Administração 'autoritária' [...] a uma Administração de 'serviço' (SEPE).

[...]

Trata-se de uma 'legitimidade material', que não se confunde com as demais formas de legitimação, e que tem a ver com o próprio conteúdo, ou mérito intrínseco da decisão administrativa, tomada na seqüência de 'cooperação', que permita a expressão de interesses diferenciados.

[...]

A participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correcta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública.⁶⁹

Sobre o tema, Moreira Neto ressaltou:

Está-se diante de um poderosíssimo fator de mudança diretamente influente sobre a *legitimidade* das decisões políticas, denotando uma retomada da ação e da responsabilidade da *sociedade* na condução desses processos, não obstante ter ficado deles durante tanto tempo afastada, afogada sob as vagas avassaladoras das ditaduras, das ideologias de esquerda e de direita, e das burocracias e das tecnocracias autocríticas que devastaram a vida política no século vinte.

É a consciência desse distanciamento e da necessidade de superá-lo que tem dinamizado o crescimento e a diversificação dos métodos participativos com intuito de revertê-lo, produzindo, além da já tradicional representação política,

⁶⁹ SILVA, V., 2003, p. 401-402.

as formas diretas e indiretas de expressão vinculativa e da vontade, com atuação perante quaisquer dos poderes constituídos.
 Dada a insuficiência da representação, cujos vícios e carências são notórios [...] e, de outro lado, as dificuldades operativas da participação direta, torna-se cada vez maior o interesse nas antigas e novas formas da democracia indireta.⁷⁰

Almiro do Couto e Silva⁷¹ fala da “*soft administration*”, ou seja, a administração pública que, cada vez mais, substitui as decisões unilaterais por formas consensuais dentro do espírito da democracia participativa, onde todas as formas possíveis de colaboração, entre os particulares e o Estado, na realização de fins públicos, são incentivadas.

A administração pública, no Estado pós-moderno não pode mais ser autoritária, onipresente, e dispor de uma programação detalhada de todas as suas atuações. Ela se tornou conformadora da realidade social e precisa ser ágil, flexível e estar bem orientada na resolução pontual de questões concretas que lhe são apresentadas.

Aspecto relevante apontado na doutrina é quanto a não caracterização de perda de responsabilidade do administrador público na tomada de decisões, em razão desta maior participação dos particulares. Ou seja, a responsabilidade do administrador público não se dilui com a participação dos particulares na formação do processo decisório. Ao contrário, a ponderação dos interesses manifestados pelos cidadãos torna mais consistente a responsabilidade daquele.

O primeiro perigo que tem sido apontado à participação, entendida, sobretudo na sua modalidade individualística, é o da diluição da responsabilidade administrativa dela resultante. Diga-se, contudo, que participação no procedimento, num Estado democrático e de Direito, não deve significar que as decisões administrativas tenham de ser sempre forçosamente consensuais ou (muito menos) compromissórias, ou que à Administração não continue a caber a responsabilidade última pela decisão tomada. Antes, **deve significar que a Administração tem de fazer as escolhas, ponderando as posições dos privados e que deve procurar a sua colaboração no exercício da actividade administrativa.**⁷²

Importante, igualmente, é distinguir os diferentes modos como se pode conceber esta participação dos indivíduos nas escolhas administrativas. Pelo modo

⁷⁰ MOREIRA NETO, 2007, p. 13-14.

⁷¹ SILVA, A., 2004.

⁷² SILVA, V., 2003, p. 403, grifo nosso.

objetivo, tal intervenção deve ser encarada como mecanismo destinado a facilitar e melhorar a tomada de decisões pela Administração. Ou seja, como meio para deixá-la mais “equipada” ou munida de melhores informações para deliberar. Pelo modo **subjetivo**, a intervenção seria vista como instrumento de defesa prévia das posições jurídicas subjetivas dos administrados. Pelo novo significado da inovação doutrinária que se pretendeu atribuir à participação dos particulares, ela deve estar afinada ao modo objetivo, como meio para suprir as lacunas naturais da organização administrativa e sob o intento de realizar os interesses da sociedade. O realce maior deve ser a este último modo, em detrimento do modo subjetivo como sempre foi concebida a participação dos interessados, na forma de instrumento de defesa e na perspectiva de realizar, pura e simplesmente, o contraditório no processo administrativo.⁷³

Nesta perspectiva, afirma Rui Machete que

[...] a intervenção do privado, seja a título singular, ou através de grupos sociais, não se reduz a uma defesa antecipada (à tutela jurisdicional) dos seus direitos e interesses legítimos, mas têm, antes de tudo o mais, **um papel propulsivo e criador ao dar relevância e significado, na fase instrutória, a interesses que até aí permaneciam ocultos ou despercebidos.**⁷⁴

Já vimos que ao Estado Regulador foi atribuída a tutela de uma série de interesses, públicos, coletivos e privados, assim como a persecução de uma série de finalidades. Pelo próprio exercício da discricionariedade técnica que esta nova Administração Gerencial deve se valer, alerta Giannini, decorre uma profícua ponderação entre os diversos interesses públicos e privados envolvidos, devendo a solução a ser adotada realizar a maior efetividade possível entre todos eles. Tanto os interesses primários, que são os qualificados como públicos, como os demais interesses, que o jurista italiano denomina de secundários, devem merecer uma

⁷³ Almiro do Couto e Silva analisa os reflexos desse fenômeno especificamente na esfera judicial, no âmbito do país, designando-o como “*democratização da defesa do interesse público*” No sistema tradicional, a participação do cidadão na defesa do interesse público só poderia acontecer na defesa de seu próprio direito subjetivo lesado. Ressalta que as Constituições de 1934 e de 1946, ao inserirem o remédio da ação popular, permitiram que os indivíduos agissem em nome do povo, postulando a invalidação de atos lesivos ao interesse público. Após, e especialmente com a Constituição vigente, vieram a ação civil pública, o alargamento da legitimidade ativa nas ações diretas de inconstitucionalidade, os mandados de injunção, o mandado de segurança coletiva, o *habeas data* (Ibid.).

⁷⁴ Machete (1992 apud Ibid., p. 405), que também aponta a posição oposta defendida por Canotilho, que considera que aquilo que caracteriza a visão moderna do procedimento administrativo é a revalorização de sua dimensão **subjetiva**, ou seja, a sua função de garantia dos direitos fundamentais.

“*ponderazione comparativa*” no exercício da discricionariedade administrativa.⁷⁵ Trata-se, pois, da aplicação do postulado da proporcionalidade quanto às escolhas efetivas no exercício da função de regulação estatal, já que interesses diversos devem ser ponderados.

Nesta ponderação comparativa entre todos os interesses envolvidos na regulação da atividade econômica, não há como o novo modelo de Estado e, especialmente, as entidades por ele criadas com competência regulatória, curar de todos eles prescindindo do mecanismo da administração participativa.

Asseverou Moreira Neto, em conferência realizada na Universidad Complutense de Madrid, a respeito das agências de regulação:

Além da especialização, flexibilidade, independência e celeridade, estas entidades se caracterizam, sobretudo, pela proximidade e **abertura social de sua ação** em relação aos administrados interessados, e a **possibilidade de promover negociações em procedimentos participativos** e, não menos importante, de atuar, em certos casos, com poderes-jurisdicionais para evitar intermináveis conflitos entre o administrado e o Estado. Em teoria, o **princípio da participação** tem plena aplicação em vários aspectos em que o instituto pode ser analisado, mas a sua importância sobressai principalmente pela criação de uma **conexão administrativa imediata e despolitizada**, às vezes bastante interativa, entre a agência e o administrado interessado.⁷⁶

A participação dos titulares de interesses individuais, coletivos e difusos no processo de tomada de decisões do regulador é, aliás, um mecanismo que deve ser considerado no processo de legitimação das agências. A intrincada questão que demanda delicada solução, no âmbito político e jurídico, é quanto ao apontado “*deficit*” democrático na atuação das agências; especialmente, quanto à amplitude de seus poderes de natureza normativa, na ótica da visão clássica do princípio da separação dos poderes. Ora, a utilização dos mecanismos de participação dos pólos envolvidos na regulação econômica, para a formação da vontade técnica e administrativa da Administração Reguladora, minimiza as críticas que possam ser feitas no sentido da insuficiência de democracia na atuação das agências.

Renove-se a afirmação de que o modelo institucional das agências foi desenhado com o propósito de apartar o poder político – seja do Executivo ou do Legislativo – do poder de regulação, de diminuir a concentração de poder,

⁷⁵ GIANNINI, 1993, v. 2.

⁷⁶ MOREIRA NETO, 2000 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006b. p. 9.

separando o último para torná-lo o mais técnico e adequado possível. Nesse contexto, a agência reguladora contém uma proposta de aperfeiçoamento do sistema democrático. As agências de regulação estariam dentro de contexto de atenuar a concentração do poder conferido aos representantes eleitos, ao se configurarem como instituições estatais dotadas de autonomia decisória. A decisão, a partir de critérios técnicos e objetivos, deve contar com a participação da sociedade em geral e dos operadores econômicos privados para a consecução dos interesses setoriais. A decisão tomada por dirigentes não eleitos pelo sufrágio universal (o que não é próprio da democracia formal), justifica-se no contexto da democracia substancial por haver uma participação da sociedade do processo decisório técnico. Pela complexidade da sociedade, inclusive quanto à tecnologia, a decisão não pode ser tomada apenas considerando a maioria da vontade popular.

A lição, a propósito, de Justen Filho é:

A instituição da agência independente derivou da constatação de que a atribuição de certas competências de natureza normativa e executiva a órgãos providos por via eleitoral gerava o risco de sacrifício de valores fundamentais. A necessidade de manter o prestígio perante o eleitorado gerava a potencialidade da adoção de decisões inadequadas – não porque incompatíveis com a vontade da maioria, mas porque aptas a destruir valores, princípios e interesses tutelados pela ordem jurídica. A instituição da agência independente reflete, então, a ampliação da complexidade do sistema de freios e contrapesos. Visam a atenuar a concentração de poder, ampliando o número de instituições estatais dotadas de competências decisórias e limitando o âmbito de atuação dos governantes eleitos (sejam eles integrantes do Executivo ou do Legislativo). Alude-se a déficit democrático não porque os governantes sejam escolhidos por processos distintos da eleição, mas porque um Estado Democrático não pode ser governado com atenção exclusiva à vontade popular.

[...]

As agências independentes desempenham essa função (ampliar o processo de comunicação entre a sociedade e a burocracia), do que deriva que sua legitimação democrática deriva não do seu (inexistente) vínculo ao sufrágio universal, mas da sua capacidade de minorar o déficit democrático externo do sistema político. Ou seja, uma agência dita independente carecerá de *déficit democrático* reflexo, na medida em que o sistema político, em seu todo, configure-se como não democrático. Isso não impede, no entanto, que a agência independente seja um instrumento de ampliação da condição democrática do Estado.⁷⁷

Importante aspecto para assegurar a ampla participação dos interessados e dos segmentos sociais nos processos decisórios das agências de regulação, é a

⁷⁷ JUSTEN FILHO. As agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na regulação independente? In: ARAGÃO, Alexandre (Coord.). **Poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 310-313.

disciplina adequada dos respectivos procedimentos que permite realizar concretamente a democracia substancial.

O comportamento procedimental, desta forma, é também um aspecto de relevância para o processo de consolidação e legitimação das agências reguladoras, especialmente, nos países onde essa experiência é relativamente nova, como é o caso do Brasil. Neste ponto convém referir, mais uma vez, a experiência norte-americana, cujo sistema da *common law* tem acento especialmente no devido processo legal, tanto no sentido procedimental, como substancial. O fato é que as agências americanas desenvolveram-se num ordenamento caracterizado pela procedimentalização. Pelo grande número de agências e com vistas a padronizar os procedimentos decisórios, foi editado, em 1946, o *Administrative Procedure Act*. O comportamento procedimental estabelecido envolve a participação dos interessados não só na tomada de decisões, mas também quando da elaboração das regras constantes de estatutos, regulamentos e, inclusive, contratos futuros aplicáveis aos particulares.⁷⁸ Imperam os conceitos de *accountability* e de *due process* no direito administrativo norte-americano, essencialmente procedimental e transparente.

Para Di Pietro, a grande dificuldade, no direito brasileiro, é que se adotou o modelo das agências norte-americanas, mas não se adotou o procedimento de participação, que é o que dá legitimidade às normas por elas baixadas.⁷⁹ Enquanto lá houve uma elaboração jurisprudencial, de quase um século para justificar a função normativa das agências, no Brasil, a função normativa foi sendo delegada por lei sem que houvesse uma atenção maior da doutrina em fixar os seus limites.

Especificamente, pois, quanto à tarefa que foi confiada às entidades reguladoras ditas independentes, próprias do perfil do Estado Regulador, a adequada instrumentalização permite a desejada participação popular dos usuários dos serviços, numa cooperação com os órgãos e autoridades dos setores envolvidos, que é indispensável para o exercício das finalidades que lhes foram confiadas e para a tomada das suas decisões técnicas.

A nova regulação demanda uma “processualidade aberta”, no dizer de Moreira Neto⁸⁰ que possibilite a ponderação de todos os interesses juridicamente protegidos envolvidos, formando-se um triângulo em cujos vértices estão

⁷⁸ MOREIRA, E., 2003.

⁷⁹ DI PIETRO, 2003a.

⁸⁰ MOREIRA NETO, 2003.

posicionados, de um lado, o interesse público geral tutelado pelo Estado, de outro os interesses individuais, coletivos e difusos dos usuários e, no último, os interesses privados dos agentes econômicos, produtores de bens e de serviços em jogo na regulação.

O manejo da ampla gama de poderes que foram atribuídos aos entes da regulação obriga que, para o seu exercício, estejam eles adstritos também ao “devido processo legal substantivo”.⁸¹ Ou seja, não basta a obediência das formalidades e ritos do processo, mas é necessário chegar a uma decisão justa e adequada ao sistema regulado.

Isto pode ocorrer pela realização de consultas ou audiências públicas⁸², onde os interesses difusos do cidadão consumidor serão canalizados e atendidos de forma mais eficaz, o que é desejável para a realização da democracia nas sociedades pluriclasses. Atenção maior também deve ser dada ao desenvolvimento dos sistemas de ouvidorias das agências reguladoras, devendo ser incentivada a canalização dos reclamos dos usuários. A natureza das ouvidorias é a de servir de intermediária nas relações da cidadania, atuando como elemento facilitador da comunicação entre os clientes do serviço público, os órgãos da máquina administrativa e os empresários do setor. A maior procedimentalização quanto tanto aos pleitos individuais ou coletivos dos clientes como das delegatárias dos respectivos serviços, permitirá uma racionalidade e eficiência no controle das exigências e requisitos técnicos estabelecidos pelo agente regulador.

4.5 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DA NOVA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Preliminarmente é necessário afastar, no âmbito da experiência brasileira de Estado regulador, uma confusão de natureza terminológica, que normalmente é feita, na abordagem da questão, entre os institutos da **regulação** e **regulamentação**, visto que são instrumentos com propósitos não coincidentes.

⁸¹ MARQUES NETO, 2005.

⁸² No direito brasileiro, sobre este aspecto a Lei do processo administrativo federal, de nº 9.784, de 29.01.99, dispõe, em seus artigos 31/34, sobre os processos de consulta e audiência pública, in: Diário Oficial da União, Brasília, 1º de fevereiro de 1999, bem como há disciplina normativa específica na ANEEL e na ANATEL, Leis ns. 9.427, de 26.12.96, in: Diário Oficial da União, Brasília, 26.12.96 e 9.472/97, in: Diário Oficial da União, Brasília.

Consoante Justen Filho, a confusão que se estabeleceu entre os conceitos tem origem em má tradução da língua inglesa para as línguas latinas. Os estudos a respeito da regulação estatal que foram realizados, nos países de língua inglesa, valeram-se das expressões **regulation** para indicar a própria atividade estatal desenvolvida no seio da regulação econômica e **regulator** para identificar o sujeito ou instituição que realiza a atividade. A tradução errônea para o português trouxe a tarefa da **regulamentação** que não corresponde ao termo **regulation**.⁸³ Fazem também a distinção entre esses termos, Di Pietro⁸⁴ e Marques Neto⁸⁵

Pode-se afirmar que a **regulamentação** tem seus contornos próprios concernentes à função normativa ordinária atribuída ao Poder Executivo para detalhar e preencher os aspectos gerais da lei. Está relacionada com todas as tarefas administrativas que são incumbidas ao Poder Executivo.

Quanto ao seu pressuposto substancial, a **regulamentação** decorre do exercício de prerrogativa do poder político de complementar as leis com o objetivo de explicitá-las e dar-lhes execução.⁸⁶ Os estudos doutrinários do Direito Comparado que confrontam a disciplina peculiar dos diversos sistemas jurídicos, quanto à extensão do poder regulamentar, com a peculiaridade de uns serem mais autônomos e os outros mais vinculados à lei primária elaborada pelo Parlamento, não cabem ser aqui analisados. A matéria inserida na **regulação** econômica estatal não tem relação direta com o poder regulamentar, seja o de execução ou o autônomo, conferido ao Chefe do Executivo brasileiro, pela Emenda Constitucional n. 32/2001. Ao dar nova redação ao artigo 84, VI, da Constituição Federal, foi admitida uma esfera autônoma, porém bastante delimitada, de normatização no âmbito da Administração, quanto à sua organização e ao seu funcionamento administrativo interno.

A regulação propriamente dita é muito mais abrangente e, substancialmente, distinta. O seu pressuposto está relacionado com o Direito Público Econômico, ou seja, com a responsabilidade estatal de intervenção na economia advinda do enfraquecimento dos modelos dos Estados Liberal e do Bem Estar Social. Compreende a atividade de controle, pelo poder público, no campo da economia. Não envolve uma prerrogativa de poder político ordinário. Ao contrário, a regulação

⁸³ JUSTEN FILHO, 2002.

⁸⁴ DI PIETRO, 2003c.

⁸⁵ MARQUES NETO, 2005.

⁸⁶ MOREIRA NETO, 2003.

econômica “[...] decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos.”⁸⁷

Feita esta observação preliminar, convém contextualizar que, no Brasil, o fenômeno da nova forma de gestão pública, seguindo a tendência mundial já bastante definida, teve sua concepção elaborada dentro da denominada Reforma Gerencial do Estado, desenhada no Plano Diretor do Aparelho do Estado, proposto pelo governo Fernando Henrique Cardoso, em 1995.

O Plano Diretor do Aparelho do Estado foi elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE, sendo responsável, o ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira Teve, como meta, substituir a administração pública burocrática pela gerencial.⁸⁸ O Plano distinguia três níveis de atividades do Estado: o núcleo estratégico, ao qual incumbe a formulação das políticas públicas; as atividades exclusivas do Estado desempenhadas pelas agências autônomas (onde estavam incluídas as agências executivas e as agências reguladoras); e os serviços não-exclusivos desempenhados pelas organizações sociais.⁸⁹ Na concepção de Pereira, as agências reguladoras deveriam ser mais autônomas que as executivas⁹⁰, porque não existem para realizar políticas de governo, mas, para executar uma função mais permanente, que é a de substituir-se aos, ou promover os, mercados competitivos.⁹¹ Refere a doutrina que a outorga de autonomia às agências brasileiras objetivou, ao menos inicialmente, oferecer segurança a investidores, atraindo-os para a compra de ativos estatais.⁹² A reforma gerencial assumiu o

⁸⁷ MOREIRA NETO, 2003, p.133.

⁸⁸ PEREIRA, 2000.

⁸⁹ PEREIRA (Ibid.) refere que na América Latina havia um abuso da expressão “reforma administrativa”. Entre os anos 1930 e 1990 os dirigentes políticos faziam várias reformas administrativas que nada mais eram do que a continuação e o fortalecimento da burocracia.

⁹⁰ A distinção entre agências reguladoras e agências executivas está na gênese do Direito norte-americano e diz respeito à natureza das atividades. Enquanto as agências executivas têm competência para o desempenho direto de atividades administrativas (tarefas materiais) no âmbito das funções públicas e serviços públicos e, eventualmente, também no tocante à atividade econômica, as agências reguladoras teriam competência normativa e poderes para disciplinar a prestação de serviços públicos por particulares ou o desempenho de atividades econômicas privadas, de interesse coletivo, conforme Justen Filho (2002). No Brasil, porém, as agências executivas têm contornos formais específicos que servem de instrumento para a celebração dos contratos de gestão. A partir da Lei Federal nº 9.649/98, arts. 51/52, editada após a EC da Reforma Administrativa, n.19/98, que deu nova redação ao 8º do art. 37, o Chefe do Poder Executivo tem competência discricionária para qualificar como agência executiva a autarquia ou fundação que tenha completado determinados requisitos (ter plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional e ter celebrado contrato de gestão com o respectivo ministério).

⁹¹ PECCI; CAVALCANTI, 2000.

⁹² SUNDFELD, 2006.

desafio de fortalecer o núcleo estratégico do Estado, responsável pela formulação das políticas públicas nacionais e pelas novas funções de regulação.

De acordo com a ministra da Administração Federal e Reforma do Estado, de 1998/1999⁹³, a crise que ensejou a reforma do Estado brasileiro possui quatro dimensões:

- a) A crise **fiscal** que se refletiu na insuficiente poupança pública para que fossem feitos os investimentos de que o país necessita ou que a população demanda, sendo que, para esta crise, contribuíram os fenômenos do fim da inflação (que mostrou aos governantes a verdade dos números), o fim da ditadura (que mantinha reprimida uma série de demandas sociais) e o grave problema da previdência nos três níveis de governo: federal, estadual e municipal;
- b) A crise do **modelo de intervenção do Estado na economia** que trouxe o esgotamento do modelo de Estado produtor de bens e serviços para o mercado e de monopólio estatal;
- c) A crise **política** do Estado gerada pela transição da ditadura para a democracia, sendo que o modelo político autoritário havia deixado no governo uma geração de agentes com uma '[...] arrogância tecnocrática brutal, própria de quem nunca se confrontou com outras verdades, pois não tinha necessidade de negociar.'
- d) A crise do modelo de **funcionamento** e de **gerenciamento** do Estado já que o país não foi concebido para prestar serviços públicos. As leis que regem o setor público estavam voltadas para o uso clientelista e não se preocupavam com a eficiência e eficácia da gestão pública. Segundo ela 'A reforma de qualquer Estado é um processo demorado, porque mexe com a cultura e não se consegue modificar a cultura com medidas provisórias e decretos, nem com mudanças na Constituição, federal ou estadual. A mudança na cultura é um processo de persistência estratégica e pressupõe a construção de um caminho'.⁹⁴

O que se verifica, de peculiar, na agenda brasileira, é que a grande crise do Estado e de seu modelo de intervenção foi concomitante com o processo de redemocratização do país, depois de mais de duas décadas de governos militares autoritários. O marco da redemocratização foi consolidado na Constituição de 1998 que, ao mesmo tempo, reafirmou o modelo burocrático estatal-desenvolvimentista (grandes empresas estatais) ao assegurar a continuidade dos monopólios nas mãos do Estado e ao manter princípios rígidos e uniformes para toda a administração pública, embora já houvesse claros sinais de esgotamento deste modelo.⁹⁵ Por isso,

⁹³ COSTIN, Cláudia. Aspectos Gerais das agências executivas, das agências reguladoras e das organizações sociais. **Cadernos FUNDAP**, Brasília, n. 22, p. 40-47, 2001.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 47.

⁹⁵ PACHECO, Regina. El control de las agências reguladoras em Brasil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA, 8., 2003, Panamá. [**Anais**]. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad00476.10.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2006.

para implantar a reforma do Estado foi necessário proceder modificações pontuais na Constituição.

A revisão do papel do Estado frente à economia começou mais ao início dos anos 90, a partir do Programa Nacional de Privatização (Lei n. 8031/90, alterada pela Lei n. 9491/97), que teve como objetivos fundamentais: reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia. Outra alteração substantiva da ordem econômica brasileira foi a da extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, de acordo com as Emendas Constitucionais nºs 6/95 e 7/95. De outro lado, as Emendas Constitucionais nºs 5/95 e 8/95 possibilitaram a chamada flexibilização dos monopólios estatais: os Estados-membros poderiam conceder às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, o que antes só poderia ocorrer se a empresa estivesse sob controle acionário estatal; do mesmo modo, os serviços de telecomunicações e de radiodifusão de sons e imagens e as atividades relativas à pesquisa e lavras de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, e a importação, exportação e transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo puderam ser privados.⁹⁶

A partir de então, o governo brasileiro empreendeu um amplo programa de privatização de empresas estatais, pressionado pela crise financeira e pelo esgotamento da sua capacidade de fazer os investimentos necessários. Este programa atingiu vários setores da atividade econômica: telefonia, siderurgia, petroquímica, setor elétrico, e vias terrestres, além de alguns bancos estaduais.

Especialmente, em relação à globalização econômica dos serviços de utilidade pública, ou ao poder econômico transnacional, não pode ser aqui esquecido, quanto à realidade brasileira, que o nosso país, assim como outros da América Latina, é considerado periférico porque detém menores condições de financiar serviços públicos e de realizar as infra-estruturas necessárias para arcar com as demandas sociais crescentes. Por esta razão, acaba tendo maior dependência de recursos e financiamentos externos e, por tal motivo, de certa forma

⁹⁶ BARROSO, 2003b.

lhe é praticamente imposto, pelos agentes financeiros transnacionais, um modelo de prestação de serviço. Esta circunstância gera um desafio aos governantes e torna mais complexa a regulação da atividade econômica pela dificuldade de compatibilizar o modelo imposto pelos investidores globalizados com a expectativa legítima de benefícios inserida na ótica do cidadão-usuário, que, aos poucos, tem se conscientizado da importância de seu papel de cidadania ativa na sociedade participativa.

Em nível constitucional encontramos, também, alguns dispositivos que respaldam a atividade da regulação estatal, tanto nos serviços público como nas atividades econômicas em geral. No artigo 170, *caput*, está a previsão do delicado equilíbrio que deve haver entre os fundamentos da ordem econômica concernentes à valorização do trabalho humano, à livre concorrência, à existência digna, e à justiça social, o que abre espaço para uma implícita atividade de regulação. A ponderação de interesses díspares na atividade econômica justifica a intervenção estatal de forma indireta, através da fiscalização e da regulação. O mesmo artigo, no *caput* e no parágrafo único, combinado com o artigo 173, consagra a subsidiariedade da intervenção estatal do domínio econômico e, o último, permite ao Estado, a exploração direta (há de se entender inclusive pelas entidades especialmente criadas dentro da Administração Pública, sob o controle dos órgãos centrais) de atividade econômica quando presente o imperativo ou de segurança nacional ou de interesse coletivo, ambos sempre definidos em lei. Por sua vez, o artigo 175, inserido no Capítulo da ordem econômica, permite a transferência para a execução dos entes privados apenas daqueles serviços estatais que dizem respeito a atividades econômicas, ou seja, os serviços industriais e comerciais mantidos sob a titularidade do Estado e submetidos ao regime híbrido antes referido. Admite, assim, o dispositivo, implicitamente, a incidência da função de regulação⁹⁷, porque o Estado não pode deixar livre o mercado dos serviços públicos e sujeito apenas às suas regras da maximização do lucro. A outra menção constitucional a estes serviços atribuídos ao Estado, com a possibilidade de serem submetidos à execução privada, está contida no artigo 21, XI e XII, dentre o elenco de serviços materiais conferidos à União.

⁹⁷ MARQUES NETO, 2003.

Quanto à função estatal de regulação, o artigo 174 atribuiu ao Estado o dever de atuar, na forma da lei, como *agente normativo e regulador* da atividade econômica. Como a interpretação do artigo 175 não poderá levar a conclusão díspar dos demais preceitos explícitos ou implícitos que envolvem a ordem econômica, entendemos que o dispositivo constitucional está a se referir apenas a regulação estatal dos serviços industriais e comerciais, de titularidade estatal ou da seara privada. De outro lado, como os entes (impropriamente designados de órgãos) de regulação só foram mencionados nos arts. 21, XI e 177, 2º, II, apenas há permissão constitucional para que as agências de regulação, sob a forma de pessoa jurídica de direito público, exerçam suas tarefas em relação aos serviços públicos industriais ou comerciais (atividade econômica) que foram delegados à iniciativa privada, na forma constitucional. Também quando o Estado confere a prestação dos serviços econômicos à entidade estatal executiva, é ínsita a manutenção do poder de controle da regulação. Ocorre que quando o mesmo serviço público econômico é delegado tanto aos particulares como às estatais, em regime de concorrência, a regulação de todos eles há de competir às agências de regulação, sob pena de não haver uniformidade de tratamento no sistema regulado. O que as agências reguladoras brasileiras não podem é regular ou normatizar os serviços públicos administrativos prestados diretamente pelo Estado e nem a atividade econômica puramente privada, por ausência de autorização constitucional.

Em verdade, o Brasil teve experiências anteriores de entes reguladores de setores econômicos, criados especialmente na era de Vargas (1930 a 1945). Dentre eles, o Comissariado de Alimentação Pública (1918); o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), para regularizar a produção e controlar a exportação desse produto de importância vital para a balança cambial do país, na época; o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933); o Instituto Nacional do Mate (1938); o Instituto Nacional do Pinho (1941), e o Instituto Nacional do Sal (1940). Estes institutos foram caracterizados como autarquias econômicas para distingui-las das autarquias industriais (Lóide Brasileiro), das de crédito (Caixa Econômica Federal), das previdenciárias (IPASE, IAPC, IAPI), das corporativas (OAB), e das educacionais (universidades federais).⁹⁸ Da mesma forma, são também reguladores da economia,

⁹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 253-257, maio 2001.

o Banco Central, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, o Conselho Monetário Nacional – CMN, e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

A partir de 1997, começaram a ser instituídas as novas agências de regulação como marco da reforma gerencial do Estado, destinadas à finalidade de controlar os serviços públicos transferidos à execução de operadores privados. Já decorreu, pois, uma década da experiência na nova regulação.

Em nível federal, optou-se por criar agências **unissetorias** em áreas diversas. Todas elas, conforme a respectiva lei de criação, foram constituídas como “*autarquia sob regime especial*” Dentre elas, a ANEEL, para a energia elétrica (Lei nº 9.427/96), a ANATEL, de telecomunicações (Lei nº 9472/97), a ANP, do petróleo (Lei nº 9478/97), a ANVISA, de vigilância sanitária (Lei nº 9782/99), a ANS, para a saúde complementar (Lei nº 9961/00), a ANA, de águas (Lei n. 9984/00), a ANTT, de transportes terrestres, e a ANTAQ, de transportes aquaviários (ambas criadas pela Lei nº 10.233/01), a ANCINE, da indústria cinematográfica e videofonográfica (MP nº 2219/01), e a ANAC, da aviação civil (Lei n. 11.182/95).

Possuem sede constitucional apenas duas delas: o “*órgão regulador*” dos serviços de telecomunicações (artigo 21, XI, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 8/95), e o “*órgão regulador*” das atividades de petróleo e gás natural (art. 177, § 2º, III, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.9/95).

No caso das agências estaduais que foram sendo criadas paralelamente, a opção foi pelo modelo multissetorial, o que equivale a dizer que as suas atividades regulatórias alcançam mais de um setor. O modelo multissetorial acarreta uma dificuldade quanto à exigência da capacitação técnica, já que manter a especialização técnica em mais de um setor econômico é tarefa árdua. Devem ser consideradas como prováveis razões pela opção do modelo multissetorial nas agências estaduais: as dimensões geográficas menores do Estado, a maior dificuldade de criar de quadros e marcos regulatórios em áreas diversas, e a menor disponibilidade de recursos por parte dos Estados Membros. Dentre elas, convém mencionar a AGERGS (Lei RS nº. 10931/97), a ASEP (Lei RJ nº 2686/97), a AGESP (Lei SP 5721/98), a CSPE, unissetorial de energia elétrica, mediante convênio com a ANEEL (Lei Complementar SP nº 833/97), a ARCE (Lei CE 12.786/97), do Ceará, a ARSEMG (Lei MG 12.999/98) de Minas Gerais, a ARCON (Lei PA 6099/ 970, do Pará, e a AGERBA (Lei BA 7314/98), da Bahia. O grau de autonomia das agências estaduais não é uniforme, sendo que alguns Estados seguiram o modelo federal de

maior autonomia e, outros estabelece clara vinculação aos poderes dos Chefes do Executivo. Do mesmo modo como as prerrogativas de poder concedente, umas as têm conferidas por lei, enquanto noutros Estados (como é o caso do RS) foram mantidas as entidades autárquicas tradicionais que já exerciam as funções de poder concedente, com suas estruturas burocráticas e com experiência de relações estreitas com os órgãos formuladores das políticas dos diversos setores.

Em relação ao âmbito da autonomia conferida às agências estaduais, houve embates judiciais. Os governos empossados, após a criação de tais entidades, pretendendo exercer o controle hierárquico sobre as agências e o poder de nomear os conselheiros, cujos mandatos não haviam ainda expirado, foram ao Supremo Tribunal Federal⁹⁹ para discutir a constitucionalidade do modelo das agências já instituídas, em razão da limitação de sua autoridade quanto à competência privativa para designar os dirigentes de tais autarquias estaduais. Também, no caso da AGERGS, houve demanda perante o Supremo, para discutir a competência legalmente instituída de “fixar, reajustar, revisar e homologar as tarifas”¹⁰⁰. As decisões preliminares resultaram em manter as competências estabelecidas em lei bem como a independência dos mandatos.

Na esfera federal, com o advento do governo Lula, a autonomia das agências começou a ser questionada pelo Executivo a partir de 2003, especialmente quanto à falta de coincidência dos períodos dos mandatos dos dirigentes das agências e os do Chefe do Executivo. Foi revelada uma preocupação governamental com a “excessiva” autonomia das reguladoras, que estariam formulando a política para o seu setor de atuação, e que estaria ocorrendo uma “terceirização do Estado”. Também os recursos destinados às agências começaram a sofrer processos de contingenciamento pelas áreas de Fazenda Pública, inclusive quanto a valores diretamente arrecadados em taxas pagas pelos usuários. Quanto à autonomia administrativa, a flexibilidade concebida quando da criação de tais entes, há uma década, com a criação de um regime de pessoal assemelhado ao setor privado, acabou fragilizada, sendo as agências *engolfadas* por estruturas, padrões, e controles formais típicos da administração burocrática. Caminha-se, assim, no rumo de uma administração burocrática, calcada em controles hierárquicos que não tem compromisso com a verificação de resultados exigida pelo princípio da eficiência.

⁹⁹ Adin nº 1949-0 RS.

¹⁰⁰ Adin nº 2095 – RS.

Depois de várias declarações e medidas nesse sentido, inclusive das autoridades ministeriais¹⁰¹, começaram a ser publicados na imprensa artigos revelando a preocupação dos investidores em relação à indefinição do modelo regulatório e à possibilidade de mudança nas regras já estabelecidas, o que acarretaria uma queda nos investimentos em vários setores, sobretudo na infraestrutura.¹⁰²

Em 2003, o governo federal colocou em consulta pública o anteprojeto de lei geral sobre as agências reguladoras, realizado pelo Grupo de Trabalho Interministerial, com o objetivo de analisar o marco institucional das agências e propor os aperfeiçoamentos legais, tendo a proposta originado o PL nº 3337/2004¹⁰³. A iniciativa legislativa apresenta alguns aspectos positivos de evolução do modelo como o incremento da participação dos agentes econômicos e usuários nos processos decisórios das agências (artigos 4º a 7º). A tônica maior, porém, está na retomada de competências que haviam sido conferidas a esses entes, em favor dos Ministérios, o que é verificável especialmente nas disposições finais, que pretendem alterar as leis referentes aos serviços de telefonia, política energética nacional, e reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre. Especificamente várias atribuições (as mais importantes) de poder concedente retornam, pela proposta, aos Ministérios, assim como a retomada do poder normativo e regulador em várias situações. Ainda, as disposições propostas para disciplinar a ouvidoria e os contratos de gestão (artigos 14 e 15) importam em retrocesso na autonomia das agências. Sob o manto de um “*ouvidor*”, nomeado pelo Presidente da República, função que é, em essência, a de apenas facilitar a comunicação entre os consumidores do serviço público e a administração pública, o projeto traça o perfil de uma figura que mais se assemelha a de um “*interventor*,” para zelar pela qualidade dos serviços realizados pela agência e que prestará contas, semestralmente, aos

¹⁰¹ Na Casa Civil da Presidência eram anunciados anteprojetos de lei que teriam o objetivo de modificar o modelo em vigor das agências.

¹⁰² A expressão é atribuída ao Presidente quando da divulgação, pela Aneel, dos reajustes das tarifas de energia elétrica, e pela Anp, da descoberta de novos postos de petróleo. Também quando o Ministro Miro Teixeira se mostrou contrário à aplicação dos índices de reajuste dos serviços de telefonia previstos nos contratos de concessão (In Valor Online. São Paulo, 27.06.03)..

¹⁰³ BRASIL. **Projeto de Lei:** Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2004/msg166-040412.htm>. Acesso em: 25 nov. 2007.

ministros de Estado (Fazenda, Planejamento, Orçamento e Gestão, e Chefe da Casa Civil).

No ano de 2006, foi admitida na jurisprudência administrativa, a revisão de decisões técnicas das agências federais, com base em recurso hierárquico impróprio, alicerçada no poder de supervisão ministerial, previsto no Decreto-Lei nº 200/67 e, como *“traço essencial do regime presidencialista vigente”*, no poder de direção superior do Presidente, auxiliado pelos ministros, sobre toda a Administração, direta e indireta.¹⁰⁴

Esta orientação que teve caráter normativo para toda a Administração Federal acabou, sem dúvida, quebrando a autonomia decisória das Agências de regulação e dando ênfase ao poder de tutela sobre *“as autarquias especiais”*. A matéria, ao que se pode depreender, não foi remetida ao crivo do Poder Judiciário. A perplexidade que remanesce é se o recurso hierárquico impróprio, afinado à cultura brasileira fortemente alicerçada na idéia de um Executivo forte e centralizador, pode ser invocado na espécie, já que assentado no paradigma clássico da administração burocrática, que se baseia apenas numa relação de autoridade e pressupõe uma autoridade única e relações de mando e controle. O pressuposto não parece ser compatível com o desenho do Estado Gerencial. O controle que tem por fundamento apenas a hierarquia do poder central revela-se antinômico com a autonomia reforçada das agências e com a exigência de *accountability* que lhes é feita, onde a atuação dessas deve ser controlada por diversos atores da sociedade e não só pelo

¹⁰⁴ Despacho n. 438/2006, do Consultor-Geral da União, ao aprovar o Parecer n. 51/2006, emitido pelo Advogado-Geral da União, que, por sua vez, acolheu o Parecer AGU/MS-04/2006 que examinou divergência entre o Ministério dos Transportes e a ANTAQ acerca da cobrança pelos operadores portuários do porto de Salvador de taxa de segregação dos contêineres destinados a recintos alfandegários. O parecer foi aprovado, em caráter normativo, pelo Presidente da República. A fundamentação do despacho aborda a questão da autonomia diferenciada, para sustentar que inexistente área administrativa imune à supervisão, e que **“não há suficiente autonomia para as agências que lhes possa permitir ladear, mesmo dentro da lei, as políticas e orientações da administração superior”**. O parecer, embora reconheça que não haja hierarquia propriamente dita e subordinação, entre os ministérios e as autarquias em geral, afirma que a supervisão ministerial, com fulcro, inclusive, no art. 87, par.ún., I da Constituição federal, está alicerçada no poder de tutela que *“impõe alguma subordinação às autarquias, porque voltados (os ministérios) à preservação do interesse público, e, em última análise e especialmente, do princípio da legalidade.”* O mesmo parecer invoca, ainda, com fundamento no art. 170 do DL 200/67, como legítima, a competência advocatória do Presidente da República, *“por motivo de relevante interesse público”*, para decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal, Admite, entretanto, a impossibilidade de provimento do recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras *“adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor”*. Também reconhece a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos dirigentes das agências reguladoras como a principal restrição de meios de que dispõem os Ministérios na sua relação de supervisão com essas entidades. Biblioteca PRU4 <bibliot.pru4@agu.gov.br>(grifos nossos).

Executivo. A revisão hierárquica das decisões de regulação, fora do âmbito das agências, não serviria, ademais, de garantia para a responsabilização dessas quando não fossem adotados critérios técnicos razoáveis, mas, sim, traria como consequência prática, a irresponsabilidade junto com uma provável desmotivação na busca de otimização das decisões técnicas.¹⁰⁵

Além disso, caberia questionar a constitucionalidade dos dispositivos do DL 200/67, em face das alterações constitucionais posteriores que implantaram a reforma administrativa e a reforma do Estado. Especificamente, entendemos que as agências de regulação não foram concebidas para executar “*atividades típicas da Administração Pública*” e, por isso, não se ajustam ao conceito das autarquias tradicionais referido no art. 5, I do DL 200/67. Conforme antes referido, as funções de regulação são funções de estado e não de governo e, nelas, se encontra inserida parcela de poder normativo próprio do Legislativo, bem como funções similares às do Judiciário, na tarefa de mediação dos conflitos próprios do setor econômico regulado.

Pode-se afirmar que a postura inicial de total desconfiança quanto ao modelo das agências acabou cedendo espaço, mais recentemente, a uma espécie de aceitação tática pelo reconhecimento, pelas autoridades governamentais federais, de sua necessidade dentro de um sistema econômico de mercado complexo, diversificado e globalizado. Ainda, assim, a crítica à autonomia das agências remanesce e, na realidade, elas acabam sendo tratadas como qualquer outra autarquia tradicional da administração pública brasileira.

Exemplo típico da conduta de retraimento do tratamento compatível com o regime de autarquias especiais pode ser observado, para centrar a amostragem em apenas um caso, na legislação referente à ANEEL. Instituída pela Lei nº 9427/96, com várias atribuições próprias de poder concedente, definidas nos artigos 3º e 26¹⁰⁶, foram, algumas delas e, provavelmente, as mais importantes, expressamente

¹⁰⁵ Aragão (2002a) refere a existência de precedente administrativo em relação à admissão de recurso hierárquico impróprio em relação à decisão do CADE (despacho n.266/95, do Ministro da Justiça. DOU de 14.11.95, p.18223 e ss.), fundado na garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, e no pressuposto de que as questões de política pública relevante não podem escapar da análise da Administração central

¹⁰⁶ Exemplificando: as licitações para a contratação de concessionárias de serviços públicos de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; a celebração (ficou apenas a gestão) dos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos de energia elétrica; as autorizações (agora somente delegação do Poder Concedente) para o aproveitamento de potencial hidráulico, para a importação e exportação de energia elétrica por produtor independente.

retiradas pelas Leis ns 10.438/02 e 10848/04. Além disso, algumas competências administrativas foram eliminadas.¹⁰⁷

Pode-se afirmar que estas alterações na legislação ordinária, bem como a consolidação de entendimentos administrativos, acabam tendo curso porque os dispositivos constitucionais a respeito da concepção das agências são ainda tímidos e insuficientes para dar suporte a um modelo institucional mais definido. A proposta de Emenda Constitucional (PEC n. 81/2003, de autoria do Senador Tasso Jereissati), que acrescenta o art. 174,A¹⁰⁸ à Constituição Federal, para dar maior suporte ao modelo das agências, fixando princípios da atividade regulatória, pouco avançou na sua tramitação pelo Congresso e nada indica, no contexto político atual, que isso venha a ocorrer. Falta, além de um suporte constitucional que dê um substrato mais consistente ao modelo institucional das agências reguladoras, uma determinação legal mais precisa de parâmetros essenciais ao seu adequado desempenho, tais como os relativos à definição mais detalhada de suas competências, a forma de relacionamento com os ministérios e demais órgãos da administração nas suas áreas de atuação, a fixação uniforme da autonomia de gestão, especialmente em relação ao orçamento e execução financeira.¹⁰⁹ A proposta legislativa em curso no Parlamento não atende, como já visto, a estes requisitos. Carecem, ainda, de definição aspectos importantes que trariam reforço à legitimação de sua atuação, como os relativos ao controle social, administração participativa, critérios para uma administração consensual e de mediação de conflitos e, especialmente, uma disciplina uniforme dos respectivos procedimentos administrativos.

A verdade é que, enquanto são travados estes embates sobre os níveis de autonomia, sobre as competências que devem ou não ser conferidas às agências e o seu desenho organizacional, as mesmas se ressentem de falta de definição institucional de seu modelo. Há um dissenso intra-burocrático que não só dificulta a

¹⁰⁷ Como a criação de um cargo de Diretor Geral e a possibilidade de contratação temporária para o pessoal técnico indispensável.

¹⁰⁸ A PEC define a atividade regulatória e traça uma série de princípios pertinentes, reforçando a independência das agências: proteção do interesse público, defesa do consumidor e da concorrência, promoção da livre iniciativa, imparcialidade, transparência e publicidade, independência funcional, decisória, administrativa e financeira, decisão colegiada das agências, estabilidade dos dirigentes e investidura a termo, dentre outros.

¹⁰⁹ RIBEIRO, Ludmila Deute. A (in)definição do modelo institucional das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental**, Brasília, n. 1, p. 81-95, jan./jun. 2006.

consolidação do modelo, mas que vai mais adiante para efetivamente operar (seja pela via legislativa ou pela consolidação de jurisprudência administrativa), mudanças na concepção original da pessoa jurídica de direito público de natureza especial. Pode-se, pois, afirmar que o desenho institucional das agências foi alterado ao ponto de, hoje, elas não guardarem grandes diferenças em relação às demais autarquias. A causa imediata deste *tournant* quanto à inovação trazida pelo Estado Gerencial pode ser atribuída à falta de amadurecimento e de compreensão de seu papel, tanto da sociedade como das autoridades governamentais, quanto à absorção do novo tipo de Estado e do novo tipo de entidade. Pode-se, também, dizer que, no Brasil, as agências vieram no bojo das reformas gerenciais do Estado que, entretanto, nunca chegaram a se complementar e solidificar.

Não se vislumbra ter sido bem assimilada e compreendida na cultura da sociedade brasileira e menos, ainda, nos setores governamentais com larga experiência em desempenho burocrático, a verdadeira função que foi atribuída às agências de regulação. A implantação das agências ocorreu dentro de um feixe de ações e ideologias que faziam parte do arcabouço da liberalização econômica e das privatizações, bastante calcado na experiência britânica.¹¹⁰

Mais recentemente, houve o reconhecimento expresso da necessidade de regulação e de manter os entes reguladores independentes com a edição da Lei n. 11445, de 5.01.2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. A legislação contém um capítulo próprio para a regulação desse setor (artigos 21/28), onde são fixados os seus princípios: independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões. Garante, outrossim, aos usuários dos respectivos serviços, amplo acesso às informações dos serviços prestados e conhecimento prévio de seus direitos.

Um dos problemas que também tem sido apontado no Brasil como causador do enfraquecimento das agências de regulação pela inadequada compreensão de seu papel, foi o fato de a elaboração do marco regulador ter sido posterior à realização das privatizações. Ou seja, as agências somente foram criadas para fiscalizar e regular os novos agentes privados após concluídas as privatizações. Fica

¹¹⁰ Sabe-se que a assessoria do ministro Bresser Pereira era toda constituída de profissionais e consultores ingleses que haviam trabalhado na *New public Management* criado por Thatcher e seguida pelos governos trabalhistas.

evidenciado que a meta era a de dar credibilidade e estabilidade setorial para que os investimentos privados, pós-privatizações, não tivessem os entraves burocráticos da administração direta e nem as ingerências políticas na definição das tarifas. Partiu-se do pressuposto de que o patrimonialismo brasileiro já estará superado e que a hegemonia da política neoliberal seria alcançada. Não ocorreu um desenho prévio sistemático e detalhado do modelo regulatório. Com isso, não chegou a se configurar um modelo institucional das agências. A implementação acelerada da privatização levou à implantação das agências por meio de uma estratégia de insulamento institucional, com a concessão de autonomias na forma de regras específicas e inscritas apenas nas respectivas leis de criação.¹¹¹ A forma como foram concebidos os entes de regulação no Plano Diretor da Reforma, com separação estratégica da administração central e do poder político, em consonância com uma reestruturação do Estado, acabou acontecendo não de modo geral e institucional. Ficou o modelo limitado e fragmentado.

A exceção à regra da privatização anterior à criação do marco regulador está no setor das telecomunicações: apenas a Anatel foi criada antes da privatização, ao mesmo tempo em que foi estimulada a competição entre agentes privados distintos.¹¹² O contrário aconteceu com o setor elétrico, cuja regulação, assim como a criação da agência reguladora, a Aneel, ocorreu muito tempo depois do início das privatizações do setor.¹¹³ Afirma-se que a privatização das telecomunicações foi um sucesso no Brasil porque foi acompanhada de uma preocupação com a regulação do setor e com os problemas concorrenciais.

Outro problema significativo para a questão da consolidação do modelo institucional das agências no Brasil é o que refere à compatibilização da moldura de agências de regulação (com inspiração na sistemática norte-americana) com o conceito de serviço público adotado no Brasil, que seguiu a noção clássica francesa. A dificuldade está em que inexiste teoria do serviço público no modelo norte-americano, visto que a titularidade e a execução da atividade econômica são, de regra, atributos na iniciativa privada. Ao mesmo tempo o movimento de reforma ou de enxugamento do Estado, na Europa continental, passou pela privatização, ou

¹¹¹ RIBEIRO, 2006.

¹¹² Editorial do jornal Folha de São Paulo, de 21.10.2006, subscrito por Genser Oliveira, que ainda refere o mesmo processo ocorreu de forma diferente no México porque apenas uma única empresa, a Telmex, terminou em posição quase monopolista.

¹¹³ PACHECO, 2003.

seja, pela transferência do exercício de funções públicas aos particulares e mesmo da própria titularidade estatal, em alguns casos.

Ocorre que, pelo ordenamento brasileiro, conforme bem destaca Couto e Silva, a qualificação de um serviço como público, exige, além da característica do interesse geral que o serviço procura atender, a presença de um vínculo orgânico entre o serviço e o Estado. Esse será sempre o titular do serviço, embora possa delegar a sua execução a um particular. Sendo assim, “[...] o direito brasileiro, em linha de princípio, não conhece função pública ou serviço público, de qualquer natureza, que não seja prestado pelo Estado ou mediante delegação do Estado.”¹¹⁴

Além disso, o conceito de serviço público, entre nós, foi inserido na Constituição, embora não de modo explícito¹¹⁵, mas ao prever um rol bastante amplo de serviços considerados como públicos. Isto não aconteceu na França e em outros países europeus que adotaram o sistema romano-germânico, como a Itália, Grécia, e Portugal.¹¹⁶ De acordo com a Constituição Brasileira, o serviço para ser considerado público tem que ter vínculo orgânico com o Estado, que, mesmo quando o repassa à execução privada, mantém a sua titularidade. Esta inserção constitucional é uma peculiaridade que diferencia o Direito brasileiro dos demais ordenamentos jurídicos que não adotam uma solução de nível constitucional de identificação do conceito de serviço público, ficando a matéria relegada ao legislador ordinário.¹¹⁷ Não há, de outro lado, no Brasil delineamento constitucional quando à moldura dos entes estatais de regulação que, por todos os motivos já expostos, inclusive para o êxito das tarefas que foram confiadas, devem ter uma conformação diversa das demais pessoas jurídicas tradicionais da Administração pública, inclusive quanto ao quesito da autonomia reforçada.

Outro fator que trouxe complexidade à matéria foi a doutrina nacional majoritária formada a partir das colocações de Mello¹¹⁸, que considerava como serviço público apenas aqueles prestados sob regime de direito público, ficando de fora da qualificação os serviços concernentes à atividade econômica atribuídos ao

¹¹⁴ SILVA, A., 2002, p. 45-46.

¹¹⁵ Lima observou que “[...] a definição constitucional do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição.” Pareceres (LIMA, Rui Cirne. **Pareceres:** direito público. Porto Alegre: Sulina, 1963).

¹¹⁶ SILVA, A.; op cit..

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, 2002.

¹¹⁸ MELLO, 1999.

Estado, que se submetem a um regime misto, de direito privado e com inserções de direito público. Desta posição, diverge, com propriedade, Couto e Silva¹¹⁹, que separa, na categoria brasileira de serviços públicos, os **serviços administrativos**, de um lado, relativos às atividades essenciais do Estado, onde o regime é inteiramente de direito público, dos **serviços de natureza comercial ou industrial**, de natureza econômica, que estão sujeitos a um regime híbrido: preponderantemente de direito privado, mas mesclado com normas de direito público.

Em linha paralela, Justen Filho sustenta que o conceito de serviço público não pode ser definido por um critério puramente material (relacionado com a natureza da atividade desenvolvida), nem diferenciado, de modo absoluto, da atividade econômica, sendo, apenas, possível apartá-lo de uma concepção mais restrita de atividade econômica. Reconhece, entretanto, que não é tarefa fácil distinguir os conceitos de atividade econômica e de serviço público.¹²⁰

¹¹⁹ SILVA, A., 2002.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, 2002.

5 CONCLUSÕES

A presente tese se propôs a analisar o fenômeno internacional do processo de rejuvenescimento dos paradigmas clássicos do Direito Público em decorrência do surgimento do Estado pós-moderno da regulação econômica, verificado na maior parte dos países ocidentais, inclusive no Brasil. Fizemos, entretanto, a opção, neste último capítulo, por dirigir a nossa contribuição conclusiva diretamente à experiência brasileira de atuação das agências de regulação independentes. Após concluída uma década de existência destes novos entes reguladores, a opção se justifica, a nosso ver, na tentativa de melhor compreender a adequação, ou não, dos instrumentos adotados e do modelo institucional escolhido, bem como as transformações que eles sofreram frente a nossa ordem jurídica e à realidade institucional e política.

Frente a este propósito, entendemos necessário, prefacialmente, pontuar alguns aspectos a respeito das peculiaridades e dificuldades do sistema brasileiro de regulação econômica do Estado em face do ordenamento constitucional vigente.

O conceito de serviço público no Brasil, concebido sob a influência da doutrina francesa clássica, possui a nota especialíssima de ter inserção constitucional e de pressupor sempre a titularidade estatal. Esta é uma particularidade que diferencia o Direito Brasileiro dos demais ordenamentos jurídicos que não adotam uma solução de nível constitucional de identificação do conceito de serviço público, ficando, esta solução, relegada ao legislador ordinário. Ocorre que este balizamento constitucional limita a atuação do Estado Gerencial já que a privatização (ou desestatização) dos serviços comerciais ou industriais de utilidade pública não pode romper o vínculo da atividade com o Poder Público. Em decorrência, as atividades de regulação econômica que devem ser realizadas pelas agências setoriais ou multissetoriais são paralelas às atividades estatais de poder concedente, próprias dos órgãos centrais da Administração Pública, que acabam sendo, muitas vezes, exercidas sob critérios de poder político que não podem ser tidas, propriamente, como políticas de Estado.

Outra dificuldade para o êxito das atividades regulatórias foi que as privatizações ocorreram sem que, previamente, tivessem sido desenhados os respectivos marcos regulatórios. Ou seja, as agências foram instituídas e os seus

parâmetros de atuação concebidos apenas depois de concluídas as privatizações. Para o bom resultado de suas ações, o modelo das agências deveria ter sido desenhado conjuntamente com a concepção das privatizações. Deveria ter havido coerência entre as coordenadas do processo de privatização e a disciplina do marco regulatório.

Nessa equação também deve ser considerado que o Brasil adotou um modelo de administração pública centralizada, com fulcro no direito europeu continental que está alicerçado numa cultura patrimonialista e burocrática. Todavia, ele escolheu, como paradigma, no programa de Reforma de Estado de 1995, o modelo das agências de regulação do sistema anglo-saxônico, especialmente o relativo à experiência norte-americana. Ocorre que as disposições constitucionais quanto ao modelo diferenciado das agências, são ainda tímidas e insuficientes para dar suporte a esta solução. Percebe-se, assim, que as reformas gerenciais do Estado brasileiro não chegaram a se completar na esfera constitucional e se revelaram insuficientes aos objetivos visados. Além disso, a opção pelo modelo norte-americano ocorreu sem que houvesse sido dado um destaque especial à questão da procedimentalização da atuação das agências, que é da essência do modelo paradigma, possibilitando a efetiva realização da administração participativa, do controle social e da permeabilidade dos diversos interesses em jogo nos setores econômicos regulados. A concretização destas circunstâncias contribuirá para minorar o *deficit* democrático das agências e dará legitimidade à atuação destas instituições. A matéria carece da edição de uma lei de caráter geral que discipline a procedimentalização uniforme da atividade regulatória das agências, estabelecendo os princípios próprios e com exigência do manuseio de mecanismos de consultas e de audiências públicas, além de um sistema reforçado de auditorias que possam exercer, com isenção, a mediação dos conflitos. A importação do modelo norte-americano traz, de outro lado, a dificuldade de sua adaptação a nossa realidade institucional visto que inexistem, lá, a teoria do serviço público já que a titularidade e a execução da atividade econômica são, de regra, atributos da iniciativa privada.

Pontuadas estas questões, a análise feita ao longo do desenrolar da década das novas agências reguladoras independentes, no Brasil, permite **concluir** que as modificações legislativas e a jurisprudência administrativa normativa, ocorridas na Administração Federal (referidas no item 4.5), redundaram em retraimento na

concepção original daqueles entes e importou em modificação de seu regime jurídico.

Verificando o ciclo da década da experiência, constata-se que as agências reguladoras independentes foram instituídas no governo FHC, sob a inspiração da grande onda mundial tendente a modificar o perfil e o papel do Estado quanto à gestão da coisa pública e seus reflexos na intervenção estatal na economia. O intento era o de transformar o Estado Prestador de benefícios, modelo que, no mundo inteiro, dava evidentes sinais de exaustão, no Estado Gerencial. Para tanto, a Administração Pública deveria ser enxugada e privatizada nos espaços em que a presença material do Estado não fosse essencial, ou seja, nos serviços públicos industriais e comerciais de utilidade pública. Nessa despublicização da atividade econômica, verificada mediante a quebra de monopólios estatais e a delegação daqueles serviços a operadores privados, foi revelada, concomitantemente, a necessidade (impulsionada por representantes do Banco Mundial empenhados na reforma) de criação das agências estatais, com perfil e regime jurídico distintos das demais pessoas jurídicas de direito público que exerciam funções administrativas ordinárias. A concepção que prevaleceu foi a de que as competências regulatórias não poderiam ser exercidas pelos órgãos e entes da estrutura tradicional da Administração, por exigirem um mecanismo de afastamento estratégico da influência direta das esferas políticas, tanto do Executivo como do Legislativo. Este requisito é que garantiria a eficiência da função regulatória e o cumprimento de suas finalidades. Partiu-se do pressuposto de que o patrimonialismo do Estado brasileiro já estaria superado e que, com este desenho inovador para as agências reguladoras, a hegemonia da política neo-liberal seria alcançada.

Ocorreu, porém, que a partir do advento do governo Lula, com os sucessivos questionamentos, especialmente de origem governamental, quanto à dimensão da autonomia das agências, medidas pontuais e efetivas foram sendo adotadas, tanto de caráter legislativo como de consolidação da jurisprudência administrativa. Destas medidas se permite concluir que o perfil e o regime jurídico das agências reguladoras foram alterados ao ponto de que elas, hoje, acabam, praticamente, atuando como um braço especializado de suporte técnico à administração central, não com regime jurídico muito diferenciado em relação às demais autarquias. O aspecto que foi preservado foi em relação à estabilidade dos mandatos dos dirigentes das agências, em períodos não coincidentes com o do

Chefe do Executivo e à autonomia financeira, através do recebimento de taxas pela prestação dos serviços de regulação, submetido, entretanto, ao regime de contingenciamento pelos setores fazendários centrais.

Frente a esta conduta que consideramos como de recuo no tratamento de autarquias com *regime especial*, e que pode ser denominada como a segunda onda regulatória no Brasil, entendemos relevante questionar se todas as competências que foram conferidas, inicialmente (na primeira onda regulatória), às agências (como, por exemplo, aquelas que concernem às atividades de poder concedente ou aquelas que constituem atividade de fomento na economia, caso da ANCINE, pra citar apenas um, ou outras funções de política de governo) justificavam a criação de um arcabouço institucional diferenciado sob a modalidade de autarquia sob *regime especial*. Ou será que as agências que têm estas atribuições que são apenas de políticas públicas de governo não deveriam ser apenas executivas, onde poderia haver um contrato de gestão com o ministério supervisor? A nosso ver, somente aquelas que detêm atribuições de regulação econômica, em sua essência, (como é o caso da fixação de preços e de tarifas de interesse público em mercado não concorrencial, ou que têm barreiras para o ingresso), demandam aquele tratamento especial. Para estas é indispensável a autonomia reforçada frente ao poder político e mostra-se inadequada a manutenção de contrato de gestão com o órgão supervisor central, visto que a natureza das atribuições não é compatível com este instrumento. Estas funções são verdadeiramente políticas de Estado e não prioridades definidas, politicamente, pelos governos e que acabam mudando, ao sabor desses. Nesta última situação se enquadram rigorosamente, pelo menos, a ANEEL e a ANATEL.

Provavelmente, em governos futuros, poderemos ter uma terceira onda regulatória no país, mais afeiçoada a nossa realidade e, especialmente, às necessidades econômicas. Provavelmente, pela teoria do pêndulo, antes aludida, a opção pode pender para uma postura de conferir maior independência a apenas algumas agências específicas que detêm atribuições de políticas de Estado e que exercem verdadeira regulação econômica.

Concluída a década da experiência brasileira das novas agências reguladoras independentes, fica evidenciado, mais uma vez, que a importação de instituições jurídicas e políticas não afinadas à cultura e à realidade do outro país, no caso o Brasil, pode acarretar um dispêndio de energia maior, para a implementação

dos respectivos modelos, proporcionalmente à qualidade dos benefícios que delas deveriam advir. Não pode ser desconsiderado, outrossim, que a cultura brasileira, quanto a mudanças incrementais, é de assimilação lenta e paulatina, sendo que a sua aceitação vem aos poucos.

O propósito deste estudo foi o de contribuir para a discussão ampla sobre o tema e permitir, de forma acadêmica, o processo de aprimoramento da experiência brasileira do novo tipo de regulação estatal na atividade econômica. As agências reguladoras brasileiras trouxeram entusiasmos iniciais e foram sendo instituídas, em larga escala, com objetivos não uniformes. Posteriormente, o desenvolvimento de suas atividades e o instrumento de organização adotado encontraram resistências, conduzindo ao processo de modificação antes aludido. Talvez estejamos, a partir de agora, melhor habilitados a encontrar a solução mais afinada a nossa realidade e ao arcabouço institucional vigente ou em condições de modificar esse para permitir uma melhor definição do modelo e das competências próprias das agências reguladoras.

REFERÊNCIAS

AMABLE, Bruno; PETIT, Pascal. Ajustamento estrutural e política industrial; uma abordagem regulacionista. In: THÉRET, Bruno; NRAGA, José C. S. (Org.). **Regulação e globalização**. Campinas: UNICAMP, 1998. p. 351-382.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A legitimação democrática das agências reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006b. p. 1-20.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002a.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 1, n. 8, p. 7-19, ago. 2006a.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação dos Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 3, p. 1-53, abr./maio 2002b.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público econômico**. Granada, Espanha: Comares, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 156-162, out./dez. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: _____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a. p. 303-343.

BARROSO, Luís Roberto. Introdução. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Código civil, comercial, processo civil e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, set. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

BRASIL. **Projeto de Lei**: Dispõe sobre a gestão, a organização e o controle social das Agências Reguladoras, acresce e altera dispositivos das Leis nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nº 9.984, de 17 de julho de 2000, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.233, de 5 de junho de 2001, da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e dá outras providências. Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2004/msg166-040412.htm>. Acesso em: 25 nov. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A discricionariedade**: análise de seu delineamento jurídico: discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COMPARATO, Fábio konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTIN, Cláudia. Aspectos Gerais das agências executivas, das agências reguladoras e das organizações sociais. **Cadernos FUNDAP**, Brasília, n. 22, p. 40-47, 2001.

DEVILLER, Jaqueline. **Le Droit Administratif français e ses révolutions tranquilles**: fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: fórum, 2003c.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003a.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: _____ (Coord.). **Direito regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003b.

FERRAZ, Sergio. Regulação da economia e livre concorrência; uma hipótese. **RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 201-213, abr./jun. 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 253-257, maio 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras. **O estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. Tradução em espanhol. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Os poderes das Agências americanas e judicial review: leading case e básicas observações. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 169-184, jun. 2003.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Milão:Giuffré, 1993. v. 2.

GRAU, Eros Grau. **O direito posto e pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO. As agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na regulação independente? In: ARAGÃO, Alexandre (Coord.). **Poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 310-313.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética. 2003a.

JUSTEN, Mônica Spezia. O serviço público na perspectiva do direito comunitário europeu. **Revista de Direito da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 137-176, abr./jun. 2003b.

LIMA, Rui Cirne. **Pareceres: direito público**. Porto Alegre: Sulina, 1963.

MALBERG. Carré de. **Contribution à la theorie générale de l'état**. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1920. t. 1.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites a abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69-93, abr./jun. 2003.

MAURER, Harmut. **Droit administratif allemand**. Tradução de Michel Fromont. Paris: L.G.D.J., 1994.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MODERNE, Franck; MARCOU, Gerard. **L'idée de service public dans le droit des états de L'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 51, n. 2, p. 105-119, abr./jun. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social. In: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 105-117, jan./mar. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Transferências de atividades estatais a entes da sociedade**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 1998. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/congresso>>. Acesso em: 18 fev. 2007.

MOREIRA, Egon Brockmann. As Agências executivas brasileiras e os contratos de gestão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 92, v. 814, p. 11-25, ago. 2003.

MOREIRA, Vital. **Administração autônoma e associações públicas**. Coimbra: Almedina, 1997a.

MOREIRA, Vital. **Auto regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997b.

MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob impacto da União Européia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 227-248, abr./jun. 2003.

PACHECO, Regina. El control de las agências reguladoras em Brasil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA, 8., 2003, Panamá. [Anais]. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intrados/groups/public/documents/CLAD/clad00476.10.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2006.

PECI, Alketa; CAVALCANTI, Bianor Scelza. Reflexões sobre a autonomia do órgão regulador: análise das agências reguladoras estaduais. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 5, p. 99-118, set./out. 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma gerencial do estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, p. 27-65, jul./ago. 2000.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

RIBEIRO, Ludmila Deute. A (in)definição do modelo institucional das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Políticas Públicas e Gestão Governamental**, Brasília, n. 1, p. 81-95, jan./jun. 2006.

RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 13. ed. Paris: Dalloz, 1980..

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil**: fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 171-226, 2003. Suplemento. Cadernos de Direito Público.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 44-74. out./dez. 2002.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **O direito administrativo das concessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SUNFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e Regulação estatal. In: _____ (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1958. t. 1.