

REGULAÇÃO SOCIAL, MERCADO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: QUAIS AS NOVAS PERSPECTIVAS DA REGULAÇÃO ESTATAL?

FREDERICO ANTONIO LIMA DE OLIVEIRA*

Promotor de Justiça de 3ª Entrância do Ministério Público do Estado do Pará
Doutor em Direito de Estado (subárea – Direito Constitucional) pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

RESUMO

Em meio a um cenário de grandes mudanças nas estruturas dos Estados políticos, cada vez mais evidentes desde a segunda metade do século XIX e que vêm provocando sérias alterações nas relações jurídicas, econômicas e sociais entre as esferas pública e privada de poder, deslocaram-se as preocupações liberais até então muito presentes, com o uso do poder regulatório do Estado na seara econômica e voltado para os fatores como o mercado e a competitividade, para as searas privada e social, onde os limites dos interesses públicos e privados foram flexibilizados, provocando não só a formulação de um novo modelo de prestação dos serviços públicos, inclusive aqueles considerados essenciais e não de caráter propriamente econômico, mas também a prática de uma atividade regulatória com propósitos sociais, a fim de sanar as contínuas falhas do mercado lesivas aos direitos sociais envolvidos. Este contexto trouxe à cena jurídica contemporânea alguns aspectos de grande relevo para o debate, donde destacamos duas preocupações que encerram este singelo articulado. Referem-se tais preocupações a alguns dos aspectos relacionados à descentralização dos serviços públicos típicos do Estado, e, como consectário lógico de tal processo, a prevalência dos direitos fundamentais, em particular o respeito ao princípio da dignidade humana, que necessita ser observado pelos agentes envolvidos.

* Outras qualificações do autor

Mestre em Direito Público (subárea – Direito Administrativo) pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Universidade da Amazônia – UNAMA. Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP), em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UNB), em Direito Ambiental e Políticas Públicas pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA-UFPA) e em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

“As ideias das pessoas são pedações da sua felicidade.”
(William Shakespeare)

1. Introdução

O poder regulamentar da administração pública passa por dois aspectos muito ligados ao princípio da legalidade. Trata-se da vinculação da atividade administrativa à lei e às competências formalmente destinadas (*ex vi* art. 5º, II, da CF/88). Portanto, em termos práticos, o que temos é a limitação das possibilidades de delegação de atribuições regulamentares pelo Executivo (entenda-se, Administração Pública) fora das competências já estabelecidas no texto constitucional originário. Dessa maneira, em síntese, expomos mais uma questão intrincada no processo regulatório brasileiro, dentre outros aspectos de relevo, que diz respeito à possibilidade de exercício de atos administrativos normativos por meio de regulamentos do Executivo e das agências reguladoras que transferem a função legislativa do Legislativo, implementando políticas de governo. O que nos parece importante ressaltar é que a visível função normativa que vem sendo desempenhada pelo Executivo não deve substituir as manifestações legislativas propriamente ditas na definição das normas-programa que disciplinam políticas públicas.

Em meio a este novo contexto não pacífico quanto ao exercício das funções do Estado e prestação de seus serviços, quer em prol de interesses públicos, privados ou de ordem social, vê-se, sob qualquer ótica, a transição do que se entenderia como um “Estado *executor*” que atuava na ordem econômica, via pessoas jurídicas, passando a ser um “Estado *regulador*”¹, que fixa regras disciplinadoras para a ordem econômica, exercendo inclusive um papel de fiscalização (*ex vi* art. 174, CF/88)².

Nesse aspecto, merece também destaque o papel desempenhado pelas organizações sociais civis no processo de descentralização administrativa. No caso brasileiro, incumbe a essas entidades, e solidariamente ao Estado, a promoção dos interesses coletivos comuns, dos objetivos e dos fundamentos da República. Tais entidades poderão fazer observar o princípio da boa governança, sempre ressaltado nos momentos de crise de governabilidade, como a que enfrentamos no Brasil de hoje³.

2. Regulação social, mercado e dignidade humana como conceitos relacionados

Abordar o tema das formas de intervenção do Estado na economia significa, do ponto de vista teórico do direito, compreender como se configura o ordenamento econômico de um país. Sua análise possibilita identificar a divisão de esferas entre

o Estado intervencionista e regulamentador da atividade econômica e aquele que se limita a organizar as forças de mercado por meio da aplicação do direito concorrencial⁴.

É atribuída ao Estado, portanto, uma série de funções na organização do processo econômico. Situando-se de maneira sintética, correspondem a dois grandes grupos⁵: aquelas em que o Estado aparece como empresário, ou seja, como produtor e distribuidor de bens e serviços, e aquelas em que ele se apresenta como regulador, enquadradas nesse cunho as medidas legislativas e administrativas por meio das quais determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, objetivando orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos⁶. Nessa perspectiva ampla, a ideia de regulação⁷ inclui toda a forma de organização econômica por intermédio do Estado, seja na concessão ou outorga de serviço público, seja no exercício do poder de polícia⁸.

O poder de polícia, como assim se encontra preconizado nos arts. 145 e seguintes da CF/88, vem sendo severamente questionado quanto às suas características sociais e orgânicas na contemporaneidade. Buscando um conceito mais equânime com o Estado constitucional, o que se pode entender por constitucionalismo econômico transcende a concepção liberal e “policialesca” dos idos dos séculos XVII e XVIII. O conceito contemporâneo de poder de polícia passou a ser concebido sob a égide da necessidade de fundamento e finalidade para ser aplicado, e assim entendido numa acepção mais neutra, vinculada à ideia de ordenação social, numa ordem em que se busca evitar a produção de uma contaminação semântica do termo – poder de polícia – eventualmente utilizado para englobar um conjunto inorgânico de atividades de limitação, pretensamente conferidas por meio de poderes implícitos e naturais à Administração Pública, ultrapassando em muito os limites de conteúdo destinados pela lei.

A substituição da realidade econômica do pós-guerra, bem caracterizada pela acumulação de riquezas em bases nacionais, por uma nova realidade econômica do Estado, comprometido com a inovação tecnológica e uma nova ordem econômica internacional, foi uma realidade histórica dos anos 1930⁹. O Estado contemporâneo sofreu grandes mudanças nos finais da década de 1990, passando a planejar e regular as atividades privatizadas, garantindo a concorrência e os direitos do consumidor em harmonia com o desenvolvimento tecnológico.

Três grandes contextos são perceptíveis nas novas bases estatais formadas. De um lado, defendeu-se um novo constitucionalismo, regionalizando-se as uniões dos Estados soberanos; por outro lado, desenvolveu-se um novo conceito humanitário em sistema global, e, por fim, transcenderam-se os limites da atividade econômica dentro de um habitat específico, criando-se um novo e amplo

ambiente internacional para o capital transnacional que se movimenta ao redor do globo¹⁰. Este novo ambiente vem formando blocos regionais transnacionais, donde a integração econômica traz também necessidades de integração política e jurídica¹¹.

Os contextos apontados, em verdade, se acoplam e interagem, porém de forma semi-independente, possuindo pontos de comunicação e de inferência que não devem ser capazes de perverter as lógicas formais de cada um dos sistemas, quer político, econômico ou jurídico¹²; podem e, de fato, assumem importância nesta análise, na medida em que a formação de blocos econômicos no pós-guerra também proporcionou, em grau visível, o incremento de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos e a internacionalização do direito constitucional, quer pela inserção de mecanismos constitucionais nos tratados internacionais, quer pela internalização do direito humano internacional no corpo das constituições contemporâneas¹³.

Desse novo contexto, grandes problemas também advieram para nossa realidade¹⁴. A retórica da globalização vem sendo acompanhada e legitimada ideologicamente e, embora já se apresente um contramovimento nesse sentido¹⁵, a ideia de minimização da ação do Estado resume o remédio neoliberal a ser aplicado à inflação. O constitucionalismo vem sendo rediscutido em função das grandes temáticas apontadas neste estudo¹⁶, e se tem apresentado uma certa desconfiança do atual modelo constitucional global, com a conseqüente flexibilização das soberanias. A pós-modernidade¹⁷ não poderá, a nosso ver, sepultar a garantia constitucionalista do pós-guerra, que instituiu e deu base à maioria das democracias contemporâneas ao redor do globo.

Sob esse prisma, conforma-se a concepção de democracia e de legitimidade no Estado regulatório, com as ideias de Jürgens Habermas, bem alinhadas por professor da Universidade de Nova York, Paul G. Chevigny, que diz:

“O modelo institucional de Habermas tem fortes ligações com o liberalismo; um propósito principal do modelo é preservar a autonomia pessoal, como também descentralizar as decisões tomadas é uma característica da sociedade liberal. Assim é aquele Habermas que reitera que a esfera pública deve ser ‘envolta em padrões liberais de cultura política’ (BFN 358); as pessoas têm que refletir sobre os assuntos públicos levando em conta os próprios direitos a fim de respeitar os direitos dos outros. Mas os direitos individuais existem no modelo institucional fundados não precipuamente nos interesses individuais contra o Estado e os outros indivíduos para proteger um

O poder de
polícia vem sendo
severamente
questionado
quanto às suas
características
sociais e
orgânicas na
contemporaneidade

*reino privado, mas no interesse de compreensão de coletivo e a formação de um reino público. A função das proteções processuais fortes é manter aquele reino público como democrático, e assim deixar todo mundo participar, fazendo leis para todos, após uma livre discussão relativa a todas as implicações e todas as alternativas. O que permanece obscuro é como o sistema legal irá lidar com dificuldades do estado regulador e o aumento da autonomia individual.*¹⁸ (tradução própria)

O processo de “globalização” teve o primeiro nome de “mundialização”, a partir de algumas estruturas preestabelecidas; dentre elas, podemos destacar: a emergência de uma nova divisão do trabalho advinda com o Estado liberal; o desenvolvimento de mercados fora do âmbito das nações; a expansão das empresas multinacionais; a importância dos acordos internacionais entre as nações; a redução do papel do Estado com a privatização; a hegemonia dos conceitos neoliberais nas relações econômicas; tendência generalizada, em todo mundo, à democratização e à proteção dos direitos humanos, aliada ao aparecimento dos atores supranacionais não governamentais. Esses novos paradigmas contemporâneos provocaram o surgimento de uma regulação globalizada, deslocando o interesse nacional para o interesse global, e, dessa forma, instituindo regiões periféricas e centrais de interesses sociais, com reflexos eminentemente econômicos.

Friedrich Hayek considerava a democracia como o regime “menos ruim” para a sociedade, e, ancorando-se na visão de Karl Popper, dizia ser ela uma “sociedade aberta”, onde o Estado é uma necessidade e, ao mesmo tempo, um mal necessário, e que deve ter os seus instrumentos de controle de poder apurados e eficientes para salvaguardar os direitos de todos¹⁹. O modelo de “constitucionalismo liberal” foi construído a partir de uma concepção em que a sociedade deveria estar lastreada nas diferenças entre a “ordem espontânea” e a “organização social”, esta última a desejável e calcada numa sociedade livre e representativa. A noção de “ordem espontânea” desenvolvida por Hayek pressupõe o engajamento na obediência aos princípios gerais aprovados pela opinião pública em geral, que pode impor restrições à vontade particular de toda autoridade, e mesmo da maioria.

Em sua obra *Direito, legislação e liberdade*, F. Hayek aponta, a nosso ver, duas grandes pilstras da regulação social, como tratada no Estado contemporâneo. Trata-se da negação ao construtivismo cartesiano e a falsa ideia de uma “justiça social”. No seio do Estado assistencialista, Hayek questionou o cartesianismo kantiano, discutindo a falibilidade da legislação e das instituições oficiais como mecanismos de implementação dos direitos sociais. Nesse sentido, dispôs que as regras sociais não deveriam ser edificadas deliberadamente por objetivos determinados, e sim com base numa “ordem espontânea”, com regras de conduta apreendidas. Portanto, a regulação deveria partir do fato social e da realidade, e basear-se na “justa conduta”.

Assim, ao enfrentar a questão sobre a “justiça social”, Hayek aponta que o sectarismo na distribuição de oportunidades não se apresentaria numa “sociedade aberta”, numa “ordem espontânea”. A “justiça social” que se desenvolve numa economia de mercado é atingida, segundo Hayek, pela justiça feita entre seus atores ou agentes do mercado, e não pelos resultados aferidos. A busca da equidade se implementaria pela redução do papel do Estado e o desenvolvimento do papel do juiz, como guardião das normas de “boa conduta”, garantindo assim o respeito à “ordem espontânea”, e, nesse sentido, nos dirige Hayek a Jean Domat, que, ao seu turno, assemelhava as regras dos homens às regras de suas condutas. Não se trata, pelo que percebemos, de um retorno ao naturalismo, mas talvez uma nova visão do direito livre, mesmo que em muito se assemelhe às ideias jusnaturalistas²⁰.

Hayek observa a grande mudança que teve ensejo na sociedade liberal, onde a proteção dos direitos se destinava a grupos restritos e o indivíduo não era livre, mas preso a objetivos concretos e comuns, para o conceito de sociedade aberta, onde a obediência às mesmas regras abstratas seria o enfoque mais importante, enquadrando nesse nicho a equidade. A passagem evidenciada por Hayek nos leva ao trabalho da equidade, da igualdade de informação e do respeito às diferenças como estipulações necessárias para a garantia dos direitos “fraternos” na era globalizada; é na verdade a transição do espaço local dos estados soberanos para o espaço universal da humanidade²¹. É bem verdade que a prenunciada volta da contemporaneidade à equidade nega o esforço nacionalista e racionalista moderno dos séculos XVII e XVIII, e mais, também não é menos verdade dizer que a justiça social é, no fundo, o verdadeiro questionamento do neoliberalismo.

A questão da soberania é, no fundo, o ponto central de toda a problemática da regulação do direito. E mais, essa soberania, agora já fragmentada e dividida, deve ser rediscutida. A autoridade do Estado²², conforme concebida na modernidade, vem perdendo espaço para uma autoridade de instituições *não estatais*, onde o monopólio da coerção estatal é flexibilizado e os clamores dos Estados-nação perdem o seu caráter nacional e territorial. Nesse sentido, o direito estatal é substituído ou suprimido²³, é progressivamente substituído por instâncias que se situam em posições hierárquicas inferiores, donde se extrai o exemplo francês como bem aplicável, compondo esse quadro com a participação da sociedade organizada por meio da descentralização do poder coativo do Estado, e, pelo mesmo prisma, advindo novas formas de negociação, de mediação inseridas em proporções cada vez maiores nos Estados contemporâneos²⁴. Esse processo faz com que os cidadãos tenham cada vez mais possibilidades de recorrer às instâncias locais ou alternativas não estatais²⁵.

A regulação social se apresenta num contexto onde o direito posto não parece satisfatoriamente capaz de abraçar o conjunto representativo do poder público.

Um dos grandes entraves que desde logo percebemos se situa na especificidade do direito como mecanismo de coerção e não de controle. Portanto, uma regulação social não pode se libertar do conteúdo fundamental do ordenamento jurídico, e, em particular, de dois grandes eixos do mecanismo jurídico, quais sejam: a repartição dos papéis institucionais e a legalidade das ações estatais. Por outro lado, também se percebe um grave risco na instrumentalização do direito, ao passo em que este mesmo direito vale menos para a regra promulgada do que para a implementação das políticas públicas. O ponto central da polêmica discussão sobre a regulação social se coloca no suprimento do direito estatal, quando as políticas públicas ou os programas de ação tomam a dianteira do direito no sentido tradicional, na instalação de uma regulação social.

Há várias formas para se implementar políticas públicas sem o uso do direito que, além de ser regulamentar, também pode se apresentar com a função distributiva, redistributiva ou constitutiva. Essa *não utilidade* do direito é bem visível em matérias como a ambiental. No caso do direito ambiental, a necessidade da intervenção ordenadora estatal é suprida, então, por políticas públicas consideradas internacionais e até mesmo globais (esse sentido foi bem mais assimilado nas questões ambientais como a questão do clima). Aliás, inserem-se também nas matérias sujeitas à intervenção ordenadora, aquelas referentes aos direitos de cidadania, tais como saúde, educação, direito a terra para agricultura, defesa do meio ambiente e outras. A defesa de tais direitos passou pelo âmbito econômico mais específico, necessitando da cooperação internacional como um mecanismo de ajuste “intramuros” dos instrumentos internacionais de natureza econômica, chegando à garantia do conceito de segurança humana, de todos os seres humanos, e não propriamente das estruturas dos Estados²⁶.

A desestatização se insere tanto no contexto da pós-modernidade como na necessária participação popular no exercício da cidadania para desenvolver tal processo²⁷. As mudanças paradigmáticas do estado regulatório não prescindem de um amplo debate sobre a cidadania no traço do Estado contemporâneo, e mais, na participação popular, inclusive através de conselhos para esse fim²⁸.

A discussão base à qual se atém o texto refere-se à independência e competência das agências reguladoras, à capacidade de executoriedade de suas decisões – ao passo em que o mercado, na era globalizada, substitui o próprio Estado como instância de coordenação socioeconômica – e, ainda, à influência direta e indireta dos grupos econômicos mais fortes nas esferas públicas de decisão.

O uso do potencial, dos recursos e dos poderes do Estado para melhorar as condições econômicas dos grupos mais periféricos da sociedade vem a produzir uma verdadeira demanda por regulação. O Estado necessita investir as suas diversas formas de fomento em agentes econômicos (indústrias) que possam arcar

com os custos da regulação, abrindo assim o caminho para uma distribuição mais equânime de recursos, e conseqüentemente de estrutura nos diversos setores da sociedade.

Diz-se que a regulação poderá ser então “benéfica” ou “adquirida”, na medida em que se insere uma carga tributária diferenciada e mais pesada sobre alguns dos grupos econômicos prevalentes no mercado, impondo-se a eles um maior encargo tributário a fim de aumentar a flexibilização negativa dos preços, na busca, mesmo que indireta, de um aumento no poder de compra de uma maior parte dos setores sociais. Surgem daí duas correntes explicativas do fenômeno regulatório moderno, quais sejam, a que defende o público em geral ou uma grande parcela dele, e uma segunda, em que a decisão regulatória necessita de uma explicação racional e democrática.

O racionalismo estatal nos leva a entender que os sistemas políticos são racionalmente planejados e aplicados, devendo estar voltados aos anseios da sociedade. Por esse prisma, os objetivos sociais ou meramente competitivos da regulação parecem ser uma opção de cada Estado. O Estado poderá estabelecer alguns tipos de políticas regulatórias para seu setor terciário, quais sejam: as subvenções, subsídios, políticas de preços, barreiras de entradas etc., todas aptas a controlar as oscilações do poder econômico no mercado. São diversas as causas sociais que levam as empresas a concentrar poder econômico, tanto por motivos benéficos como por motivos prejudiciais, estes últimos destinados a obter uma parcela monopolística do mercado, produzindo efeitos nocivos à concorrência²⁹. Dando-se nota dos efeitos eventualmente benéficos, poderíamos apontar a realização de economias de escala e a obtenção de maior eficiência na produção ou administração dos recursos produtivos.

Os demais conceitos intrínsecos à análise das estruturas e das condutas e suas relações com o desempenho dos mercados não convém ao nosso desiderato neste tópico, podendo-se dizer o mesmo das formas de concentração econômica. Retornando à seara mais estreita da regulação e da intervenção do Estado no domínio econômico, percebe-se que a intervenção estatal na seara econômica que se iniciou com o propósito de corrigir, como já assinalado, as chamadas falhas de mercado, logo após a primeira Guerra Mundial, e, num segundo momento, no advento da segunda guerra mundial, alterou o panorama tradicional do direito e da economia, desde então muito mais relacionados. É o limiar do surgimento do já referido direito econômico.

A questão da soberania é, no fundo, o ponto central de toda a problemática da regulação do direito

No surgimento do direito econômico repousam os novos objetivos da intervenção estatal na economia, que não mais se alojaram na mera solução das falhas do mercado e de suas crises, surgindo daí três elementos para o arcabouço social da atividade regulatória, quais foram: a) as regras contra a concentração econômica, com caráter dirigente (políticas econômicas) e preventivo; b) a inserção constitucional de normas de proteção à concorrência e de repressão do abuso do poder econômico; e c) as regras de flexibilização no direito concorrencial, valendo-se da histórica regra da razão como mecanismo destinado à proteção da livre concorrência³⁰.

A regra da razão com meio de promover objetivos sociais e políticos, que não especificamente a proteção do mercado e a concorrência, na teoria econômica, é, em nossa ótica, a *pedra de toque* que dá passagem, a exemplo de outras bases teóricas, para a concepção social da regulação e sua inserção em matérias de interesse público, como é o caso do meio ambiente e das atividades agrícolas³¹.

Os custos da regulação, notadamente em seu âmbito social, recaem na análise das diferenças existentes entre o processo de decisão política democrática e o processo de decisão no mercado. O processo de decisão democrática exige simultaneidade de decisão e envolvimento de toda a comunidade e não apenas daqueles que estão diretamente implicados na situação econômica apontada. O controle dos atos de concentração, a fim de obter uma regulação mais assimétrica, deve pressupor a representação política, com a atuação de partidos políticos e organizações não governamentais, na realização desse controle no mercado, influenciando-o e trabalhando com lobbies junto ao Poder Legislativo, na busca de uma regulação mais favorável.

A intenção de domínio dos mercados nos leva à concepção de um necessário controle dos atos de concentração econômica no mercado, o que faz chegar à definição de mercado relevante como produto do espaço geográfico e espacial onde a concorrência existe. Necessita-se fazer com que os produtos existentes no mercado se coloquem de forma apta a competir em similitude de oportunidades, sobretudo no tocante aos preços e produção das empresas atuantes no mesmo mercado; daí emerge outro conceito essencial para tecer o raciocínio, que se mostra na configuração do poder de mercado, como aquele destinado ao agente econômico que detém o poder de influenciar nos preços do mercado³².

Esse novo contexto trouxe consigo a possibilidade de ordenação pela administração pública das atividades exercidas diretamente, ou ainda concedidas a particulares para o seu exercício, na medida em que os limites do direito público e privado foram ultrapassados³³. A regulação social da economia como

instrumento de controle das falhas do mercado³⁴ se complementa como um verdadeiro conjunto de mecanismos de fiscalização decorrentes da própria ordenação deste mesmo mercado. Tem-se um exemplo na seara ambiental, mais especificamente na questão agrícola, como diz Cass Sustein:

“O direito ambiental é um bom exemplo do acima mencionado. O ar limpo e a água pura têm características próprias dos bens públicos. Os custos sociais da contaminação podem ser muito maiores que os benefícios sociais que ela [a poluição] produz mas, como em cada caso individual esses custos são muito difusos e muito pequenos, o mercado não fará com que os poluidores individuais os levem em conta. De maneira bastante racional, cada poluidor desenvolverá uma atividade que conduzirá a sociedade a uma situação cada vez pior. E como uma eventual reparação supõe, por sua vez, altos custos individuais e baixos benefícios para cada vítima, estas tratarão de granjear os esforços para obter uma compensação que realize as outras vítimas; para isso, de maneira bastante racional, a vítima se negará a ser a primeira a apresentar a demanda. O resultado de tudo isso é que nem o poluidor, nem as vítimas conterão os efeitos daninhos da atividade, podendo se prever que alcançará um nível muito mais alto que o ótimo. A regulação ambiental é uma resposta característica a esses tipos de problemas.” (tradução própria)³⁵

A reestruturação do direito administrativo é uma realidade no que diz respeito aos limites entre os chamados interesses públicos gerais e os interesses privados, incluídos os interesses considerados sociais e relevantes, que justificariam a tomada de posições políticas estratégicas pelo Estado. A política pública do Estado necessita ser revista a partir de seu poder normativo. Os processos desestatizantes vieram a provocar uma contínua flexibilização do direito administrativo, onde os estancos considerados públicos e privados perderam os seus limites clássicos. Ou seja, o papel do Estado e as liberdades individuais iniciaram um processo, que continua em franca expansão, de realinhamento de objetivos e funções. O ponto de destaque neste debate e que nos interessa de perto quanto aos valores democráticos, à exemplo da dignidade humana, é a prestação dos serviços públicos que passaram a ser atividades regulamentadas.

Surge a perspectiva de um direito comum (público e privado), orientado pelas necessidades coletivas. Esse é o raciocínio que autoriza a pensar que serviços originariamente públicos como a telefonia e a energia elétrica, no caso brasileiro, pudessem ser concedidos à gestão de particulares com essa transformação. Na mesma esteira já apresentada por Habermas, entre outros, a esfera pública e a privada passam a ter uma conexão mais estreita, fazendo com que os mecanismos de gestão compartilhada e as negociações privadas na esfera pública passassem a ser uma realidade³⁶. Os diferentes regimes jurídicos necessitam conviver harmoniosamente e, com essa finalidade, novos institutos são criados e outros são

rediscutidos. Deve-se destacar, por exemplo, um debate necessário no momento sobre o novo entendimento destinado ao instituto da autorização administrativa como um ato administrativo unilateral, discricionário e precário para o exercício de atividade não exclusiva da administração pública³⁷.

3. Quais as novas perspectivas da regulação estatal?

Como já visto, as crescentes transformações sofridas pelos Estados políticos após o transcurso da segunda grande guerra mundial, além de realinharem os objetivos da política liberal de estado, deram ensejo às novas formas de regulação com preocupações mais sociais, a fim de responder às igualmente novas questões do direito administrativo, quando os direitos fundamentais assegurados por nosso Estado Democrático de Direito se encontram em plena expansão.

O Estado traça novos meios para o cumprimento de seus objetivos e funções. Uma das mais eloquentes perguntas que hão de ser feitas é: como, em verdade, o direito administrativo virá a responder, por exemplo, sobre o uso do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado? Devemos então negar a prevalência do interesse público sobre o privado? Ou substituí-lo por outro, como por exemplo o princípio da dignidade humana e o princípio de interpretação constitucional da proporcionalidade, consubstanciando o primeiro, ressalte-se, um valor democrático prevalente e conformador de nosso Estado Democrático de Direito.

Além da introdução de uma regulação com preocupações mais sociais, as novas perspectivas regulatórias do Estado também nos trazem um igualmente novo e profundo questionamento quanto ao necessário equilíbrio entre o exercício da autoridade do Estado e as liberdades públicas envolvidas³⁸. Esse indispensável equilíbrio vem se mostrando, talvez, e a nosso ver, como a “pedra de toque” de um novo modelo regulatório brasileiro. Dentre os temas de grande relevância na busca de um novo paradigma para o direito administrativo vemos os novos conceitos atribuídos aos institutos do interesse público e do serviço público.

Elegemos, por hora e para os propósitos deste sintético articulado, o interesse público como instituto que bem exemplifica nossas preocupações com os destinos do direito regulatório brasileiro. Em que pese estar clara a existência de um interesse público por vezes contraposto a um interesse individual, pode-se também, e ao mesmo tempo, constatar que de forma alguma irá tal interesse público se confrontar com os interesses dos cidadãos como um todo.

Pelo prisma que se mostra acima, os interesses de natureza geral e essência pública não só atingem aos cidadãos individualmente, mas, no mesmo passo,

atingem pela própria natureza do interesse envolvido toda uma coletividade com pretensões análogas. Portanto, os limites da intervenção regulatória do Estado, em particular no que tange aos direitos dotados de *fundamentalidade* e *autoexecutoriedade* (direitos fundamentais sociais e garantias individuais e coletivas), onde a eficácia é plena e o grau de generalidade das normas constitucionais envolvidas é maior, ficam mais estreitos em relação aos serviços públicos e demais atividades não consideradas atividades econômicas do Estado.

Nas hipóteses fáticas analisadas em concreto, a autonomia do poder regulatório do Estado, entenda-se da administração pública por seus órgãos, em particular, materializada com o uso dos discutidos decretos e regulamentos autônomos, vem à baila de forma contundente. A nosso ver, tais instrumentos não prescindem dos quadrantes específicos da legislação formal para que exerçam a sua finalidade dentro dos padrões de legalidade administrativa exigíveis no Estado Democrático de Direito.

Os limites regulatórios do Estado em temas onde os direitos detenham essencialmente uma natureza pública, fundamental, genérica e plenamente exigível, insista-se, como é o caso mais específico das *garantias constitucionais* e dos *direitos fundamentais*, são, a nosso ver, bem mais estreitos, pois, dentre outras causas, infere-se claramente que, apesar da eventual possibilidade de uso normativo dos atos administrativos como já apontados (decretos e regulamentos autônomos), continuam tais instrumentos exigindo para os seus usos as autorizações prévias e específicas de leis anteriores que definam as condições e finalidades de seus exercícios. Veja-se que tais atos administrativos são utilizados de forma específica e para situações em concreto, razão que, em nossa ótica, prejudica por si só, independente de quaisquer outros fundamentos, a aplicação genérica e imediata dos comandos constitucionais e infraconstitucionais envolvidos.

Em síntese, os atos administrativos com propósitos normativos e finalidades regulatórias deverão de estar compatíveis com a legalidade estrita observada pela administração pública brasileira como um todo. É preciso compatibilizarmos os serviços públicos dotados de *fundamentalidade* e *essencialidade* em suas prestações com o sentido mais próprio de interesse público (de toda a coletividade), tendo todos os indivíduos como seus titulares. Com esta assertiva, parece-nos necessário, como consectário lógico, estabelecermos um barramento ideológico e conceitual como parâmetro regulatório e limite de exercício do poder regulatório do Estado. Daí emerge uma questão capital, qual seja: *qual o marco regulatório a ser usado?*

A regulação social
se apresenta
num contexto
onde o direito
posto não parece
satisfatoriamente
capaz de abraçar
o conjunto
representativo do
poder público

Para obtermos resposta à questão posta é crucial que estabeleçamos as balizas a serem escolhidas como *marcos regulatórios* e usadas pelo Estado nas matérias de natureza não econômica, estando sujeitas ao interesse público em sentido mais genérico (da coletividade como um todo). A *dignidade humana*, não como um conceito, mas sim como um princípio superior de interpretação constitucional, se mostra, a nosso ver, bem alinhada para esse fim, apresentando-se, inclusive, como um corolário do próprio Estado Democrático Constitucional brasileiro, mesmo existindo críticas quanto ao uso deste *superprincípio* (dignidade humana) como um conceito jurídico estável e de significado específico e substantivo, como se dá na doutrina constitucional norte-americana.

As demais críticas de cunho filosófico, religioso e até mesmo cultural ao uso do princípio da dignidade humana são refutáveis ante a clara falta de especificidade; entretanto, deve-se notar que a dignidade humana exerce em nível constitucional tanto um papel de princípio orientador da interpretação constitucional desejável como também de justificação moral e fundamento jurídico normativo dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto a ser analisado.

O grau de abstração do princípio da dignidade humana acrescido de sua posição nuclear em face dos direitos fundamentais nos leva a entendê-lo como detentor de um papel facilitador da melhor interpretação quanto ao sentido dos direitos fundamentais existentes em conflito ou não, junto às hipóteses concretas sujeitas ao ordenamento jurídico. A dignidade humana não é um princípio absoluto no texto constitucional; todavia, salvo na existência de valores dotados de importância superior, na maioria dos casos, terá precedência e prevalência sobre os demais.

Assim, percebe-se que mesmo nos países onde nem todos os direitos fundamentais se mostram no catálogo constitucional, o princípio da dignidade humana traça os contornos do que entendemos como *conteúdo ou núcleo essencial de sentido* quanto ao que se entende por dignidade humana em cada caso específico. Esse núcleo essencial a ser definido a nosso ver também estabelecerá o limite aceitável e, portanto, legítimo para a intervenção regulatória do Estado em cada serviço, em tese, a ser por ele prestado. Existe na representação formal do princípio da dignidade humana, e em geral nos casos que envolvam a implementação de políticas públicas, a execução de direitos fundamentais e o exercício de garantias constitucionalmente asseguradas, entendido como uma abertura do sistema jurídico ao sistema da filosofia moral, em particular quando se reconhece a chamada *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais, como uma ordem moral de valores condicionantes da interpretação do sistema jurídico na sua integralidade.

4. À guisa de conclusão

Em síntese do que foi exposto, tentamos articular algumas das possíveis conclusões deste pequeno estudo. Senão vejamos:

– as transformações sofridas pelos Estados políticos fomentaram na segunda metade do século XX o surgimento de novas formas de regulação estatal, mais afetas às necessidades sociais da coletividade;

– o direito administrativo deverá responder às novas questões sobre o uso do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a fim de melhor realizar as ambições regulatórias do estado contemporâneo;

– há de existir um necessário equilíbrio entre o exercício da autoridade do Estado e as liberdades públicas constitucionalmente asseguradas a fim de se estabelecer um novo modelo regulatório para a realidade brasileira;

– em que pese estar clara a existência de um interesse público por vezes contraposto a um interesse individual, pode-se também inferir que tal interesse não se confrontará com os interesses da coletividade;

– os limites da intervenção regulatória do Estado, em particular no que tange aos direitos dotados de *fundamentalidade e autoexecutoriedade*, ficam mais estreitos em relação aos serviços públicos e demais atividades não consideradas atividades econômicas do Estado;

– o poder regulatório do Estado exercido através de decretos e regulamentos autônomos não prescindem dos quadrantes específicos da legislação formal para que exerçam suas finalidades dentro dos padrões de legalidade administrativa exigíveis no Estado Democrático de Direito;

– é preciso estabelecermos um novo barramento ideológico e conceitual como *marco regulatório* e limite de exercício do poder regulatório do Estado;

– o princípio da dignidade humana se mostra bem alinhado a servir de parâmetro mínimo para os fins regulatórios brasileiros;

– o princípio da dignidade humana traçará os contornos do que entendemos como *conteúdo ou núcleo essencial de sentido* quanto ao que se entende por *dignidade humana* em cada caso específico. Tal núcleo essencial a ser definido também estabelecerá o limite aceitável e legítimo para a intervenção regulatória do Estado, valendo-se o sistema jurídico dos métodos hermenêuticos desejáveis para realizar essa difícil mas imprescindível tarefa, traduzindo e implementando a vontade e a aceitação populares para a realização da norma regulatória estatal.

Notas

¹ Marcelo Figueiredo bem sintetiza a evolução do chamado “Estado Regulador”: “(...) O fenômeno deu-se com o recuo do Estado produtor que passou das nacionalizações às privatizações. Nas décadas de 1970 e de 1980, em quase toda a Europa ocorreram essas modificações, algumas inclusive constitucionais. Até aquele primeiro período, o setor empresarial do Estado ou o setor público produtivo, tinha importante peso econômico político e social, constituído por empresas públicas controladas direta ou indiretamente pelo Estado. Em alguns Estados, inclusive, havia proibições explícitas de acesso ao capital privado nos setores básicos da economia. Seguiu-se um período de privatizações diretas ou indiretas inclusive de gestão de serviços públicos. Com isso, o setor público empresarial viu-se bastante abalado e diminuído. Como resultado desse processo de privatização e de liberalização da economia (do Estado aos particulares), muito embora ainda se mantenham em alguns países alguns monopólios, passou-se a procurar uma forma de o Estado regular esses setores e as atividades privatizadas. Cunhou-se a expressão ‘Estado regulador’. Obviamente que o Estado sempre foi ‘regulador’ no sentido de ter o poder de expedir normas jurídicas para ‘regular’, ‘regulamentar’ atividades (inclusive econômicas) na sociedade. Assim, quando se alude a ‘Estado regulador’, quer-se referir a esse modelo dominante daqueles tempos a esta parte. O modelo que prega em larga medida a regulação, a regulamentação, o estabelecimento de regras jurídicas nesse processo de abertura econômica. Trata-se, ao que parece, de um novo paradigma de intervenção do Estado na economia, que retrata uma significativa perda de importância do setor empresarial do Estado na atividade econômica direta ou produtiva (...)” (FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 200).

² A pretensão de delegação dos serviços públicos à iniciativa privada, com o fito de se otimizar as atividades públicas, fez com que novas figuras administrativas fossem concebidas para o desempenho de funções administrativas de interesse geral. Destaca-se a reforma administrativa brasileira, onde se desenvolveu um Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado para a criação de um setor público não estatal (Decreto-lei 200/67). Foram criadas as Organizações Sociais introduzidas no direito brasileiro pela Medida Provisória 1.591, de 9 de outubro de 1997, sucessivamente reeditada, até o advento da Lei Federal 9.637, de 15 de maio de 1998; as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs foram instituídas pela Lei 9.790/99 e regulamentadas pelo Decreto 3.100/99; as agências executivas são autarquias de regime jurídico especial, previstas nos arts. 51 e 52 da Lei 9.649, de 27.5.98, que dispôs sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Leia-se a interessante obra a respeito, ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 61-77.

³ Sobre o princípio da boa governança é interessante a leitura, entre outros, do seguinte texto: BARALDI, Camila Bibiana de Freitas; DRI, Clarissa Franzoi. Sociedade civil participativa: democracia através da boa governança ou negligência estatal? Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/constitucional/sociedade-participativa.htm>>.

⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 17.

⁵ Eros Roberto Grau (cf. *Discurso neoliberal e a teoria da regulação*. In: Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos em homenagem ao professor Washington Peluzo Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 62) faz uma distinção entre intervenção estatal na economia e intervenção sobre a economia. A primeira se divide em atuação por absorção, quando o Estado assume, em

regime de monopólio, o controle dos meios de produção e/ou troca; e atuação por participação, quando o Estado atua em regime de concorrência com o setor privado, ou participa do capital de agente que detém o controle patrimonial de agentes de produção e/ou troca.

⁶ As políticas públicas de intervenção na atividade econômica, historicamente, se apresentam mais visíveis até a década de 80, com o objetivo de nacionalização, coletivização, estatização e socialização das estruturas de acesso ao mercado, seguindo a tradição europeia nesse sentido, que buscou, a partir da segunda guerra mundial, dentre outros objetivos, a eficiência no uso e na alocação de recursos, a democracia econômica na distribuição de recursos e a redução das desigualdades. Nos Estados Unidos a regulação financeira se acentua, dando mais independência para as agências regulatórias que exerciam o controle do desenvolvimento econômico. A preocupação norte-americana girava em torno, fundamentalmente, do controle das práticas antitruste e da regulação setorial. A regulação como forma de garantir a distribuição igualitária dos direitos sociais e econômicos, em período pós-liberal, perdeu força nos idos dos anos 80, quando alguns efeitos nocivos foram detectados, tais como a captura da administração empresarial por interesses meramente políticos, excesso de mão de obra, distorções ou anulação da concorrência, perdas a custo do erário, irracionalidade decisória, ambiguidade dos objetivos das políticas de planificação, difícil controle da performance e perda de eficiência, dificuldade de coordenação entre as empresas públicas e pouca transparência e responsabilidade na administração pública. Dessa feita, a privatização se constituiu, àquela altura, como uma resposta aos efeitos negativos da nacionalização. Escolas doutrinárias formularam concepções sobre as finalidades do processo regulatório naquele momento histórico, em especial os aspectos pertinentes às privatizações muito comuns na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos. Foram elas: a escola de Freiburg e a escola de Chicago.

⁷ Sobre o conceito de regulação, diz Vital Moreira: “Há duas ideias que se ligam ao conceito etimológico de regulação: primeiro, a ideia de estabelecimento a implementação de regras, de normas; em segundo lugar a ideia de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema... essas duas ideias bastam para construir um conceito operacional de regulação econômica: o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos” (Cf. MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34).

⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

⁹ Diz José Eduardo Faria: “Do ponto de vista histórico, esses mecanismos mais flexíveis de regulação e controle surgiram nos Estados Unidos a partir dos anos 30, como resposta às demandas de racionalização e equilíbrio dos setores industrial, comercial e financeiro após o colapso da bolsa de Nova York, em 1929. Sob a forma de agências independentes, eles foram concebidos para formular diretrizes gerais nas áreas de sua competência, implementar políticas *ad hoc* por meio de regulamentos, arbitrar conflitos por meio de agentes setoriais, regular a atuação de empresas para assegurar competição, estabelecer limites aceitáveis de concentração de mercado, combater os casos de abuso etc. Com os processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização ocorridos cinco a seis décadas depois, durante os governos Reagan e Thatcher, esses mecanismos foram aperfeiçoados e expandidos não só nos países centrais, mas também, e principalmente,

nos países semiperiféricos” (Cf. FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 8-9).

¹⁰ As expressões aqui utilizadas foram utilizadas também por SANTOS, Boaventura de Souza. *Toward a new common sense*. New York: Routledge, 1995, p. 281 e ss.

¹¹ Esse fenômeno possui inúmeras consequências, quer na órbita do direito internacional de blocos ou comunitário. Em nossa ótica, as questões relativas, entre outros fatores, ao necessário respeito dos direitos humanos no procedimento administrativo e, em particular, no debate regulatório, por meio da atenção aos princípios internacionais humanos internalizados. Por outro lado, também percebemos, com a clareza bem típica do debate pós-moderno, o influxo de circunstâncias desfavoráveis à proteção humana, ao passo em que o direito global também aponta um novo modelo paradigmático, que nos traduz uma grave crise de identidade, identificada, entre outros motivos, a nosso ver, no que tange ao modelo regulatório e a dificuldade em se fixar um marco regulatório específico: a inferência do modelo econômico de Estados não periféricos influentes em outros periféricos com menor volume democrático e maior separação ente a atividade de regulação estatal e o direito posto; e, mais, a prevalência de um modelo ideológico-econômico sobre Estados de soberania fragilizada, permitindo a jurisdicionalização e desestatização de setores da atividade social do Estado segundo conveniências alienígenas, em alguns casos. Nesse sentido, leia-se José Eduardo Faria, em suas lições do texto coletivo *Direito e Globalização Econômica*: “Por um lado, o Estado já não pode mais regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle, direção e indução. Por outro lado, ele é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais acabam sendo obrigados a levar em conta o contexto econômico-financeiro internacional, para saberem o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. A consequência desse processo, como será visto nesta coletânea, é paradoxal: ao mesmo tempo em que se observa um movimento de internacionalização de alguns direitos nacionais, constata-se também a expansão de normas privadas no plano infranacional, à medida que as organizações empresariais, por causa de sua autonomia frente aos poderes públicos, passam, elas próprias a criar as regras de que necessitam e juridicizar as áreas que mais lhes interessam, segundo suas conveniências” (São Paulo, Malheiros Ed., 1998, p. 11). As assertivas de Faria só nos levam à conclusão de não tratar-se, no atual contexto, de flagrante incompatibilidade ou inviabilidade do ordenamento internacional com a autonomia administrativa dos atuais Estados-nação, mas sim da necessária adoção de critérios de justiça e de direito na edição dos atos da administração pública, em especial no processo administrativo regulatório.

¹² Essa análise pressupõe uma inserção na teoria dos sistemas fechados, desenvolvida por Niklas Luhmann e Raffaele Di Giorgi, e reinterpretada por Günter Teubner. Dois pontos são de grande importância como instrumento de análise, são eles: a noção de contingência, como foi proposta por Luhmann; e ainda as concepções de estabilização dos sistemas político, econômico e jurídico em face do impacto da globalização nas dificuldades de estabilização dos diferenciados sistemas funcionalmente diferenciados nas periferias da modernidade. Nesse sentido, o controle judicial democrático do Estado dependerá, sobretudo, a nosso ver, do funcionamento dos Tribunais em sistemas jurídicos hiperexpostos às determinações do sistema político, onde a diferenciação dos sistemas é apenas parcial. (leia-se nesse sentido, CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Teoria*

do direito e globalização econômica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 89.)

¹³ O fenômeno de internacionalização dos instrumentos de proteção humana foi introduzido nas constituições tanto de tradição anglo-saxã como de origem romano-germânica. O fato que se destaca para nossa análise deve-se à crítica efetuada por Edmund Burke em seus estudos sobre a revolução francesa. A análise histórica feita por Burke afasta a concepção racional do constitucionalismo pregada pelo Estado Liberal. O modelo institucional implantado na França e na América provocou enorme desconfiança para os marxistas centrados no fato de que o constitucionalismo liberal só fazia separar as esferas pública e privada, por intermédio de uma carta de direitos e limitar a intervenção do Estado nesta última. Portanto, o constitucionalismo liberal favorecia o mercado e assegurava a desigualdade material, mascarada por um manto de igualdade perante a lei. (grifos nossos) Leia-se, MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Moraes, 1991.

¹⁴ Nesse sentido, bem adverte Carlos Ari Sunfeld, no que toca às repercussões dos novos contextos apresentados nas garantias individuais alinhadas no direito administrativo: “Quanto ao conteúdo do direito administrativo, a repercussão do direito internacional dos direitos humanos é, em tese, dupla. De um lado, naquilo que se tem chamado de direito administrativo geral, envolvendo a parcela ‘adjetiva’ desse ramo (atos e contratos administrativos, procedimentos administrativos, responsabilidade etc.). Os direitos humanos internacionais cumprem papel conformador, impondo limites e condicionamentos genéricos à ação dos Estados. Esse fenômeno é continuação daquele que, a seu tempo, gerou o próprio nascimento do direito administrativo: afirmada pelas Constituições Nacionais, a existência de direitos subjetivos contra o Estado, a consequência foi a paulatina construção de um regime jurídico administrativo, viabilizando a convivência da ‘autoridade’ com a ‘liberdade’. De outro lado, tem-se os direitos humanos internacionais positivos (direito à saúde, à educação etc.) cujo conteúdo vai deitar efeitos no campo do direito administrativo especial, constituindo condicionamentos específicos das diversas políticas públicas nacionais. É bem verdade que, sendo a Constituição brasileira tanto recente como analítica, não sofremos do ‘déficit’ de positividade de direitos subjetivos (negativos e positivos) de que padecem alguns países; por isso, o impacto da emergência do direito internacional dos direitos humanos talvez seja mais marcante na efetivação de direitos preexistentes do que na introdução dos novos conteúdos no direito administrativo. Porém, à medida que a globalização econômica caminha, como vem parecendo, para o confronto com os direitos humanos, por pretender uma “desregulação” implicando a negativa de direitos sociais, o direito internacional que os protege pode surgir como barreira às reformas constitucionais destinadas a impor essa ‘desregulação’”. (destaques nossos). (SUNDFELD, Carlos Ari. *A administração pública na era do direito global*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). Op. cit., p. 158. Parece-nos que o termo direito administrativo especial ainda não se encontra pacificado na doutrina, em especial com relação à flexibilidade com que o regramento administrativo deve ser utilizado no âmbito dos direitos sociais e nas demais atividades econômicas reguladas, de interesse público, porém exercidas por particulares, como hoje também é o caso da saúde, dos transportes não essenciais, das telecomunicações, do fornecimento de água, entre outros. A temática se apresenta na discussão existente entre os limites do direito público e o direito privado, o novo conceito de serviço público e as novas funções do direito administrativo, que devem ser estudados como temas de per si, dessa forma rompendo-se em muito com a tradição civilista brasileira. Valem ser lembrados os diplomas

de criação das agências reguladoras de atividades de interesse público, porém exercidas por particulares. Dentre elas, aquelas criadas até o início de 2002: Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei 9.472/97); Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei 9.427/96); Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei 9.478/97); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei 9.782/99); Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei 9.961/00); Agência Nacional de Águas – ANA (Lei 9.984/00); Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (criadas pela Lei 10.233/01). Também se insere nesse rol, a Comissão de Valores Mobiliários, que também entendemos deter as características reguladoras, e que teve maior grau de autonomia, inclusive com estabilidade para seus dirigentes através da Lei 10.411/02.

¹⁵ Sobre as estruturas pré-paradigmáticas, leia-se a respeito à concepção de Thomas Kuhn, em sua obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”, no sentido de que a ciência não progride evolutivamente, pacificamente, mas o progresso do conhecimento nas ciências, e é de se destacar que seu enfoque se centra nas ciências ditas exatas ou da natureza, se daria por rupturas, por saltos, por alterações de paradigmas.

¹⁶ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Realinhamento constitucional*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Op. cit.*, p. 15-48.

¹⁷ Sobre a pós-modernidade, traça André-Jean Arnaud um brilhante paralelo com o Estado moderno, dizendo: “Um direito pós-moderno apresentaria assim, *a priori*, uma imagem inversa ao produto dos oito signos ou sinais distintivos da modernidade jurídica, tais como mencionados acima. Em outros termos, um direito pós-moderno poderia ser, de uma certa maneira, o inverso do produto da abstração do direito, do subjetivismo, da simplicidade e da segurança das relações jurídicas, da separação da sociedade civil do Estado, do universalismo e da unidade da razão jurídica. Ele se caracteriza por uma vontade de pragmatismo e de relativismo, pela aceitação do descentramento do sujeito, por uma pluralidade das racionalidades, pelo risco que lhe é inerente, pelo retorno da sociedade civil e pela apreensão das relações jurídicas na complexidade das lógicas bruscamente estilhaçadas” (ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia de direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro, 1999, p. 202).

¹⁸ “Habermas’s proceduralist model has strong ties with liberalism; a principal purpose of the model is to preserve personal autonomy as well as the decentralized decision-making that is characteristic of liberal society. Thus it is that Habermas reiterates that the public sphere must be ‘embedded in liberal patterns of political culture’ (BFN 358); people must think through public issues in light of their own rights while respect the rights of the others. But individual rights exist in the proceduralist model not primarily in the interest of the individual as against the state and the other individuals and in order to protect a private realm, but in the interest of collective understanding and the formation of a public realm. The function of the strong procedural protections is to maintain that public realm as democratic, and thus to let everyone participate and making laws that they would make for themselves, after a free discussion concerning the implications for all and all the alternatives. What remains unclear is how the legal system is to shake off the encrustations of the regulatory state and thus increase individual autonomy” (In: *Direito global. Law and Politics in Habermas*, cit., p. 114). A preocupação de Habermas sobre o estado democrático de direito se apresenta não como um simples princípio, mas sim como um verdadeiro paradigma, no que se assemelha à visão de Klaus Günther, entre outros.

¹⁹ Mais precisamente das ideias de Karl Popper depreendemos os conceitos de sociologia do conhecimento, filosofia oracular, e de rebelião contra a razão em POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Buenos Aires: Paidós, 1957, p. 183-215, 397-408.

²⁰ Cf. HAYEK, Friedrich. *Droit, législation et liberté*. Trad. Fr. Paris: PUF, 1980.

²¹ Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

²² Cf. DE CICCIO, Cláudio. *Direito: tradição e modernidade*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

²³ Cf. André Jean-Arnaud., *op. cit.*, p. 156.

²⁴ Por ocasião do II Encontro de Cortes Supremas, realizado no mês de novembro de 2004, envolvendo o Judiciário de países como o Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, verificaram representantes de tais Estados soberanos os novos padrões da soberania contemporânea e do exercício da jurisdição constitucional em caráter transnacional. Alguns aspectos de influência foram alinhados naquele encontro, onde foram tratadas questões pujantes como as assimetrias constitucionais na jurisdição constitucional latino-americana, a harmonização legislativa em direito material e processual no âmbito dos países envolvidos. O que se pretendeu com os debates relacionados foi chegar a possíveis padrões para o exercício de uma jurisdição constitucional do Mercosul, via uma Corte supraestatal. A pretensão se alinha a uma tendência de soberania elástica aliada à concepção de interesses globais ou produto da globalização, em contrapartida aos padrões do Estado moderno e territorialista. Ressaltou-se àquela oportunidade a importância do desenvolvimento das ideias lançadas no protocolo internacional de “Olivos”, com o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias do Mercosul com a pretensão de uniformizar as interpretações possíveis em relação às diretivas internacionais e, em particular, a normativa do Mercosul e sua relação com o Tratado Macro de ALADE. A Corte Constitucional seria denominada de Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e sujeitar-se-ia a um exercício jurisdicional compartilhado com as Cortes Supremas de cada Estado-Parte do Mercosul, funcionando o Tribunal Permanente com um órgão consultivo, sujeitando as suas provocações ao juízo de admissibilidade das Cortes Supremas dos Estados do Mercosul. Essa é uma busca pelo constitucionalismo de bloco, algo muito semelhante ao que irá ocorrer no constitucionalismo europeu via de sua Constituição comunitária recém-criada. Disse o ministro Nelson Jobim, Presidente do Supremo Tribunal Federal, a respeito dos objetivos do Encontro: “A realização do II Encontro de Cortes Supremas dá continuidade ao esforço empreendido pelas instâncias máximas do Poder Judiciário do Brasil, da Argentina, do Paraguai e do Uruguai, no sentido de contribuir para o aperfeiçoamento institucional do Mercosul, especialmente no que respeita a sua normatividade e consequente segurança jurídica dos cidadãos dos Estados Partes. A maior inserção dos poderes judiciários no processo de integração é de primeira magnitude, em prol da necessária coordenação indispensável a blocos econômicos. Desde a assinatura do Tratado de Assunção, é perceptível a ausência de maior protagonismo judicial, em decorrência mesmo do modelo e da condução política que se convencionou adotar.” (leiam-se as informações sobre o II ENCONTRO de Cortes Supremas no site: <<http://www.stf.gov.br/encontro2>>. Acesso em: 04 abr. 2005.

²⁵ Essa tendência é dita por André Jean-Arnaud como um retorno à sociedade civil como mecanismo apto a promover os direitos da cidadania: “O retorno à sociedade civil se manifesta de forma crescente. Isto ocorre de maneira muito visível, nas contestações recorrentes, sobre os assuntos mais diversos, do Estado, do

qual justamente se espera que delas emanem, para reivindicar uma participação na elaboração da regulação social, ou até mesmo na elaboração das regras de direito. O que se passa no nível local oculta, com frequência, uma realidade mais global, que consiste no desenvolvimento de uma contestação generalizada do Estado como modo soberano de regulação das condutas privadas e coletivas, das relações sociais, e geralmente sobre a maneira pela qual ele não consegue gerir uma economia cujas rédeas lhes escapam cada vez mais. Reclamava-se do Estado uma proteção: e já que ele não consegue assegurá-la, procura-se em ‘outro lugar’, procura-se ‘de outra maneira’. É assim que os movimentos de cidadãos assumem amplitude por toda a parte. É dessa forma que se desenvolvem as organizações não governamentais...” (op. cit., p. 187).

²⁶ “Em se tratando de segurança global, há dificuldades de se estabelecer uma fronteira entre segurança no sentido militar e segurança vinculada às considerações econômicas ou humanitárias. A estratégia sugerida é uma estratégia preventiva ‘compreensiva’, no sentido weberiano do termo. Ela está centrada em causas ao mesmo tempo políticas sociais, econômicas e ambientais. É verdade que muitas crises têm por origem a pobreza e o subdesenvolvimento (...) A globalização deste tema da segurança, escapando progressivamente à soberania dos Estados-nações, acarreta uma mudança do próprio sentido desse conceito. Ele se estende, de fato, chegando a criar um novo conceito, o da ‘segurança humana’” (Cf. ARNAUD, André-Jean. Op. cit., p. 165). Nesse mesmo sentido, voltando ao tema da democracia participativa, o respeito às vontades dos Estados de economia periférica na produção normativa e regulação das atividades públicas é uma necessidade, e, nesse mesmo sentido, os movimentos sociais representam uma alternativa para tentar fazer incluir uma maior dose democrática nos ordenamentos existentes, ampliando as práticas sociais e culturais. Os direitos da cidadania são ampliados nos movimentos sociais, e assim confere-se um novo entendimento para o conceito de cidadania não ancorado especificamente na territorialidade. Essa difícil temática nos remete, sem a pretensão de trabalhá-la a contento nesse momento, aos conceitos de Estado-cidadela e do Estado-gendarme com a profícua discussão em sede de Direito Internacional Público sobre o possível governo global e a falência dos Estados-nações.

²⁷ A concepção de participação popular se apresenta bem visível nesse contexto, no que se tem por controle social ou accountability. Pode-se ligar a ideia de accountability a ideia de responsabilização ou de responsabilidade com dever de prestação de contas. Os instrumentos destinados a esse fim podem variar de acordo com as peculiaridades do setor regulado, a fim de garantir a transparência do agente regulador, evidenciada, por exemplo, na fundamentação pública de suas decisões. Diz Fernando Herren Aguillar: “O controle social, se tem entendido como o poder desfrutado pela sociedade para interferir nas decisões estatais a respeito da regulação de determinado setor da economia, constitui-se num dos elementos fundamentais para que as agências de regulação não se submetam às investidas dos setores regulados. Para tanto, não é suficiente a previsão de audiências ou consultas públicas, como estabelecido nos regulamentos das Agências Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). São mecanismos meramente informativos e consultivos das políticas do órgão e de coleta de subsídios e informações relevantes oferecidas pelos particulares interessados. Não se trata, portanto, de outorga de poderes de decisão, que garantiriam a efetiva participação popular no controle das atividades públicas (Cf. AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 251). Diz ainda Paulo Todescan Lessa Mattos sobre a participação cidadã nos processos decisórios internos das agências

regulatórias brasileiras: “A ideia de garantia do espaço do cidadão ou de espaço democrático não deve ser entendida aqui como a participação direta de todos nos processos decisórios internos às agências, mas como a justificação racional e pública dos que tomam as decisões perante os que se sentem atingidos. Em outras palavras, o que deve ser avaliado são as condições jurídico-institucionais existentes para uma justificação racional e pública das decisões tomadas pelas agências. Ou, ainda, em que medida determinada agência pode ser mais ou menos suscetível a captura por interesses outros que não o do cidadão – o destinatário do serviço regulado. Esse tipo de avaliação significa testar o potencial democrático das agências com instituições que, apesar de órgãos técnicos, não deixam de ser órgãos políticos” (Regulação, direito, cit., p. 66). Nesse mesmo sentido, leia-se a respeito da democracia deliberativa na obra de J. Habermas, J Rawls e Mangabeira Unger, respectivamente, *Direito e democracia*. Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, Cap. 9; Debate sobre el liberalismo político. Barcelona, Ediciones Paidós, 1998; e, *Democracy realized: the progressive alternative*. New York, verso, 1998.

²⁸ Insere-se nessa discussão o polêmico debate sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais implícita e explicitamente garantidos no bojo da Constituição vigente, por meio de uma interpretação constitucional “comunitária”, de caráter político. Nesse sentido, afirma Gisele Cittadino, superando a tradição kantiana, abraçada por Ronald Dworkin e John Rawls, se fundando nos ditames ‘comunitaristas’ de Michael Walzer e Charles Taylor, observando a virtude na aplicação de regras conforme as especificidades de cada meio ou ambiente social que: “Para o constitucionalismo ‘comunitário’, portanto, atividade jurisdicional não pode ficar adstrita a uma legalidade positivista e abstrata, destituída, assim, de qualquer dimensão política. A função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possui uma clara conotação política. É precisamente no âmbito desta função jurisdicional de tutela da constituição que o direito e a política se encontram. E não poderia ser diferente. Como a constituição é, para o constitucionalismo ‘comunitário’, um sistema de valores, a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em instrumento de realização política” (Cf. CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 65).

²⁹ “Os prejuízos sofridos pelos consumidores em mercados monopolizados são evidentes, pois há uma redução do consumo e um aumento do preço pago pelo bem. Por outro lado, sob o ponto de vista da alocação geral de recursos, a sociedade também perde com o monopólio ao excluir do acesso ao produto uma faixa de consumidores que não está disposta ou capacitada a adquiri-lo pelo novo preço, gera-se uma perda social. Isso porque os recursos que os consumidores deixaram de utilizar na compra do produto desejado não são sequer transferidos aos produtores. Essa situação é referida pela teoria econômica como dead weight loss (peso morto)” (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, op. cit., p. 39).

³⁰ Historicamente, tem-se sobre o Estado interventor que: “Com os ideais do Iluminismo e da Revolução Francesa houve a implantação decisiva do capitalismo no mundo. As ideias individualistas trazidas com a Revolução Francesa não queriam, apenas, o respeito à dignidade humana, aos valores intrínsecos do homem, sua liberdade, mas uma total abstenção do Estado na economia. Com o *laisse faire*, *laisse passer* o Estado não poderia intervir na economia é a figura do Estado mínimo. O ente estatal deveria apenas propiciar e manter alguns serviços e atividades que os particulares não tivessem de explorar, bem como alguns órgãos públicos com o fim de gerar bem-estar à sociedade. O mercado desde então passou a ser regido pela chamada ‘mão

invisível'. Para esta concepção, o mercado tem mecanismos suficientes para se controlar e manter-se estável, sem que haja a ação estatal para 'atrapalhá-lo'. Mão esta que não se demonstrou eficiente para controlar o mercado diante das distorções que este sofre pela ação de seus agentes. A liberdade, igualdade e fraternidade pregadas pelos liberalistas são incompatíveis e ilusórias. Os atores econômicos, em uma ação natural, tentavam de todas as formas protegerem-se e, para isso, retiravam seus competidores do mercado através, muitas vezes de mecanismos imorais, mas que até então não protegidos pela lei. O cúmulo de riquezas gerou o poder econômico, que mais parece uma força do mal nas mãos do homem. O abuso do poder econômico faz com que a igualdade do Liberalismo se transforme em uma piada – uma arma na mão dos ricos em detrimento dos pobres. Igualdade entre um industrial e um operário, entre um grande comerciante e um consumidor, dentre outras igualdades utópicas” (Cf. NEVES, Rodrigo Santos. O Estado regulador: a dignidade humana como princípio informador da regulação do mercado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 11, p. 211, jul./set. 2003).

³¹ Cf. PEETERS, Jan. The rule of reason revisited: prohibition on restraint of competition in the *Sherman Act* and the *EEC Treaty*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, n. 3, p. 521-570, 1989.

³² *Id.*, *ibid.*, p. 28.

³³ Nesse sentido, leia-se o entendimento de Menelick de Carvalho Netto sobre o prisma constitucional das transformações sofridas pelo Estado contemporâneo: “A materialização não resolve tudo por si só, a economia não supre os Direitos de forma alguma. É preciso ver que a experiência democrática é sempre uma experiência de aprendizado para qualquer povo. Temos que aprender a fazer democracia, e, ao contrário do que a ditadura afirmava, não temos que esperar qualquer bolo crescer, até porque esse bolo jamais vai crescer como democrático se de seu crescimento não formos o fermento, se não atuarmos efetivamente na construção e reconstrução cotidiana do regime como sujeitos ativos e destinatários ao mesmo tempo. Enfim, a grande questão aqui colocada passa a ser a da cidadania como processo, como participação efetiva. É claro que ocorre uma nova mudança de paradigmas, na qual, outra vez, podemos salientar novos tipos de direitos como o direito ambiental, o direito ao patrimônio histórico, o direito do consumidor. Direitos esses que apresentam a natureza da proteção jurídica de interesses que refogem a dicotomia público x privado, que problematizam todo esse campo relacional e que novamente exigem a revisão de tudo (...) Existem dimensões públicas que hoje atravessam mesmo os recintos mais privados, e o próprio público é uma esfera que não pode ser confundida com a do Estado, reatando-se, outra vez, com aquela noção de povo que não pode ser visto como consciência coletiva ou algo desse tipo, mas, a rigor, requer ser enfocado com fluxos comunicativos, como possibilidade de participação, enfim, toda uma complexidade doutrinária que é requerida hoje para darmos conta dos desafios que temos que enfrentar” (CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. *Fórum administrativo*, mar. 2001). A universalidade e diversidade culturais são bem enfrentadas novamente por Habermans, a fim de apontar a generalidade das culturas num mundo globalizado, deve se encontrar partilhada por todos os cidadãos, inclusive dos países de economia periférica, em prol da manutenção de um nível democrático aceitável para a manutenção da igualdade como direito fundamental dos homens e o banimento do arbítrio. (Leia-se, HABERMAS,

Jürgen. O Estado nação Europeu frente aos desafios da globalização. *Novos Estudos – CEBRAP*, n. 43, p. 87-101, nov. 1995). Tem espaço nesse debate, mesmo que se admita sem o necessário fôlego para este trabalho, mas, em todo caso, merece nota a temática instaurada em torno dos serviços públicos brasileiros, e sobre quais os serviços típicos e exclusivos a serem prestados pelo Estado, e aqueles produtos de atividades econômicas de interesse público, que poderão, e eventualmente, deverão ser reguladas pelo Estado, em busca da eficiência como princípio a ser observado. É possível destacar pelo menos três possíveis acepções do conceito de serviço público. São elas: – aquela apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que é notadamente formalista, assegurando que o Estado escolhe quais as atividades que são consideradas serviços públicos (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 98); – aquela defendida por Marcello Caetano, para quem o serviço público “é o modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quanto deles careçam, os meios idôneos para a satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida” (CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1983, v. 2, p. 1.067); e, ainda, aquela defendida por Celso Antonio Bandeira de Mello, que, num patamar intermediário diz: “É toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 1). A atividade ordenadora do Estado é bem definida por Carlos Ari Sundfeld, que diz: “Administração ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio” (leiam-se as perspectivas da atividade regulamentar do Estado, e seus limites de legalidade na mesma obra, *Direito administrativo ordenador*. 1a. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, 128 p.). A garantia de respeito aos interesses sociais na prestação das atividades reguladas se deve, conforme aponta Vinícius Marques de Carvalho, a dois fatores, mais diretamente: “(I) a defesa da concorrência e do consumidor como fundamento para a realização do interesse público; e (II) formas efetivas de responsabilização (accountability) e controle social para garantir o conteúdo democrático imprescindível à atividade regulatória” (grifos nossos) (Cf. CARVALHO, Vinícius Marques de. *Regulação, direito e democracia*. In: FÁRIA, José Eduardo (Org.). *Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 22).

³⁴ Sobre falhas de mercado, depreende-se, sinteticamente, algumas das bases teóricas da chamada economia neoclássica, donde se percebe que as chamadas falhas de mercado se apresentam em mercados imperfeitos, onde a concentração de riquezas e as limitações das estruturas de acesso são uma realidade. Dentre os exemplos mais conhecidos de imperfeições do modelo liberal, destacam-se os monopólios não naturais, os cartéis e os oligopólios.

³⁵ “El Derecho ambiental es un buen ejemplo de lo anterior, ya que el aire limpio y el agua pura tienen las características propias de los bienes públicos. Los costes sociales de la contaminación pueden ser mucho mayores que los beneficios sociales que ella produce pero, como en cada caso individual dichos costes son muy difusos y muy pequeños, el mercado no hará que los contaminadores individuales los tengan en cuenta.

De maneira bastante racional, cada contaminador levará a cabo uma actividade que conduza a que a sociedade em su conjunto esté cada vez peor. Y como una eventual reparación supone, a su vez, altos costes individuales e bajos beneficios para cada víctima, ésta tratará de gorronear los esfuerzos para obtener una compensación que realicen las demás víctimas; por lo que, de manera bastante racional, se negará a ser ella la primera en presentar la demanda. El resultado de todo esto es que ni el contaminador, ni las víctimas, detendrán los efectos dañinos de la actividad, que puede preverse que alcanzará un nivel mucho más alto que el óptimo. La regulación ambiental es una respuesta característica a este tipo de problemas” (original) (Cf. SUSTEIN, Cass. Las funciones de las normas regulativas. In: *Isonomia: revista de teoría y filosofía del derecho*. No. 17, outubro/2002. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México – ITAM – 2002).

³⁶ Nesse sentido, destaca-se a nova legislação federal que inova a lei das licitações 8.666/93, e dá formato a uma nova modalidade de pregão judicial.

³⁷ Diz a respeito Márcio Iorio Aranha: “A discussão do conceito de autorização na CF/88 existe em razão da incongruência constitucional no emprego da terminologia. Enquanto o art. 175 trata da prestação de serviços públicos por concessão ou permissão, os arts. 21, XI e XII, e 223 prevêem serviços titularizados pela União, mas passíveis de prestação indireta sob os regimes de concessão, permissão ou autorização. As hipóteses interpretativas podem ser resumidas nas seguintes: a) o art. 175 teria estabelecido requisitos específicos para a prestação de serviços públicos em regime de concessão e permissão, remetendo, implicitamente, o tratamento dos serviços públicos prestados por meio de autorização às regras gerais do regime público; b) a previsão de autorização para os serviços titularizados pela União estaria em conflito com o previsto no art. 175; c) a previsão de autorização para prestação dos serviços titularizados por um ente político estaria a indicar a coexistência entre serviços públicos (concessão e permissão) e atividades econômicas (autorização) no mesmo rol de atividades. A par dessas considerações, há ainda crítica à aplicação prática do instituto da autorização, que, embora qualificado pela doutrina tradicional como ato unilateral, discricionário e precário, apresenta, na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), característica de vinculação, que seria própria da licença. Não se deve esquecer, todavia que a base argumentativa contra o uso do instituto da autorização para atividades econômicas assenta-se no impreciso termo discricionariedade e na insistência de que aquele instituto terá significado eternamente unívoco. A Constituição não esgota o sentido nem limita de forma apriorística e precisa a autorização. Ela dificilmente dará a solução didática e unívoca para satisfação do intérprete. Ela, muito menos, arvora-se na condição de carrasco da evolução do direito. Isso não quer dizer que toda a normação infraconstitucional esteja livre para criar, mas não se pode utilizar da Constituição para embasamento de argumentos totalizantes que retiram da discussão jurídica o ensaio de soluções melhoradas e desviam a atenção dos aplicadores do direito” (ARANHA, Márcio Iorio. Poder normativo do Executivo e teoria da regulação. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 9, p. 139-140). Nesse mesmo sentido, leia-se a preocupação que é compartilhada na doutrina brasileira: “Fala-se, aqui, em riscos do serviço privado em si: se o serviço deixar de ser prestado, o Estado não intervém para prestá-lo ele próprio. Não se está comentando o risco dirigido ao prestador do serviço, pois, neste caso, mesmo o prestador de serviços públicos está sujeito ao risco natural do negócio. A propósito, as definições de concessão e permissão na Lei Geral de Concessões determinam que o concessionário e permissionário de serviços públicos os prestarão por ‘sua conta e risco’” (art. 2º, II e IV, da Lei 8.987/95) (Cf. Id. *Ibid.*, p. 142).

³⁸ Nos últimos anos intensificou-se no Brasil a ocorrência de um problema de saúde pública já antes conhecido: a doença da dengue. Sua expansão gerou a caracterização de níveis considerados epidêmicos, inclusive com relato de mortes causadas pela manifestação mais agressiva da doença: a dengue hemorrágica. A gravidade do quadro solicita a atuação do poder público, nos diversos âmbitos federativos. Conhecimentos científicos e dados técnicos de saúde informam que a contenção e a prevenção de doença demandam o combate.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- APEL, Karl-Otto. *Como fundamentar uma ética Universalista de Corresponsabilidade que tenha efeito sobre as ações e atividades coletivas?* Ética. Cadernos Acadêmicos. UGF 4. 1996.
- _____. *Estudos de moral moderna*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ARENDRT, Hannah. *A condição a humana*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- ARNAUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Entre a modernidade e a mundialização – cinco lições da história da filosofia do direito e do Estado*. Paris: L.G.D.J., 1998.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 2a. tir. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. 2. São Paulo: Landy Editora, 2002.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- _____. *Crítica à dogmática hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. De José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria da Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, jul./1978, n. 47.
- _____. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 68, out./dez. 1983.

- _____. Legitimidade do poder. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, abr./jun. 1984.
- _____. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. Teoria geral das Constituições escritas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, jan./jul. 1985, n. 60/61.
- _____. Teoria geral da revisão constitucional e teoria da Constituição originária. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1994, n. 198.
- BARBOSA, Ana Paula Costa. *A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Sérgio Rezende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 5. ed. Celso Bastos Editor, São Paulo, 2002.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BECKER, L. A.; SANTOS, E. L. Silva. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BETTI, Emílio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990.
- BIELSA, Rafael. *Metodología jurídica*. B. Aires: Castellví, 1961.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- _____. *Entre duas repúblicas – as origens da democracia italiana*. Mabel Malheiros Bellati. Brasília: Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Universidade de São Paulo, 2001.
- _____. *Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política*. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

- _____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.
- _____. *A teoria das formas de governo*. 10. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- _____. *As ideologias e o poder em crise*. 4. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- _____. *Igualdade e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- _____. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. *Teoría generale del derecho*. Bogotá: Temis, 1987.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del derecho*. Trad. Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa – por um direito constitucional de luta e resistência – por uma nova hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Do país constitucional ao país neocolonial – a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Política e direito*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORETZ, Pierre. *Lé Droit et la Règle*: Herbert L. A. Hart. In: La Force du droit. Panorama des Débats Contemporains. Paris: ed. Esprit, 1991.
- BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). *Hermenêutica plural – possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BOULOS, Christianne. *Coalisão de direitos fundamentais*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2002.
- BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: L. G. D. J., 1977.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1987.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa – lei do tribunal constitucional*. 6a. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. B. Aires: Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos, 1973.

_____. *Notas sobre derecho y language*. B. Aires: Abeledo Perrot, 1972.