

## ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DA CONCEPÇÃO DE REGULAÇÃO ESTATAL<sup>1</sup>

*Elementos y características esenciales de la concepción de regulación estatal*

*Essentials elements and characteristics of the State regulation conception*

**POR: DR. ANDRÉ SADDY**

*Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF) (Brasil)*

*Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford*

*Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España*

*Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do*

*Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina*

*Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e*

*Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

*Diretor Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ)*

*Consultor e parecerista*

[andresaddy@yahoo.com.br](mailto:andresaddy@yahoo.com.br)

**RESUMO:** Pelo presente trabalho, busca-se conceituar e evidenciar as distintas concepções e formas de regulação existentes. Inicialmente, trata-se da importância da regulação estatal e quais objetivos a mesma deve atingir. Para melhor compreensão do tema, é realizada uma ampla exposição de conceitos doutrinários nacionais e estrangeiros acerca da regulação estatal de um modo geral, bem como seus subconceitos ou características, visto que se trata de um supraconceito; além da exposição de críticas e justificações. Em seguida, são expostos os elementos e características da concepção de regulação estatal, como a interferência pública intencional, as normas jurídicas, decisões políticas, judiciais e administrativas, verificando a importância da regulamentação como base e como norte para a persecução do interesse público, que é o fundamento da atividade estatal.

**PALAVRAS-CHAVE:** regulação estatal; supraconceito; interferência pública; efetividade; interesse público

---

<sup>1</sup> \* Recibido para publicación: 27 de noviembre de 2016.

Enviado para evaluación externa: 7 de noviembre de 2016.

Recibida evaluación externa positiva: 28 de noviembre de 2016.

Aceptado para publicación: 5 de diciembre de 2016.

**ABSTRACT:** By the present work, it seeks to conceptualize and emphasize the different conceptions and the different existing forms of regulation. Initially, it addresses to the importance of the state regulation and the goals it should achieve. In order to deeply understand the subject, a large exposition about the national and foreign doctrinaire concepts, as well as its sub-concepts and its characteristics is carried out, since it is a supra-concept; besides the exposition about its criticals and justifications. After that, the elements and the characteristic about the conception of the State regulation is exposed as the intended public interference, the legal standards, the politics, judicial, and administrative decisions, verifying the importance of the regulation as the basis and the north to persecute the public interest which is the base of the State activity.

**KEYWORDS:** State regulation; supra-concept; public interference; efficacy; public interest

**SUMARIO:** I. INTRODUÇÃO. II. CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA DE REGULAÇÃO ESTATAL. III. ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DA ATUAL CONCEPÇÃO DE REGULAÇÃO ESTATAL. 1. INTERFERÊNCIA PÚBLICA INTENCIONAL. 2. NORMAS JURÍDICAS, DECISÕES POLÍTICAS, JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS. 3. INDICAÇÃO, INDUÇÃO OU IMPOSIÇÃO, PROIBIÇÃO OU PERMISSÃO DAS ESCOLHAS DE OUTREM OU DE SI MESMO. 4. INTERESSES PÚBLICOS. IV. CONCLUSÕES. V. REFERÊNCIAS.

## I. INTRODUÇÃO

São muitas as justificativas para o Estado decidir regular uma determinada atividade econômica, a principal está na necessidade de alterar ou modificar o comportamento de algum agente econômico para proteger objetivos e aspirações coletivas. Normalmente, essa necessidade ocorre para remediar certas insuficiências ou falhas de mercado<sup>2</sup>. Estas insuficiências ou falhas são as mais diversas e podem ter relação com os custos de transação, deficiências de informação, efeitos de terceiros (incluindo externalidades), ou concorrência imperfeita<sup>3</sup>.

A teoria do interesse público assinala que as insuficiências e falhas de mercado (*market failures*) são as causas da regulação. Segundo dita teoria, a regulação estatal é necessária para restabelecer o equilíbrio e a equidade das práticas empresariais.

Outra teoria que trata do tema é a da captura (ou teoria econômica da regulação). Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a

<sup>2</sup> BREYER, Stephen G. *Regulation and its reform*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982.

<sup>3</sup> São exemplos de falhas de mercado: (I) falha de mobilidade: a rigidez dos fatores leva à incapacidade de autocorreção do mercado (aspectos físicos, operacionais, institucionais e psicológicos) que leva à adoção de medidas anticíclicas e seguro social; (II) falha de transparência (informação imperfeita): a informação deve ser disseminada no mercado, pois a assimetria de informação gera distorções; (III) falha de estrutura (poder econômico): a concentração econômica pode levar à redução do bem-estar social, em razão de abusos e apropriação de renda do consumidor; (IV) falha de sinalização (externalidades): a existência de custos “externos” incompassados gera problemas de externalidade negativas e de “*free-rider*”; (V) falha de incentivo: algumas atividades estão associadas a problemas de alocação, produção e apropriação coletiva em razão de problemas dos chamados “bens coletivos”; entre outros.

influenciar as decisões e a atuação do regulador, levando este a atender mais aos interesses dos agentes econômicos (de onde vieram seus membros) do que os da sociedade, isto é, do que os interesses públicos. Esta teoria, portanto, mostra que o aparato regulatório corre o risco de ser "*adquirido*" pelos agentes econômicos, com "*a regulação desenhada e operada primariamente para o seu benefício*". Assim, sem um correto controle social do regulador, os interesses dos agentes econômicos regulados tendem a influir e moldar as práticas regulatórias de maneira distorcida.

Outros motivos também influenciaram a regulação de determinados mercados, como: o sufrágio universal, que resultou na ampliação da democracia e, por conseguinte, na pressão muito mais ampla de diversos setores da população; os riscos dos desenvolvimentos tecnológicos, visto que os rápidos avanços da tecnologia planteiam riscos e ameaças à saúde e à segurança, criando problemas para a proteção dos consumidores ou usuários e do Estado; a "*revolução dos direitos*", com a proteção legal, jurídica, dos hipossuficientes; a satisfação de certos objetivos econômicos, como as eficiências econômica e social, como valores de justiça distributiva, paternalismo e da comunidade; entre outros<sup>4</sup>.

Independente do motivo, fato é que o Estado nem sempre consegue regular o mercado da forma que deseja ou, quando consegue, peca na dose e excede na regulação, o que, também, pode ser prejudicial ao mercado. Encontrar o equilíbrio não é tarefa fácil, mas deve ser o fim desejado pelo regulador.

Para que o Estado consiga achar tal equilíbrio, deve ele entender o que é regulação afinal, estar-se-á diante de um megaconceito. É exatamente isso que o presente trabalho visa esclarecer, é dizer, a concepção de regulação estatal.

## II. CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA DE REGULAÇÃO ESTATAL

As divergências hoje existentes com relação à regulação estatal ocorrem porque o conceito de regulação, mais frequentemente utilizado pela doutrina brasileira, afirma ser esta uma forma de intervenção do Estado no comportamento econômico das empresas privadas<sup>5</sup>.

Vital Moreira<sup>6</sup>, apoiado nas lições de Hans D. Jarass, enumera três grandes linhas de concepções sobre o conceito de regulação:

---

<sup>4</sup> Para Floriano de Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011, p. 94), a regulação estatal irá se justificar quando: "*i) houver significativas externalidades; ii) houver hipossuficiências não protegidas de maneira plena pelos mecanismos de regulação transversal; iii) houver objetivos públicos para o setor previstos em políticas públicas explícitas.*"

<sup>5</sup> A expressão comumente utilizada como regulação tem sua origem em estudos econômicos realizados por profissionais da língua inglesa, com a finalidade de separar a clássica regulamentação jurídica da intervenção regulamentar estatal na atividade econômica (BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. *Desregulación: entre el derecho y la economía*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993, p 60).

Nas Ciências Sociais, foi descrita, segundo ele, na Teoria Geral dos Sistemas, como *a função que preserva o equilíbrio de um modelo em que interagem fenômenos complexos.*

<sup>6</sup> MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

(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 económica, equivalendo portanto ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).

Filiado ao segundo sentido, Floriano Azevedo Marques Neto<sup>7</sup> e a maioria da doutrina brasileira afirmam que a regulação compreende toda a atividade estatal sobre o domínio económico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade económica (em sentido amplo), ou seja, fica de fora a participação direta do Estado no serviço público e na atividade económica em sentido estrito<sup>8</sup>. Alexandre Santos de Aragão<sup>9</sup> refere que: "*Do conceito de regulação está excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens ou serviços e como fomentador das atividades económicas privadas, que, junto com a regulação, constituem espécies do género da intervenção do Estado na economia*". Já Marçal Justen Filho<sup>10</sup> sustenta que "*intervenção estatal indireta não é sinónimo de regulação. Regulação é uma forma de intervenção indireta que se caracteriza somente quando o Estado organiza um conjunto de órgãos especializados para promover a intervenção de modo permanente e especializado*". Por fim, para Carlos Ari Sunfeld<sup>11</sup>, regulação é "*característica de certo modelo económico, aquele que o Estado não assume diretamente o exercício de atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é propriamente de certa família jurídica, mas sim uma opção de política económica*"<sup>12</sup>.

Encontra-se, assim, generalizado, na literatura jurídica brasileira, um conceito de regulação como instituto que compreenderia qualquer forma de atuação do Estado que

<sup>7</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Económico*. Salvador, n. 4, p. 1-21, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 dez. 2012, p. 3.

<sup>8</sup> Para Floriano de Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011, p. 90), regulação estatal "*é a função pública de intervenção, em que da ordem económica, pela qual o estado restringe, disciplina, promove ou organiza as iniciativas pública e privada no âmbito económico, com vistas a assegurar seu funcionamento equilibrado e o atingimento de objetivos de interesse público*".

<sup>9</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito Jurídico de Regulação da Economia. *Revista de Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro*. São Paulo, n. 122, abr./jun. 2001, p. 40.

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 465.

<sup>11</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Económico*. São Paulo: Malheiros/SBDP, 2000, p. 23.

<sup>12</sup> No mesmo sentido, tem-se doutrinadores espanhóis, como Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 126), que afirmam ser a regulação uma das formas de intervenção pública que restringe, influi ou condiciona as atuações dos agentes privados e autores portugueses como o próprio Vital Moreira (MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 35), que assevera que o conceito de regulação designa "*toda a intervenção do Estado no comportamento económico das empresas privadas, ficando de fora a participação directa do Estado na própria actividade económica*". Para este autor, a regulação designa toda e qualquer operação externa pela qual o agente privado se vê obrigado a alterar a sua conduta. É, assim, toda ação estatal que faz com que os particulares adotem determinados e específicos comportamentos.

interfira nas escolhas dos privados, sendo tal função tradicionalmente prosseguida por meio de intervenção do Estado.

Ora, apesar de ser esse o entendimento majoritário não é ele o único existente. Além disso, a onda de mudanças hoje existente no direito administrativo leva a crer que não se pode afirmar que tal concepção é correta e absoluta. As mudanças derivadas, por exemplo, do novo Marco Regulatório do Saneamento Básico trazem a necessidade de se repensar tal concepção, afinal, regulação é um conceito amplo, com grande fluidez conceitual, ou, como o próprio Vital Moreira<sup>13</sup> esclarece, é um megaconceito, um supraconceito. Neste sentido, Carlos Ari Sunfeld<sup>14</sup> assevera que "*o conceito exato dessa figura é ainda muito incerto e flutuante, inclusive na legislação*". É, inclusive, por isso que, segundo Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais<sup>15</sup>, existe uma considerável controvérsia doutrinal sobre o conceito técnico-jurídico de regulação<sup>16</sup>.

Assim, parece melhor o entendimento que estabelece ser a regulação uma espécie de interferência pública intencional que limita as escolhas dos privados e, até mesmo, do próprio Poder Público, sendo que este sofrerá dita intervenção sempre e quando atuar como se privado fosse, isto é, sempre que exercer atividade por meio de uma pessoa jurídica de direito privado com fins econômicos, como, por exemplo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também quando possuir uma autarquia que exerça determinado serviço público a fim de que este seja prestado com a máxima adequação possível à população. Para Julia Black, este também seria o melhor conceito de regulação, ao afirmar que<sup>17</sup>:

Regulation is the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behavior-modification.

<sup>13</sup> MOREIRA, Vital. *Autoridades e instrumentos de regulação*. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Coimbra, out. de 2006 – jun. de 2007.

<sup>14</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32.

<sup>15</sup> FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 21.

<sup>16</sup> Segundo Diogo de Sant'Ana (SANT'ANA, Diogo de. *Conjuntura da Regulação no Brasil: conflitos e convergências*. In: SHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva, 2010, Série GVlaw, p. 366): "*Do ponto de vista teórico não é fácil definir o que seja regulação. Uma das formas de se entender a regulação é descrevê-la como o instrumento utilizado pelo Estado na ordenação e organização dos mercados (GRAU, 2002, p 136). Pode-se entender regulação como poderes e ações decorrentes da intervenção do Estado quando este manifesta objetivos declaradamente econômicos (SUNDFELD, 2002, p. 18). Outra possibilidade é entender a regulação como controle legislativo e administrativo exercido por meio de impostos, subsídios, controle sobre ingresso nos mercados (POSNER, 2004, p.50). Pode-se adotar ainda a visão de que existem ao menos três formas de regulação: a econômica, que interfere diretamente nas relações de mercado; a social, que protege os interesses públicos, tais como meio ambiente e segurança; e a administrativa, que são regras por meio das quais os governos coletam informações e intervêm em decisões econômicas individuais (OCDE, 1997).*"

Observa-se, portanto, que uma série de esforços para a definição de regulação tem sido feita, além, é claro, dos possíveis significados que tal termo possui: de controle sistemático, em oposição aos mercados; como um instrumento de política; como uma forma de lei; e em oposição à ideia de regulamentação.

<sup>17</sup> BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. London: Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2002 (Discussion Paper 4), p. 20.

Em outro artigo<sup>18</sup>, ela adiciona a este conceito que: “*regulation is thus understood here to be the intentional, goal-directed, problem-solving attempts at ordering undertaken by both state and non-state actors*”.

Robert Baldwin, Colin Scott e Christopher Hood<sup>19</sup> identificam três definições. A primeira vê a regulação como a promulgação de regras por parte do governo, acompanhadas por mecanismos de monitoramento e fiscalização, em geral, a serem executadas por meio de um órgão público especializado. A segunda define a regulação como qualquer forma de intervenção direta do Estado na economia, independente da forma. Por fim, a terceira e última definição comum de regulação a concebe como todos os mecanismos de controle social ou de influência que afetam aspectos do comportamento de qualquer fonte, seja ela intencional ou não.

Para esse autor, regulação é empregada porque muitas vezes comportamentos precisam ser modificados. Sem regulação, o comportamento pode ser modificado por lei, porém vale recordar que, na ausência desta, tudo é permitido ao particular.

P. Selznick<sup>20</sup> define regulação como “*sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community*”.

Laura Macgregor, Tony Prosser e Charlotte Villiers<sup>21</sup> sugerem que os elementos-chave para a definição são “*firstly there is a 'conscious ordering of activity'...secondly, there is some reference to economic activity [...] thirdly, regulation will be institutionalised*”.

Julia Black<sup>22</sup> enaltece outros elementos essenciais da regulação, tais como complexidade, fragmentação, autonomia, interação e interdependência, bem como o colapso da distinção entre público e privado. E, por complexidade, entende que a regulação envolve tanto a complexidade causal como a complexidade da interação entre atores numa sociedade cada vez mais problemática. Fragmentação, para a autora, refere-se ao fracionamento do conhecimento ou da informação, visto que sem esse elemento ninguém consegue regular e, também, porque ninguém detém toda informação necessária para resolver problemas cada vez mais complexos, diversos e dinâmicos. Além desta fragmentação, a autora cita uma fragmentação do poder e do controle. Governos não detêm mais o monopólio no exercício do poder e do controle. Atualmente, tal é disperso entre atores sociais e entre estes e o Estado. Já quanto à autonomia, a autora cita não no sentido de liberdade em comparação com o Governo, mas sim no sentido de que os autores irão atuar por meio dos seus próprios modos. A existência e a complexidade da interação e interdependência entre atores sociais e entre estes e o governo trazem a noção de que a regulação é um processo de duas, três ou

<sup>18</sup> Idem. Regulatory conversations. *Journal of Law and Society*, Oxford, v. 29, n. 1, p. 163-196, Mar 2002, p. 163 a 170.

<sup>19</sup> BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

<sup>20</sup> SELZNICK, P. Focusing organizational research on regulation. In: NOLL, R. (Ed.) *Regulatory policy and the social sciences*. Berkeley, Calif: University of California Press, 1985.

<sup>21</sup> MACGREGOR, Laura; PROSSER, Tony; VILLIERS, Charlotte. *Regulation and markets beyond 2000*. Aldershot, Hants, England; Burlington, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 2000, p. 348.

<sup>22</sup> BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. London: Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2002 (Discussion Paper 4), p. 2 a 6.

quatro vias, depende de quantas pessoas estão envolvidas no processo. Por fim, com o colapso da distinção entre público e privado fica clara a existência de organismos híbridos que possuem poderes públicos mesmo sendo entidades privadas.

A regulação, portanto, é híbrida (combina atores governamentais e não governamentais), multifacetada (usa inúmeras e diferentes estratégias de forma simultânea ou sequencial) e indireta. A regulação estatal, assim, nada mais é que a restrição intencional da eleição por meio de atos imperativos, incitativos ou indicativos para realizar finalidades públicas, isto é, resultados que possam beneficiar toda a coletividade. Nada impede, portanto, que essa restrinja as próprias escolhas públicas, sempre e quando tal restrição almeje o resultado desejado pela coletividade. Não se pode admitir que o Estado perca de vista os interesses públicos, a boa administração e a administração de resultado.

Tony Posner<sup>23</sup>, por exemplo, coloca que regulação é o conjunto de atos de controle e direção, de acordo com uma regra, princípio ou sistema, que se desenvolve por intermédio de normas legais e outras medidas de comando e controle. Não dita que tais atos devam necessariamente controlar e direcionar somente a iniciativa privada. Afirma que regulação: "*consists of public interventions which affect the operation of markets through command and control, though one should be aware of the fact that command and control may be delegated through use of self-regulation*". J. C. Strick<sup>24</sup> é outro autor que concebe a regulação como a imposição de regras e controles pelo Estado, com o propósito de dirigir, restringir ou alterar o comportamento das pessoas físicas ou jurídicas, sendo apoiada por sanções em caso de desrespeito. Também não afirma que tais pessoas, necessariamente, devam ser privadas. O importante é que o Estado interfira de forma intencional sobre as escolhas de um determinado agente de mercado, seja ele público ou privado, na busca de maior eficiência da ordem econômica e social por ele gerida.

Segue, assim, o entendimento da doutrina anglo-saxônica, principalmente, de Barry M. Mitnick<sup>25</sup>, que dita que o elemento central do conceito de regulação é a "interferência" pública intencional nas opções abertas ao sujeito (público ou privado) no desenvolvimento de uma atividade. E conceitua a regulação como um processo de restrição intencional da eleição.

Conclui-se que a regulação estatal possui, pelo menos, quatro características essenciais: (I) trata-se de uma interferência pública intencional; (II) por meio de normas jurídicas, decisões políticas, judiciais e administrativas; (III) que indique, induza ou imponha, proíba ou permita as escolhas para quem a norma é dirigida; e (IV) que vise atingir e respeitar os mais diversos interesses públicos relacionados à interferência.

### III. ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DA ATUAL CONCEPÇÃO DE REGULAÇÃO ESTATAL

<sup>23</sup> PROSSER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 3-7.

<sup>24</sup> Apud: MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

<sup>25</sup> MITNICK, Barry M. *La economía política de la regulación*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 22 e 29.

## 1. INTERFERÊNCIA PÚBLICA INTENCIONAL

Essa primeira característica, talvez, a principal, subdivide-se de duas: (I) uma relacionada à conduta premeditada, delibera ou realizada de propósito por parte de alguém; e (II) outra relacionada ao sujeito que, necessariamente, deve ser parte integrante da máquina pública.

Para que exista regulação estatal, deve existir uma interferência intencional de fora ou de dentro da categoria à qual ela se dirija, assim, uma conduta é premeditada, deliberada ou realizada de propósito. Caso a conduta seja de dentro, estar-se-á diante de uma autorregulação estatal, em que o próprio Estado criará restrições às suas escolhas, mas, caso venha de fora, o que existirá é uma heterorregulação estatal, e esta pode, como já mencionado, atingir não apenas os privados, mas também entes ou órgãos públicos. Em ambas, o sujeito deve possuir autoridade para indicar, induzir ou impor determinada conduta. Isso significa que o conceito de regulação se confunde, muitas vezes, com o conceito de autorregulação e de heterorregulação<sup>26</sup>. É fato que, para realizar tal interferência, fazem-se necessários parâmetros a serem obedecidos e, também, monitoramento quanto aos padrões de comportamento previamente estabelecidos. Por fim, em casos de descumprimento, será preciso a existência de imposições tanto de condutas como de sanções para resolução de problemas. Logo, deverá ter um conjunto de condutas estabelecido, a coleta de informações sobre a prática respeitosa dessas condutas e, por fim, a modificação do comportamento. De qualquer forma, a regulação deve sempre ser vista como o resultado de uma decisão intencional.

Outro aspecto ligado a essa primeira característica diz respeito ao sujeito. Para que se esteja diante de uma regulação estatal, o sujeito deve necessariamente fazer parte da máquina pública. Deve integrar as diferentes funções estatais, desde a função constituinte, estabelecendo as normas essenciais que regem a sociedade e a si mesmo e sua função reformadora caso, em momento posterior, torne-se necessário rever a Constituição de modo a adaptá-la, como, também, as demais funções descritas na Constituição, entre elas a função legislativa, jurisdicional, executiva e, ainda, a política.

Todas essas funções estatais apresentam um caráter regulador, no entanto, é certo que a função administrativa tem grande importância em relação às demais, haja vista a atribuição gestacional da máquina estatal desempenhada pelos diferentes sujeitos (centralizados, descentralizados, por colaboração e por cooperação) e agentes, que se utilizam dos bens públicos à sua disposição para cumprir as mais diversas atividades administrativas (ordenatória, prestacional e estimulativa), respeitando os deveres e poderes que detém para executar as distintas tomadas de decisões — com ou sem liberdade para exteriorizar ou materializar suas vontades.

Pedro Gonçalves<sup>27</sup> entende ser a regulação uma atividade operativa, de execução da função ou atividade administrativa. Logo, *"embora reconhecendo as muitas*

---

<sup>26</sup> Prefere-se aqui utilizar a terminologia interferência, pois intervenção é atuar no domínio de outrem, ou seja, de algo que não é o seu, e, como já observado, pode existir tanto hetero como autorregulação.

<sup>27</sup> GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. II, p. 535-573.

*especificidades inovatórias, entende-se que não há razão para não reconduzir a função de regulação à noção material de administração pública e, do mesmo modo, ao conceito tradicional de função administrativa*"<sup>28</sup>.

Nada impede que exista, porém, regulação privada, que muitas vezes se confunde com o conceito de autorregulação, como se observará no próximo capítulo, mas deve-se deixar claro, desde já, que esta também poderá ser uma heterorregulação. Interessa agora analisar apenas a regulação estatal. Remetesse, para tanto, o leitor ao próximo capítulo para entender melhor a diferença entre a interferência privada realizada de forma intencional sobre suas próprias escolhas (autorregulação) e sobre as escolhas de terceiros, visto que a autonomia de vontades poderá impor a alguém restrições às suas escolhas (heterorregulação).

A regulação estatal, portanto, dar-se-á sempre por meio do Poder Público formalmente instituído, para tanto, com a devida competência, seja ele uma entidade independente ou não, devendo sua conduta ser sempre realizada de propósito, ou melhor, com intenção.

## 2. NORMAS JURÍDICAS, DECISÕES POLÍTICAS, JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS

Outra característica básica da regulação estatal é o meio pelo qual a interferência intencional se dará. Entende-se que todas as funções estatais possuem um caráter regulador<sup>29</sup>. A função normativa reguladora engloba a função constituinte reguladora, a função reformadora reguladora e a função legislativa reguladora, que são materializadas por meio de normas escritas (Constituição, leis, regulamentos, etc.), ou seja, por meio de proposições normativas emitidas de maneira formal e solene pelas autoridades públicas e que são publicadas como tais nos Diários Oficiais.

Como se sabe, toda sociedade se rege por valores. A visão do mundo e o *ethos* são os fundamentos basilares daquela, pois dão o arcabouço de valores da sociedade, aos quais o Direito tem a função de operacionalizar. Daí que surge o ordenamento jurídico como o conjunto de normas que expressa os valores da sociedade, normas estas que se apresentam como regras ou como princípios jurídicos<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Diferentemente, sobre a função reguladora como uma "*nova função*", ver: SILVIA, A.; LUPPI, Frego. *L'amministrazione regolatrice*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 135 e ss.

<sup>29</sup> Sobre o tema, vide: SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>30</sup> Cumpre observar que existem autores que entendem ser possível e viável a distinção entre norma e princípio. Entre eles, assim, afirmam Ivo Dantas (DANTAS, Ivo. *Dos princípios constitucionais e interpretações constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 59): "*correta é a posição dos que advertem para a distinção entre princípios e normas, sobretudo porque, embora aqueles possam até ser inferidos por uma operação lógica, a norma é sempre expressa, não pode ser 'deduzida' a partir do conteúdo do sistema como um todo*"; Agustín Gordillo (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, Tomo I, p. 36-VI): "*La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto por el cual se lo ejecuta. [...] la norma es límite, e el principio es límite y contenido*".

Além da norma regra e da norma princípio, há autores (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz, 1996 apud DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 148) que sustentam a existência de uma terceira via, as normas *goals* (ou *policies*), que possuem configuração

Segundo Robert Alexy<sup>31</sup>:

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios al igual que las reglas, son razones para juicio concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.

Uma vez concordando que as regras e os princípios se revertem de normatividade imperativa, cabe, apesar da dificuldade, determinar algum critério de diferenciação adequado, pois é primordial para a determinação de como pode o Direito ser realizado, visto que ele se reporta a diferentes formas de regulação jurídica (por princípios, por regras, ou mista).

Ora, sendo os princípios a base, o pilar, a viga mestra dos parâmetros fundamentais e direcionadores de uma sociedade, são eles seus valores, valores de uma ordem jurídica. São comandos que integram todas as normas de um determinado sistema jurídico. Logo, possuem maior abrangência no tocante às regras que lhes devem observância. Com efeito, as regras devem ajustar-se aos princípios, sendo, portanto, os princípios razões para as regras.

Em virtude de as normas jurídicas serem consideradas normas regra ou normas princípio, três são os modelos de regulação jurídica possíveis de existir: (I) a regulação por princípios, em que um regime é estabelecido apenas com base nas normas princípio mais relevantes no caso, adaptadas ou não à matéria; (II) a regulação por regras, em que o regime compreende efeitos antecedidos de previsão definidora do gênero de situação; e (III) regulação mista (princípios e regras), que é o conjunto dos dois modelos anteriores, aproveitando as normas princípios para colmatar as possíveis insuficiências derivadas das regras estabelecidas<sup>32</sup>.

Além dessa possibilidade, o sistema regulatório pode se basear em normas discricionárias e vinculadas (*discretion and rules*). Carl E. Schneider<sup>33</sup> analisa as vantagens e desvantagens de um sistema baseado nesses tipos de normas e esclarece que a opção é "*complex and uncertain*", além de não existir um sistema puro com uma ou outra forma apresentada de modo único. O que pode existir é um sistema com mais normas discricionais vinculadas e vice-versa<sup>34</sup>. Para o autor<sup>35</sup>:

---

normativa diferenciada, com distintas morfologias normativas. Tais distinções se assentam no critério da natureza fechada ou aberta dos elementos normativos iniciais e finais, de onde decorrem três modalidades de normas: as regras, com previsão e estatuição fechada; os princípios, com previsão aberta e estatuição fechada; e os *goals*, com previsão e estatuição abertas. Distinguem que apenas dos *goals* geram ponderações e que os princípios e as regras são de aplicação de tudo ou nada. David Duarte (DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 148) discorda de tais autores.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 104 e ss.

<sup>33</sup> SCHNEIDER, Carl E. *Discretion and rules: a lawyer's view*. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 61.

<sup>34</sup> Segundo Carl E. Schneider (ibidem, p. 61-65), somente se poderá entender por que a discricionariedade é atrativa para um sistema jurídico no caso de que se entendam as formas de autoridade discricional.

[...] discretion allows decisions to be tailored to the particular circumstances of each particular case. Discretion gives decision-makers flexibility to do justice. It does so partly by allowing them to consider all the individual circumstances that ought to affect a decision but that could not be anticipated by rules. It also does so by allowing decision-makers to watch how well their decisions work and to adjust future decisions to respond to the new information. Finally, discretion conduces to better decisions by discouraging overly bureaucratic ways of thinking and by making the decision-maker's job attractive to able people.

Já quanto às vantagens das normas regras, evidencia o autor<sup>36</sup>, que podem contribuir para a legitimidade das decisões. O legislador pode, nos casos de normas regras, oferecer uma decisão melhor que a decisão feita pelo agente público. As normas regras também são mais propensas a ajudar a alcançar o objetivo de tratar de forma igual e podem servir, mais que a discricionariedade, para lograr fins sociais. Simultaneamente, as regras servem para planejar as funções melhor que a discricionariedade. E, sendo as regras uma maneira de institucionalizar experiências, podem ser mais eficientes que a discricionariedade. E aduz<sup>37</sup>: "*cannot safely be assumed that rules will be superior to discretion, or even that all the advantages of rules will prevail in a given situation. I have emphasized that the correct mix of discretion and rules must be determined situation by situation*".

Por fim, Joel F. Handler<sup>38</sup>, ao tratar da "*theory of public action*" combinando a formulação e implementação das políticas públicas, refere que: "*discretion should be viewed as an opportunity to be creative, flexible, imaginative*"<sup>39</sup>. O desafio da sociedade moderna é encontrar o equilíbrio justo entre a necessária discricionariedade e o império do Direito<sup>40</sup>. O excesso de discricionariedade leva a uma reação legalista e o inverso, o excesso de normas regras provoca, ao final, o incremento da discricionariedade. É esse

---

Identifica o autor quatro tipos de autoridade discricional. A primeira denomina "*khadi discretion*", que não é uma característica dos sistemas legais ocidentais. Aqui quem toma a decisão decide cada caso individualmente, sobre a base de decisões *ad hoc*, tendo em conta considerações jurídicas, éticas, emocionais e políticas. A segunda é a "*rule-failure discretion*", mais característica dos sistemas ocidentais. Esta se produz sempre que a discricionariedade é criada antecipadamente, em casos que sejam complexos, variados e difíceis de prever. "*Rule-building discretion*" surge quando o criador da norma idealiza elaborar a mesma com eficácia, mas conclui que a melhor norma seria aquela desenvolvida pelo próprio sujeito que toma a decisão à medida que surgem distintos casos e ganha-se em experiência. Finalmente, há a "*rule-compromise discretion*", que ocorre quando o Legislativo ou outro elaborador da norma não chega a um acordo sobre a norma apropriada e, em consequência, passa a responsabilidade aos indivíduos que devem tomar a decisão.

<sup>35</sup> SCHNEIDER, Carl E. Discretion and rules: a lawyer's view. In: HAWKINS, Keith. *The Uses of Discretion*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 67.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 68-78.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>38</sup> HANDLER, Joel F. *The conditions of discretion: autonomy, community, bureaucracy*. New York: Russell Sage Foundation, 1986, p. 159.

<sup>39</sup> Segundo o autor (ibidem, p. 160): "*It is out of the theory of public action that I develop the conditions of discretion. By conditions of discretion, I mean justice, the sharing of power, in the context of the discretionary decision. Neither the characteristics of discretion nor the theory of public action inevitably lead to justice; they only describe the politics of programs. Within that framework, conscious efforts have to be made to achieve liberal values*".

<sup>40</sup> Sobre diferentes argumentos que dizem respeito à discricionariedade e legalidade, vide: JOWELL, Jeffrey Lionel. *Law and bureaucracy: administrative discretion and the limits of legalization legal action*. New York: Kennikat Press, 1975.

o cisma da humanidade, qualquer excesso que se converta em irrazoável e contraproducente provoca uma demanda de mudança com objeto de restabelecer o equilíbrio<sup>41</sup>.

A função política regulatória ocorre por meio de atos anteriores às normas jurídicas, que definem a orientação governativa em debates parlamentares ou de conselhos de ministros, estabelecendo programas de ação ou fixando objetivos que posteriormente serão prosseguidos por normas jurídicas. Exercida pelos órgãos superiores do Estado, a função política define ideais coletivos, escolhe os objetivos concretos a realizar em cada época e os meios a empregar, mantém o equilíbrio constitucional, defende os interesses nacionais na ordem externa, garante a segurança do Estado, entre outras funções.

A função jurisdicional regulatória engloba a fase postulatória, a fase saneadora, a fase instrutória e a fase decisória. Seja pela força de quem os realiza, seja pela forma na qual se realizam, seja pelo tempo utilizado ou pelo momento de sua realização — todos os atos processuais, por mais irrisórios que pareçam ser, podem de alguma forma intervir nas escolhas de alguém, logo, são meios de manifestação da regulação. Ressalta-se, todavia, que são os atos processuais decisórios ou de conclusão, extinção, que mais interessam, pois só eles podem gerar coisas julgadas, que tornarão imutáveis os efeitos dos julgados, desse modo, implicando no impedimento de novo ajuizamento da mesma demanda, salvo se comprovada qualquer nulidade do processo ou diante do advento de prova superveniente. É inclusive essa característica que possibilita ao Judiciário intervir de maneira impositiva, pois, aqui, o Estado estará obrigando que a parte atue de determinada maneira, de forma cogente.

Vistas as funções normativas (constituente, reformadora e legislativa), políticas e jurisdicionais regulatórias, resta estudar a mais extensa, qual seja, a função administrativa regulatória.

David Duarte<sup>42</sup> afirma que o exercício da função administrativa passa por múltiplas formas de ações, que podem ser deônticas ou não deônticas, ambas relevantes ao Direito. Ensina o doutrinador<sup>43</sup>: "*as condutas realizadas através de normas ou decisões, ou as que se inserem no referido plano do dever ser, são acções deônticas, enquanto todas as restantes, ou seja, as que são expressão de uma actividade que aí não se reconduz são acções não deônticas*".

Aduz o autor que tal distinção não é tão simples. Além das diferenças da inserção ou não no plano do dever ser, bem como da produção ou não de alterações no ordenamento, a distinção de ambas está na natureza diretiva ou não do discurso. Desta forma, se vê que o uso de linguagem diretiva expressa uma ação deôntica; e o não uso, uma ação não deôntica. Acrescente-se que a dependência de norma de competência

---

<sup>41</sup> Para Joan Prats I Catalá (PRATS I CATALÁ, Joan. Derecho y *management* en las Administraciones Públicas. *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*. Vitoria-Gasteiz, Ano 10, n. 26, p. 130-143, may/sep. 1993, p. 143): "*la gran tarea jurídica está en definir el aporte del Derecho al buen aprovechamiento de la oportunidad de racionalidad que la discrecionalidad supone*". Só assim se poderá avançar a uma direção moderna, utilizando-a como instrumento para contribuir a perfilar a melhora da eficácia e fiabilidade das políticas.

<sup>42</sup> DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 327-336.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 329.

também seria outra distinção das ações deonticas, visto que é traço comum de todo exercício da função administrativa. Atente-se que as ações não deonticas independem de norma de competência.

A avaliação da função administrativa, na distinção entre ações deonticas e ações não deonticas, separa as normas e decisões administrativas de todos os demais comportamentos administrativos, como, por exemplo, opiniões, justificações, condutas técnicas meramente reprodutivas de normas ou decisões; sendo certo que sua junção representa o conjunto de todas as condutas passíveis de serem realizadas pela Administração Pública.

Salienta-se que o conjunto de todas essas condutas possíveis de serem realizadas pela função administrativa deve ser levado em consideração quando analisada a regulação estatal.

A regulação envolve, desse modo, o desempenho de uma série de funções distintas, que inclui desde as atribuições típicas da função administrativa até a edição de normas técnicas, bem como a composição dos conflitos que possam surgir em decorrência das relações sujeitas à intervenção regulatória. Assim, a regulação abarca, a um só tempo, funções administrativas regulatória normativas, executivas propriamente ditas e judicantes.

Pode-se compreender melhor tal atribuição por meio da noção de "*ciclo regulatório*", definida por Vital Moreira<sup>44</sup>. Este pode ser dividido em etapas lógicas e cronológicas: em primeiro lugar, dá-se a predefinição das orientações políticas do setor. Aquém da regulação, está a política do Estado, que se exterioriza por meio da Lei de Bases do Setor, do Plano Anual, entre outros. É onde se definem e operacionam-se as regras. Depois da definição política, programa-se a regulação; num segundo momento, situa-se a regulação propriamente dita. Trata-se da tradução das políticas em regra, mediante aprovação de leis e regulamentos. Fases da legislação e regulamentação em âmbitos geral e abstrato; depois de estabelecida a política do setor e as normas específicas a serem aplicadas, ocorre a implementação e aplicação das regras já definidas; em seguida, tem-se a supervisão, que é o momento do controle da aplicação das regras. Posteriormente, e se for o caso, surgem as duas últimas fases compreendidas no ciclo regulatório: o sancionamento, que é a última fase na esfera administrativa e envolve a aplicação de sanções referentes às infrações cometidas contra as regras ou o descumprimento de ordens específicas; e, posteriormente, o ciclo completa-se com as decisões judiciais dos conflitos ou aplicação judicial das sanções que não sejam administrativas. O poder Judiciário confirma ou infirma as ações administrativas.

Na tentativa de melhor explicar o disposto pelo autor, passa-se a desencadear cada etapa de forma mais detalhada e de acordo com a realidade brasileira.

A função administrativa regulatória normativa não se confunde com a atividade legisferante do Estado, originariamente exercida pelo poder Legislativo conforme a

---

<sup>44</sup> MOREIRA, Vital. *Autoridades e instrumentos de regulação*. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Coimbra, out. de 2006 – jun. de 2007.

concepção da tripartição. Trata-se de uma delegação do poder Legislativo<sup>45</sup> à autoridade reguladora. Pode ser vista como uma forma de deslegalização, por transferir a função normativa sobre determinadas matérias da sede legislativa estatal a outra sede normativa<sup>46</sup> ou, ainda, como uma "*delegation with standards*", que ocorre quando o ato emanado pelo poder Legislativo fixa parâmetros (*standards*) adequados e suficientes para controlar a atuação do órgão delegado, isto é, a fixação de limites à atuação do poder delegado<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Embora seja o poder Legislativo o órgão tradicionalmente competente para elaborar leis, o princípio da separação dos poderes vem sendo gradativamente mitigado, com a ocorrência do fenômeno das *delegações legislativas* que têm por escopo proporcionar a outros órgãos (Executivo e Judiciário) competência normatizadora, assim, objetivando atribuir “*poder legislativo*” ao próprio órgão que criará a norma coadunada com a peculiaridade dos assuntos pertinentes.

<sup>46</sup> Surgido na França, o instituto da *deslegalização* traz, em seu bojo, a possibilidade de outras fontes normativas, estatais ou não, regularem por atos próprios determinada matéria, ou seja, é retirado, do âmbito da lei propriamente dita, o condão de reger determinada matéria.

De forma resumida, a deslegalização modificou a postura tradicional da técnica de delegação no sentido de que o titular de um determinado poder não o ter à disposição, mas tão somente o exercício, passando-se a aceitar, como fundamento da delegação, a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*), então, passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutação do Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166-167), ao tratar da deslegalização (*delegificazione*), faz distinção entre uma modalidade ampla, que seria a demissão, por parte do Estado, de operar a regulação de uma determinada matéria em fonte própria, o que abre espaço à sociedade organizada para preencher o vazio normativo, prática que abre ensejo à regulática na mais dilatada acepção; e, ainda, uma modalidade restrita, em que a demissão somente atingiria a fonte legislativa formal, pois viria acompanhada de uma delegação expressa, do legislador, a uma fonte reguladora secundária, mesmo que não seja estatal, caracterizando uma regulática limitada. Sustenta o autor, em outro estudo (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza Jurídica, Competência Normativa e Limites de Atuação*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 71-83, jan./mar., 1999, p. 78), que, no Brasil, a CRFB traz, em vários dispositivos, a possibilidade da deslegalização, quais sejam: Art. 22, parágrafo único; Art. 217, I e seu parágrafo 1º; Art. 220, parágrafos 3º e 4º; a Emenda Constitucional nº 8 que alterou a redação do Art. 21, XI; a Emenda Constitucional nº 9 que alterou a redação dada ao Art. 177 parágrafo 2º, III.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 273) explicam que, pela deslegalização, a lei não entra na regulação material de um tema, limitando-se a abrir sobre o dito tema a disponibilidade do poder regulamentador da Administração, que passa, inclusive, a poder inovar e, portanto, derogar leis formais anteriores, operação que, obviamente, não seria possível se não existisse a lei degradatória prévia. O indispensável é que essa ampliação do poder regulamentador seja delimitada em função da matéria, pois não cabe uma deslegalização generalizada de todo o bloco da legalidade. Concluem, então, que a deslegalização, como técnica abstrata e geral, não é compatível com o princípio das matérias reservadas, não podendo suprir a reserva da lei.

Como não foi proibida genericamente, a deslegalização *legal* será sempre possível no ordenamento constitucional vigente desde que a Constituição não a proíba expressamente.

Deve-se consignar que o Art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a revogação de todas as normas delegadoras de competência normativa. Por óbvio que esse dispositivo se propõe a por termo aos abusos praticados pelo regime ditatorial que vigia até a promulgação da atual Carta, mas não se propõe a por termo à *delegação legislativa*, proposta diversas vezes pela própria Constituição, conforme supraexposto.

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 173.

Carlos Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. *Serviços públicos e regulação estatal*. In: \_\_\_\_\_. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27) leciona sobre a necessidade de a lei estabelecer padrões. Confirma-se: "*Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de um tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam regulamentos autônomos ou coisa parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las,*

De fato, a independência normativa das autoridades reguladoras é condição *sine qua non* para que a regulação ocorra de forma satisfatória e íntegra<sup>48</sup>. Por certo, o ato normativo é gênero do qual o regulamento é espécie. Todavia as autoridades reguladoras criam, conforme os parâmetros prefixados (*standards*) pela lei originária do mesmo, uma normatização que "*inova no ordenamento*", visto que não visa explicitar a lei ou lhe dar execução, como faz o regulamento propriamente dito; mas, sim, direcionar a execução dos entes regulados ou resolver conflitos por meio da norma infralegal advinda da necessidade setorial concreta e inédita.

A lei determina o âmbito de atuação e os atos normativos produzidos pelas autoridades reguladoras. Assim, porque a celeridade das decisões é imprescindível para a gestão eficaz do negócio. Observe-se que essas normas direcionaram rapidamente o rumo a ser tomado, sem a morosidade que impera no poder Legislativo, seja pela desídia de seus parlamentares, seja pelo devido processo legal, normalmente longo e lento. Logo, o objetivo da delegação de poder normativo às autoridades reguladoras, como causa única e exclusiva, é gerar a possibilidade de editar, de forma rápida, normas de cunho exclusivamente técnico<sup>49</sup>. A chamada discricionariedade técnica é o fundamento de validade das normas reguladoras. Ultrapassar os limites técnicos, ao acrescentar às normas reguladoras critérios político-administrativos que não deveriam existir, caracterizará invasão de poder, próprio da esfera de decisões do poder Legislativo. Deve-se atentar, portanto, que a dita discricionariedade técnica existe, apenas, quando a decisão que nela se fundamente possa ser motivada, também, tecnicamente. Essa é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade<sup>50</sup>.

Com o intuito de diminuir o questionamento sobre a legitimidade democrática e a legitimidade do exercício da competência normativa dos entes reguladores<sup>51</sup>, tem-se estabelecido a obrigatoriedade de prévia participação popular, através da consulta pública, da audiência pública e até da coleta de opiniões. Entende-se que, sem esse direito de participação, não há identificação precisa dos interesses a serem ponderados; conseqüentemente, a norma será ineficiente, ilegítima e sem motivação suficiente.

---

*conferindo-lhes (ou não) poderes normativos. A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido standards suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa".*

<sup>48</sup> Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito administrativo*. Rio de Janeiro; Renovar, 2000, p. 162): "*essa competência normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas*".

<sup>49</sup> Assim é porque o legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos ao editar a norma, que, por isso, deve se manter num plano de generalidade, para abrigar todas as situações possíveis; se a lei cuidasse de cada detalhe, estaria constantemente desatualizada e provocaria a frequente necessidade de movimentação do poder Legislativo.

<sup>50</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza Jurídica, Competência Normativa e Limites de Atuação*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 71-83, jan./mar., 1999, p. 81-82.

O mesmo autor ressalta que a disponibilidade de deslegalização está sujeita a limites, como ocorre quando se está diante da reserva legal estrita, da reserva de lei complementar e da reserva para editar normas legais de alcance federativo.

<sup>51</sup> Sobre tal discussão, vide: CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

Por isso, a norma reguladora, no sistema constitucional brasileiro, não compartilha da natureza da norma legal, tampouco da norma regulamentar, trata-se de espécie normativa *sui generis*, pois: não é preceptiva de conduta, mas preceptiva de resultado, uma vez que deve perseguir consequências a serem atingidas com eficiência, preservando uma situação de equilíbrio e harmonização consensual dos interesses a serem alcançados ou mantida entre interesses e valores concorrentes em relações setoriais complexas; é opção administrativa abstrata e formulada com maior densidade técnica para incidir sobre específicas relações interprivadas críticas, que, como se afirmou, para tanto, foram previamente deslegalizadas, assim, destinadas não mais a aplicar uma regra legislativa predefinida, mas a equilibrar interesses e valores em concorrência através de regras a serem administrativamente formuladas pelo método da ponderação; não é produto político, contudo uma atividade técnico-administrativa deslegalizada pelo poder Legislativo, de modo que possa ser regrada com flexibilidade, presteza e precisão, como exige a dinâmica dos setores por ela definidos, por entidades especificamente criadas para esse mister, no caso, as autoridades reguladoras.

Ao lado da função administrativa regulatória normativa, vislumbra-se a função administrativa regulatória executiva que se desenvolve pelos mais diversos mecanismos. Ou seja, o processo de produção normativa é constante, todavia a figura traz o seu princípio porque são as normas regulatórias que irão impor as regras do jogo, então, limitando as escolhas dos agentes econômicos. Além disso, é por meio da regulação executiva que a iniciativa privada ingressará no mercado. Esses são os motivos pelos quais ambas as funções administrativas regulatórias se encontram no início do ciclo regulatório.

É certo que a Administração Pública possui um leque enorme de atividades<sup>52</sup>, o que torna as tentativas de enumerá-las, parcialmente, fúteis<sup>53</sup>, pois não se conseguirá tal intento em razão das possibilidades de atuação existentes, todavia, como ramo da ciência jurídica repositório de experiência sobre as relações entre poderes públicos e sociedade, há de se tentar. Daí o porquê de tratar-se, na sequência, de alguns dos meios de regulação executiva utilizados.

Com tal escopo, citam-se, inicialmente, as licitações como valioso instrumento de regulação, pois, por meio delas, a Administração exerce o seu "*poder de contratação para regular o mercado*"<sup>54</sup>. Fernando Herren Aguillar<sup>55</sup>, também, destaca essa função regulatória da licitação, esclarecendo que essa atua como um mecanismo regulador a princípio, então, criando uma concorrência institucional destinada a simular uma

---

<sup>52</sup> De acordo com Maria João Estorninho (ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 53): "*O alargamento dos fins do Estado implicou, não apenas a adopção de novas formas de actuação da Administração pública, mas também a adopção de novas formas de organização dos entes que exercem tais actividades*".

<sup>53</sup> Discute-se muito, no âmbito da ciência da administração, as missões da Administração, vide: CAUPERS, João. *Introdução à ciência da Administração Pública*. Lisboa: Ancora, 2002.

<sup>54</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 292.

<sup>55</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 266.

situação de competitividade de mercado antes de ser fixado o valor das tarifas, por exemplo.

A elaboração do edital, fruto do exercício de uma competência discricionária do administrador, é de importância fundamental para o desempenho da função administrativa regulatória, pois é no instrumento convocatório que serão definidos os parâmetros da contratação e dos potenciais contratados. Os distintos atos de consentimentos de ingresso no mercado, como o registro de um operador, a licença, a autorização, a permissão e a concessão, são atos que legitimam, depois de um processo de verificação, o direito de exercer determinada atividade econômica.

Quando a atividade regulada se caracteriza por ser um serviço público, de modo especial, a modelagem da delegação, realizada por autorização, permissão ou, principalmente, concessão, enquadra-se como importante técnica de regulação, pois será a partir desses instrumentos que objetivamente definirá a concepção de serviço adequado, assim, desenhando os padrões de eficiência que se espera da atuação do delegatário, à luz das peculiaridades de cada serviço e da própria região, conforme anota Fernando Herren Aguillar<sup>56</sup>, acrescentando, ainda, que não se pode lhes dar tratamento uniforme sem risco de distorções.

Marcos Juruena Villela Souto<sup>57</sup> leciona em igual sentido ao afirmar que a regulação, nos contratos de concessão, é substitutiva do mercado. Nela, de acordo com o autor, há interferência em diversos detalhes técnicos que escapam da competência política do legislador ao editar a norma e do próprio administrador nos casos em que cabe ao agente político a celebração do contrato.

Em seguida, tem-se a adjudicação do objeto delegado quando se referir a contratos administrativos, uso de bens públicos ou de exercício de atividade econômica relacionada com bens e serviços públicos.

Um dos princípios dos contratos de concessão de serviço público é o que impõe a efetiva e indispensável manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro<sup>58</sup>. Isso

---

<sup>56</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 285. Afirma o autor (ibidem, p. 285): "*Tais idéias parecem ser irrefutáveis, à primeira vista. Não há dúvida de que a regulação contratual dá poder maior àquele que vivencia de mais perto a realidade do serviço público. Não é razoável que se espere que as condições de implementação desses serviços adquiram a mesma feição em localidades pobres e ricas*".

<sup>57</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 301.

<sup>58</sup> Compreendendo que a diferença entre as atividades econômicas e financeiras reside em seus respectivos objetos, ou seja, em quanto esta é meramente meio para obtenção dos recursos, a atividade econômica objetiva determinado fim, como, por exemplo, gerar lucro, cobrir os investimentos empreendidos na atividade, entre outros. Logo, equilíbrio econômico seria a qualidade que iguala o ingresso total com a soma dos custos e gastos acrescidos de uma remuneração mínima (custos de oportunidade) sobre o capital investido pela empresa. Ou seja, seria uma equação entre ganhos e gastos, mas com um objetivo claramente determinado. Além de cobrir gastos, também visa remunerar o capital investido e gerar acumulação de capital —é o princípio fundamental de qualquer atividade econômica. Já equilíbrio financeiro é a quantidade que iguala a receita total com a soma dos custos e gastos que representam desembolso financeiro para a empresa. Ou seja, equilíbrio financeiro é a equação entre os ganhos e os gastos, ou seja, essa condição é alcançada no momento em que todos os ganhos de um agente econômico são suficientes para igualar-se a seus gastos.

significa que a comutatividade, ou seja, a equivalência entre as obrigações estabelecidas no momento da celebração do pacto, deverá ser mantida durante toda a execução do contrato, regido sob a teoria da imprevisão, pela qual o contrato continua sendo fato para ser cumprido, mas, ocorrida alguma circunstância imprevista ou imprevisível que acarrete onerosidade excessiva, com isso, afetando significativamente a economia do contrato, este deverá ser reajustado, entre outras razões, para restaurar o equilíbrio.

Desse modo, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público é a garantia de que, quaisquer que sejam as alterações, advindas de determinações da Administração ou de fatores estranhos à relação jurídica estabelecida, mas que tenham um impacto extraordinário sobre esta, levarão sempre ao restabelecimento da equação financeira inicialmente fixada no contrato.

Pode-se aludir, então, que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é um direito subjetivo do concessionário, resultado do direito de dirigir o serviço público com respeito ao princípio econômico do lucro. Dessa maneira, ainda que o Poder Público possa alterar unilateralmente as cláusulas de serviços, o princípio da segurança jurídica dos investimentos é assegurado objetivamente por previsão, legal e contratual, do direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por isso que as cláusulas econômicas que fixam a justa retribuição do capital investido em função da comutatividade inerente aos contratos onerosos são imutáveis, visto que representam a “*utilidad planificada*”<sup>59</sup> pela concessionária<sup>60</sup>.

Desse modo, sempre que forem mantidas as condições do contrato, considera-se conservado seu equilíbrio-financeiro. Por conseguinte, havendo alteração neste equilíbrio, impõe-se seu restabelecimento ao inicialmente pactuado, sob pena de comprometerem-se as finanças da concessionária e pondo em risco a adequada execução dos serviços delegados, que é o objetivo da função regulatória nos serviços públicos<sup>61</sup>. Por isso, a importância da fixação de uma tarifa justa e que se entrelace intimamente ao serviço. Há uma estreita correlação, portanto, entre a fixação da tarifa e a adequação pretendida. O valor da tarifa, porém, depende da situação que motiva o desequilíbrio contratual.

Refere-se, então, que é intangível o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, traduzindo-se em um direito adquirido pelo ente regulado, vinculando-se à formulação inicialmente prevista no processo de modelagem e de licitação, como também é obrigação do Poder Público estabelecer os procedimentos para mantê-lo incólume ao longo do período de concessão. Adicionalmente, o ente regulador deve pugnar pela manutenção do valor da tarifa em níveis módicos, o que pressupõe todo um contexto de subjetividade, havendo, por isso mesmo, a necessidade de valer-se, a Administração, da

---

<sup>59</sup> BERÇAITZ, Miguel Angel. Teoria general de los contratos administrativos. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.

<sup>60</sup> Tal utilidade, calculada desde a participação no processo de desestatização, considerando uma projeção temporal do fluxo de caixa descontado e levando em conta as obrigações constantes da minuta de contrato do edital, merece proteção constitucional.

<sup>61</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 227, p. 105-118, ene./mar., 2002, p. 106.

discricionariedade a ela inerente para cumprir as lacunas existentes na esfera regulamentar.

Assim, verificados os requisitos de imprevisibilidade do fato que enseja a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ou mesmo, se previsíveis, de extensão incalculável, corresponde verificar, em cada caso concreto, a aplicação das várias formas de restabelecimento da equação econômico-financeira. Em efeito, validado e verificado algum desequilíbrio, possui, o poder concedente, diversas técnicas para promover seu restabelecimento, como a correção monetária, o reajuste e a revisão, a modificação do valor que lhe outorga, o incremento de outras fontes de ingressos, a concessão de subsídios pelo poder concedente, o aumento do prazo contratual, entre outros.

No ciclo regulatório, também, está retratada a atividade de fiscalização ou acompanhamento da execução correta das atividades consentidas ou contratadas nos limites estabelecidos no marco regulatório (CRFB, legislação, normas regulatórias, licitação, ato de consentimento e de adjudicação), visto que é, no âmbito da fiscalização, que se implementarão e supervisionarão os limites impostos no marco regulatório.

É nesse contexto que as ações deontológicas e não deontológicas serão mais evidentes. Ter-se-ão, por exemplo, atos de planejamento; atos de indução; atos de direção; estímulos positivos e negativos; atos de fixação, reajuste e revisão de tarifas; atos de inspeções; atos de fiscalização e imposição de ordens sobre a aquisição, manutenção e substituição de bens e serviços regulados; atos de controle das políticas públicas; arrecadação da taxa de regulação, que é uma das condições de permanência no mercado e que serve para o custeio das ações de polícia administrativa; entre muitas outras.

Vale, igualmente, mencionar a liquidação extrajudicial e o regime de direção de empresas (técnico ou fiscal) como instrumentos interventivos regulatórios. Vista, na fiscalização, a existência de uma má gestão das atividades econômicas, pode o ente regulador utilizar-se desses mecanismos de intervenção para impedir que a empresa saia do mercado prejudicando os consumidores ou usuários<sup>62</sup>.

A regulação deve maximizar os benefícios em relação às restrições de direitos. Assim, a empresa, ao invés de ser retirada do mercado, pode corrigir as falhas em que incidiu e normalizar seu funcionamento, esta precisa ser a postura de defesa do mercado que a intervenção regulatória deve assumir.

A liquidação extrajudicial refere-se à exclusão de empresas quando houver risco do atendimento aos destinatários da atividade. Normalmente, proíbe-se, por lei, que a empresa tenha a possibilidade de requerer recuperação judicial e não está, em regra, sujeita à falência ou insolvência civil<sup>63</sup>, impondo o regime de liquidação extrajudicial.

---

<sup>62</sup> Tais mecanismos são comuns no regime de defesa do mercado das instituições financeiras e de operadoras de saúde no Brasil.

<sup>63</sup> Usualmente, obriga-se a que o ente regulador autorize o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil nas situações em que o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários; o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; ou nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos Arts. 186 a 189 do Decreto-lei n° 7.661, de 21 de junho de 1945.

Para Rubens Requião<sup>64</sup>, a liquidação extrajudicial é um mecanismo de direito público, pelo qual o Estado busca os seus próprios interesses e salvaguarda dos interesses privados da massa de credores interessados<sup>65</sup>. Darcy Bessone<sup>66</sup> afirma que, nas liquidações judiciais, encontram-se, em jogo, interesses privados; ao passo que, na liquidação extrajudicial, prepondera o interesse público, para concluir-se que: "*a previsão da liquidação administrativa, todavia, não afasta, in specie, a possibilidade de opção pela correspondente judicial, traduzida pelo regime falimentar, quando se cuidar de sociedade que pratique atos de comércio*".

Quanto ao regime de direção de empresas, diferencia-se em regime de direção técnica e regime de direção fiscal. Tais regimes constituem-se em alternativas à liquidação (em juízo ou fora dele) das empresas, que ficam, assim, mantidas no exercício de suas atividades, mas, sob uma espécie de intervenção. A direção-técnica poderá ser instaurada sempre que ocorrerem anormalidades administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento ao consumidor ou usuário. Já a direção-fiscal poderá ser instaurada sempre que se verificar a insuficiência nas garantias do equilíbrio financeiro ou anormalidades econômico-financeiras graves.

Outro instrumento interventivo que não se pode deixar de mencionar ao tratar da fiscalização de polícia é a "*taxa de regulação*" ou "*taxa de fiscalização*", paga pelos fornecedores diretamente aos entes reguladores, de modo que não dependam da transferência de recursos orçamentários.

Sua natureza jurídica é de tributo<sup>67</sup>, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia, definido no Art. 145, II, CRFB e no Art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN). Trata-se de prestação pecuniária compulsória que não constitui sanção de ato ilícito, instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa vinculada (CTN, Art. 3º)<sup>68</sup>.

Esses recursos é que darão total supedâneo ao exercício da função fiscalizadora da entidade reguladora, de modo a justificar os investimentos na fiscalização do segmento que se pretende regular. Não fosse assim, não haveria como sustentar a competência fiscalizadora de todas as entidades reguladoras das quais se tem ciência no ordenamento pátrio.

<sup>64</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 201.

<sup>65</sup> Para Rubens Requião (ibidem, p. 233): "*a liquidação extrajudicial constitui um sucedâneo administrativo da falência. Sabe-se que a falência consiste numa forma judicial de liquidação da sociedade comercial. O processo judicial falimentar tem, no terreno administrativo, como correspondente, a liquidação extrajudicial, reconhecida, pois, a possibilidade de incidência do instituto da falência, desde que tipificada a hipótese no respectivo requerimento, vale dizer, ainda que registrada sob a forma de sociedade civil, se exercia a prática de atos de comércio, afigurada está a possibilidade de incidência do pedido de decretação de falência*".

<sup>66</sup> BESSONE, Darcy. *Institutos de Direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 207.

<sup>67</sup> Nas agências reguladoras de serviços públicos, a taxa de regulação não decorre do exercício do poder de polícia, mas da fiscalização da correta execução do contrato administrativo, que não se confunde com a fiscalização de polícia, cujo encargo financeiro corre por conta do contratado. Não tem, então, natureza tributária.

<sup>68</sup> O que caracteriza a natureza jurídica de um tributo é o seu fato gerador. No caso da taxa, há dois fatos geradores, mas, para a presente análise, será focalizado somente o poder de polícia, que vem a ser qualquer controle — condicionamento (encargo positivo) ou restrição (encargo negativo) — que se faz ao interesse individual em prol do interesse geral.

Posteriormente à atividade fiscalizadora, se for o caso, surge a fase do sancionamento, que ocorre sempre que for constatada violação do marco regulatório. Disparado o procedimento administrativo sancionador e garantidos o devido processo legal e o direito à ampla defesa e contraditório, caso se verifique que as infrações eram verídicas, poder-se-á impor uma sanção motivada e proporcional à gravidade da falta. Ou, ainda, deixar de aplicar a sanção pela celebração de acordos substantivos, por meio de termos de compromisso de ajuste de conduta, desde a atividade fiscalizadora e do acompanhamento da execução correta das atividades consentidas ou contratadas e nos limites estabelecidos no marco regulatório. Dessa maneira, verificada uma sanção, ou ter-se-á uma punição ou se celebrará um acordo substantivo<sup>69</sup>.

Completa-se o ciclo regulatório com as resoluções de eventuais conflitos que venham a surgir, seja por meio da própria administração, exercendo a função administrativa regulatória judicante, que tem por objetivo dirimir conflitos de interesse entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a autoridade reguladora que o regula, ou mesmo entre esses agentes e consumidores ou usuários<sup>70</sup>; ou por meio de decisões

---

<sup>69</sup> SADDY, A; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 206, ano LII, p. 165-203, abr./jun., 2015.

<sup>70</sup> Quando a regulação judicante atua, há interesses do Estado, das empresas concessionárias e dos usuários em jogo. É de fundamental importância desvelar qual deles é atendido em decisão concreta do ente regulador, para não se curvar à enunciação de um interesse público genérico. Terá legitimidade democrática, portanto, a autoridade reguladora que der canais de representação a cada um desses interesses.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceira na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 131), ao tratar da independência das agências reguladoras, refere que se costuma afirmar que esta independência ante o Judiciário existe porque estes entes dispõem de função quase jurisdicional, no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos.

Porém, segundo Conrado Hübner Mendes (MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agência Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 125), a suposta independência em relação ao poder Judiciário não existe, tendo em vista o sistema de unidade de jurisdição, garantido pelo Art. 5º, XXXV, da Constituição. O fato de ser a última instância administrativa, obviamente, não obsta ao recurso do Judiciário. Conforme palavras textuais do doutrinador mencionado (ibidem, p. 122 e 131): "*As agências só podem usufruir a competência de dirimir conflitos se garantirem a igualdade entre as partes no procedimento e admitirem o posterior controle jurisdicional (apellate review theory), concluindo que a procedimentalização do agir estatal garante os parâmetros necessários para uma posterior análise judicial.*

[...]

*Portanto, a função judicante contempla instrumentos como a 'conciliação', a 'mediação' e, por fim, a 'arbitragem', que não representam nada mais que o atendimento do princípio da subsidiariedade, em função do qual os interessados só devem levar ao Poder Público aquilo que não pode ser resolvido pelas próprias forças da sociedade".*

Vale mencionar o *arrêt Didier*, de 3 de dezembro de 1999, que trata do direito a um julgamento justo e do princípio da imparcialidade perante as autoridades administrativas independentes (FRANÇA. *Conseil d'Etat*. *Arrêt Didier*. Statuant au contentieux. N° 207434. Publié au recueil Lebon. ASSEMBLEE. M. Denoix de Saint Marc, président, M. de la Verpillière, rapporteur, M. Seban, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 3 diciembre 1999). Quanto a maiores esclarecimentos sobre essa função quase judicante das agências reguladoras no Direito norte-americano, vide: Joaquim B. Barbosa Gomes (GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras*. [Direito.com.br](http://www.direito.com.br). Disponível em: <<http://www.direito.com.br/Doutrina.ASP?O=1&T=3090>>. Acesso em: 19 jun. 2003.

judiciais dos conflitos ou aplicação judicial das sanções que não sejam administrativas. O poder Judiciário confirma ou infirma as ações administrativas.

### 3. INDICAÇÃO, INDUÇÃO OU IMPOSIÇÃO, PROIBIÇÃO OU PERMISSÃO DAS ESCOLHAS DE OUTREM OU DE SI MESMO

Fora a interferência pública intencional por meio de normas jurídicas e decisões políticas, judiciais e administrativas, como elementos básicos da regulação estatal, pode-se mencionar que essa ocorre por meio do sentido em que a conduta é regulada, a saber, se há uma intervenção indicativa, incitativa ou imperativa (imposição, proibição ou permissão) nas escolhas de um terceiro (heterorregulação) ou de si mesmo (autorregulação).

A forma de interferência indicativa é configurada apenas como um sinal a alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento de quem a recebe. Pode ou não causar, provocar ou iniciar ação por parte deste que assumirá o risco caso decida engajar-se no caminho pelo qual a interferência ocorreu.

Na interferência incitativa, o Estado não apenas indica, mostra ou assinala, mas também induz, provoca, estimula, instiga e incentiva a realização de algo, pretendendo o engajamento de quem é atingido pela interferência. Pode o Estado intervir incitativamente de forma positiva ou negativa: quando incitar privilegiando determinadas condutas, estará atuando de forma positiva; quando onerar alguma atuação para que haja desestímulo, atuará de forma negativa.

Por fim, na interferência imperativa, o Estado impõe comportamentos e assegura convergências fundadas na coerção ou imperatividade. Ocorre quando este obriga alguém, sob sua interferência, que atue de determinada maneira, de forma cogente, por meio da determinação de um específico sentido de dever impositivo, permissivo ou proibitivo.

As interferências impositivas são obrigações positivas de realizar o efeito normativo relativamente a qualquer dependência constante da previsão da norma. Assim o é porque a obrigatoriedade de realizar um efeito é contrária a um espaço de autonomia. As interferências proibitivas, em oposição às impositivas, configuram uma obrigação negativa de realizar o efeito normativo. Já as interferências permissivas são aquelas em que se concede ao executor a possibilidade de optar ou não pela realização do efeito normativo.

É, basicamente, por meio dessas formas que os poderes públicos interferem na vontade e nas escolhas de alguém a quem ela se dirija (heterorregulação) ou, eventualmente, de si mesmo (autorregulação). Ou seja, o Estado poderá regular sempre que planejar, ordenar, restringir, limitar, direcionar, influenciar, alternar, condicionar ou realizar qualquer conduta que, por algum meio, venha a indicar uma vontade, incitar uma conduta ou impor uma ação, omissão ou permissão por parte de alguém ou de si mesmo. Toda interferência pública, portanto, é vista como intrusão na liberdade de escolha de alguém ou de si mesmo.

### 4 INTERESSES PÚBLICOS

Não é qualquer circunstância que pode ser submetida à regulação estatal. É preciso que existam interesses públicos a justificar a ação do Poder Público. Este é o norte que autoriza o Estado a regular e que lhe confere a legitimidade necessária para isso. Os interesses públicos de determinada interferência estatal devem sempre ser atingidos, alcançados e obtidos ao máximo possível. Assim o é porque os interesses públicos são o que justificam e dão fundamento às atividades estatais<sup>71</sup>.

Conquanto os interesses públicos já tenham gravitado em diversas órbitas, entende-se que eles não são o somatório de interesses individuais de cada cidadão e dos grupos. Estes devem buscar por si seus interesses, caso contrário, ter-se-á, de um lado, um Estado paternalista e poderoso; e, de outro, uma sociedade dependente, desestimulada, acomodada e debilitada.

O homem, muito pelo fato de ser um animal gregário, em sua evolução, percebeu que alguns interesses individuais poderiam ser melhor atendidos caso os conjugasse nos esforços de um grupo. Ademais, foi isso que determinou a junção e cooperação entre os homens, assim, criando uma sociedade organizada.

A expressão interesses públicos possui sentido amplo, em que são espécies: o interesse geral, afeto a toda a sociedade; o interesse coletivo, que diz respeito a um grupo de pessoas determinado ou determinável; e o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizado pela indeterminação e indivisibilidade.

Logo, é na vida em sociedade organizada que surge o conceito de interesses públicos que importa, pois é nela que brotam necessidades coletivas — interesse coletivo geral que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, por meio de ações públicas juridicamente embasadas, ou por meio de ações jurídicas politicamente fundadas<sup>72</sup>.

É evidente, portanto, que convergidos à ordem juspolítica-moral (legalidade, legitimidade e moralidade), ter-se-á o respeito aos interesses públicos.

José Carlos Vieira de Andrade<sup>73</sup> afirma que os interesses públicos são interesses que, sendo coletivos, pertencem a um grupo indistinto e não se identificam com o interesse próprio de eventuais membros. O autor acrescenta que os interesses públicos são valores que justificam e dão fundamento à atividade da Administração Pública, corporizando os fins às tarefas que lhe cabem realizar na divisão constitucional dos poderes, além de ressaltar que os interesses públicos dependem da matriz política de cada governo. Na mesma linha de pensamento, o autor<sup>74</sup> leciona:

---

<sup>71</sup> Segundo Eduardo Tomasevicius Filho (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A auto-regulação profissional no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 638), no conceito de regulação, há algo importante a ser ressaltado: "*a persecução de objetivos públicos. A regulação procura fazer com que os agentes provados, na busca de seu interesse privado, atendam também o interesse público*".

<sup>72</sup> Há de se tomar cuidado com o fato de que o motivo interesse público possa vir a ser usado como justificativa para qualquer atitude do Estado. Como se o interesse público justificasse tudo. Vide: SADDI, Jairo. Repensando o conceito de interesse público. *Valor*, Opinião, 19/12/01, p. A10.

<sup>73</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. In: FERNANDES, José Pedro (Dir.) *Dicionário jurídico da Administração Pública*. 2. ed. Lisboa: [s. n.], 1993, v. V, p. 275.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 276.

[...] um interesse de grupo só vai ser considerado como interesse público se for como tal reconhecido ou qualificado por uma autoridade dotada de poder normativo. Essa qualificação implica uma opção de caráter político, que se entende, em regra, reservada aos órgãos supremos de uma colectividade.

[...]

é essa escolha política, normalmente político-normativa, que obriga e habilita a Administração Pública a desenvolver suas actividades nas diversas áreas da vida social, tendo como finalidade a pacificação das necessidades colectivas eleitas e como tarefa a gestão dos meios institucionais, humanos e materiais adequados à prossecução desse objetivo.

Deduz-se, portanto, que, apesar de vaga e imprecisa, a noção de interesses públicos, quando *in concreto*, cria a possibilidades de concluir o que este é com mais facilidade. Nesse contexto, vale mencionar o critério da finalidade administrativa e mencionar que os interesses públicos podem ser alcançados de três formas: (I) pela promoção, que decorre da função decisória administrativa, em abstrato ou em concreto, como manifestação de vontade primária da Administração Pública; (II) pela realização, que é a satisfação dos interesses que procedem da função executiva das decisões abstratas ou concretamente tomadas; e (III) pela recuperação, que resulta da função judicante administrativa, em que se reaprecia a juridicidade das decisões administrativas, das execuções e mesmo das decisões judicantes de que caibam recursos.

Pedro Gonçalves<sup>75</sup> infere que a regulação surge como o instrumento por excelência de efetivação dos interesses públicos. Para o autor, por via da regulação, hoje, concretiza-se o dever estatal de garantir ou assegurar a realização dos interesses públicos e de proteção ou até de realização dos direitos dos cidadãos. E finaliza: "*A 'responsabilidade pública de regular' prova, por conseguinte, que o Estado continua a ser portador de uma relevante e indeclinável missão, a desenvolver na economia e, em geral, nas actividades privadas. Assegura-se, também neste domínio, a perpetuação e a manutenção das tarefas públicas*".

Importa, pois, que a interferência pública intencional, via normas jurídicas, nas escolhas de outrem ou de si mesmo, respeite esse dever precípua do Estado, que sempre estará submetido simultaneamente à lei – o Estado de direito –, ao interesse social prevalecente – o Estado democrático – e à moral – o Estado de justiça.

Embora o Estado de justiça democrático de direito tenha resolvido a antinomia entre legalidade, legitimidade e licitude, esses padrões continuam a existir<sup>76</sup>. O interesse público, legislado ou não, terá sempre a legitimidade e a licitude como padrão, mas somente o interesse público legislado terá o padrão da legalidade.

Assim, a legitimidade e a licitude sempre são mais amplas que a legalidade, pois ao Direito é impossível definir legalmente todas as hipóteses de interesses públicos. Essa limitação, no entanto, não confere às decisões políticas espaços livres de atuação; pelo contrário, mesmo na lacuna da lei, o Poder Público sempre estará vinculado a um

<sup>75</sup> GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu Nascimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. II, p. 535-573.

<sup>76</sup> SADDY, André. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57 e ss.

resíduo de apreciatividade em face dos interesses públicos, sendo certo que haverá sempre uma graduação da legitimidade e da licitude. Desse modo, os interesses públicos, definidos pela Constituição e objeto de concretização pela lei, vinculam diretamente a Administração Pública e aquele convergido pela ordem política-moral a vincula indiretamente.

Note-se que o positivismo jurídico restringiu o conceito de interesses públicos. O avanço do neoconstitucionalismo deslocou para a sede constitucional a dicção fundamental dos interesses públicos, remanescendo ao legislador ordinário a tarefa de especificá-los. Depreende-se daí que não cabe ao legislador restringir o elenco dos interesses públicos.

Com tal deslocamento, considerou-se o resultado como parte essencial do conceito de interesses públicos, ou seja, a eficiência e a realização da "*buona amministrazione*"<sup>77</sup> passaram a ser essenciais. Os valores cívicos e democráticos, além da eficiência, são exigíveis a todos que exercem o Poder Público. Por isso que Jaime Rodríguez-Arana<sup>78</sup> entende sobre o bom governo e a boa administração de instituições públicas que "*es menester que ese poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible*".

Deve o aparato público deixar de ser um fim em si mesmo para recuperar sua consciência de instituição de serviço à comunidade, o que ocorrerá somente quando a Administração almejar os interesses públicos. Para um resultado positivo de suas ações, deverá ajustar sua atuação a uma série de parâmetros e características previamente

---

<sup>77</sup> Conceito que, na Carta de Nice e por iniciativa do "*Ombudsman europeu*", configurou-se como direito que passou a fazer parte do tratado pelo que se estabelecerá uma Constituição para Europa (Art. II-101). A União Europeia centrou-se na necessidade de configurar a boa administração como direito; por ser uma saída à irrealidade de muitos direitos que resultavam reconhecidos legalmente, no entanto, de difícil exercício e, em ocasiões extremas, irrealizáveis, e todos eles provocados por demoras administrativas desnecessárias, abuso de poder, falta de informação por parte dos órgãos públicos, atividades e condutas discriminatórias, isto é, tudo aquilo que mentalmente vem à cabeça quando se pronuncia o termo má administração.

A configuração desse direito está levando à elaboração de códigos de boa conduta administrativa vinculantes para os funcionários e que supõe uma concreção de direitos para os cidadãos, que, até o momento, encontravam-se formulados de maneira vaga e imprecisa a modo de princípios informadores, mas carentes de reclamação com caráter ordinário.

Fato é que o direito a uma boa administração aparece recolhido ao longo do TUE; Art. 103.1, Art. 106.1 e 2 referidos a campos determinados da Administração. A via estatutária constituiria uma boa oportunidade para concretizar e formular este direito e incidir em um maior compromisso por parte dos poderes públicos no exercício de suas funções para com os cidadãos, porque, sem nenhuma dúvida, a boa administração contribuiria para melhorar o *status* de cidadão, carregado de direitos, em ocasiões, um tanto irrelevantes, se não mediar uma prestação efetiva.

Vide: FREITAS, Juarez. Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007; MUÑOZ, Xaime Rodríguez-Arana. El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006; MALLÉN, Beatriz Tomás. El derecho fundamental a una buena administración. Madrid: Instituto Nacional del Administración Pública, 2004; SOLÉ, Juli Ponce. Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid: Lex Nova, 2001.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. Revista de estudios loales CUNAL, Madrid, n. 100, Ano 4, p. 39-47, mar. 2007.

concretas e determinadas. Só assim o direito do cidadão a um bom governo e a uma boa Administração Pública será algo razoável e adequado. Boa Administração, portanto, significa conduzir e manejar de forma adequada uma série de critérios mínimos previamente estabelecidos.

Logo, a dogmática clássica, que tinha como característica jurídica a existência, a validade, a eficácia e a eficiência dos atos do Poder Público, demonstrou-se insuficiente para a adequada descrição desses atos no atual contexto de um Direito ampliado por uma juridicidade de três dimensões: legalidade, legitimidade e licitude. Ressalta-se, ainda, mais uma característica, a efetividade, ou seja, o atendimento satisfatório dos interesses públicos. Esta nova característica, além de se preocupar com o processo de decisão, passou a preocupar-se com o resultado do decidido, isto é, a adição dessa quinta característica, a efetividade, destina-se a verificar se a ordem dos fatos reproduz, enfim, a contento, o que foi disposto na ordem jurídica.

Assim, para o Poder Público, a legitimidade e a licitude tanto poderão estar integralmente contidas na legalidade, cabendo-lhe, tão somente, praticar atos vinculados, como apenas parcialmente nela contida, necessitando praticar atos em que lhe cabe fazer, abstrata ou concretamente, opções legítimas.

Visto que ao constituinte cabe a positivação originária, sendo que sua percepção é de natureza política (legitimidade e licitude), e ao legislador ordinário cabe produzir uma positivação derivada, cuja percepção é parte jurídica (legalidade), calcada naquilo que a Constituição já definiu como parte política (legitimidade e licitude), no amplo campo de opções disponíveis, sendo o primeiro a expressão dos interesses públicos ou do bem comum, e o segundo aquele que deve atender imediatamente ao bem comum, cumpre, ao Poder Público, por meio de atos administrativos, seu atendimento mediato, pois necessita dessa prefiguração abstrata para orientá-lo na satisfação de interesses públicos concretos.

Considerando-se as três características (legalidade, legitimidade e licitude), o poder estatal tem natureza juspolítico-moral, intimamente ligada à liberdade, pois a sociedade estabeleceu os limites de sua atuação<sup>79</sup>. A concentração de poderes na esfera dos representantes, produzida e justificada pela destinação de atender aos interesses públicos, exige que o Estado oriente seus atos no sentido da destinação social na concretização dos interesses públicos. No caso de sua atuação ou omissão apresentar-se

---

<sup>79</sup> Vale aqui mencionar a chamada Teoria do Duplo Grau, que superou a problemática da compatibilização entre a definição dos interesses públicos e do exercício da administração consensualizada, partindo da distinção entre categorias ou níveis de exercício do poder: a categoria primária e a secundária, cabendo, à esfera do público, a decisão primária de poder que se compreende em sua competência de agir; e, à esfera do privado, a decisão secundária de poder perfeitamente negociável, de escolher a melhor solução para atuar. Tal teoria hoje se aproxima do conceito de subsidiariedade, como bem menciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 325), ao dizer que assim o é: "*uma vez que distingue o nível de manifestação de vontade administrativa dotada de um poder estatal primário e, por isso, absoluto, inegociável e inflexível, de dar-se a execução de um determinado interesse público concreto, situada no plano supra-ordinado das decisões vinculadas, do nível de manifestação de vontade administrativa dotada de um poder estatal secundário e, por isso, relativo, negociável e flexível, situado em plano subordinado das decisões discricionárias*".

contrária ou estranha a essa finalidade, estar-se-á diante de um abuso ou desvio de poder a ele confiado. Por isso, não se admite liberdade absoluta na ação do Estado.

Com fundamento no que foi exposto, pode-se assinalar que os interesses públicos, que têm como pilares a legalidade, a legitimidade e a licitude, devem ser onipresentes nas atividades do Estado. É a razão de ser e justificação deste, em que sua capacidade de atuar estará sempre vinculada a esse fim, ainda que, em um sentido figurado ou amplo, haja a alusão ao termo "*liberdade*" no exercício de suas funções juspolítico-morais. Em definitivo, pois, os interesses públicos devem ser inequivocamente salvaguardados pela regulação estatal, qualquer que seja sua finalidade e alcance.

#### IV. CONCLUSÕES

Independente do modelo estatal, pode-se dizer que o Estado sempre quis dominar a iniciativa privada, do contrário, seria ele dominado. O Estado não se conformava em ser subjugado pelo poder econômico e, por isso, sempre se dispôs a submetê-lo ao seu *imperium*. Regular, dessa forma, era algo concebido como uma forma de intervenção do Estado no comportamento econômico das empresas privadas. Afirma-se que a regulação compreendia toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolvia a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo).

Defende-se, porém, que, apesar de majoritário, esse entendimento não é o único existente. Parece melhor o entendimento que afirma ser a regulação uma espécie de interferência pública intencional que limita as escolhas dos privados e, até mesmo, do próprio Poder Público. Desse modo, este sofrerá dita intervenção sempre e quando atuar como se privado fosse, isto é, ao exercer atividade, por meio de uma pessoa jurídica de direito privado, com fins econômicos, como, por exemplo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também quando possuir uma autarquia que exerça determinado serviço público a fim de que seja prestado com a máxima adequação possível à população.

No mais, há de se entender a regulação como uma atuação não apenas estatal. Assim, diz respeito a um processo intencional destinado a alterar atividades ou comportamentos. Por isso que se deve, ao utilizar o termo regulação, evidenciar se ela é estatal ou não.

Portanto, pode-se definir regulação estatal como uma restrição intencional da eleição, por meio de atos imperativos, incitativos ou indicativos, para realizar finalidades públicas, ou seja, resultados que possam beneficiar toda a coletividade. Nada impede que essa restrinja as próprias escolhas públicas, sempre e quando tal restrição almeje o resultado desejado pela coletividade. Não se pode admitir, todavia, que o Estado perca de vista os interesses públicos, a boa administração e a administração de resultado. As pessoas atingidas por essa forma de regulação podem ser físicas ou jurídicas, públicas ou privadas. O importante é que o Estado interfira de forma intencional sobre as escolhas de um determinado agente de mercado, seja este público ou privado, na busca de uma maior eficiência da ordem econômica e social por ele gerida.

Infere-se, dessa forma, que a interferência pública intencional é, talvez, a característica principal da regulação estatal e subdivide-se em duas visões: uma relacionada à conduta premeditada, deliberada ou realizada de propósito por parte de alguém; e outra relacionada ao sujeito que, necessariamente, deve ser parte integrante da máquina pública, nesse sentido, deve integrar as diferentes funções estatais, desde a função constituinte, com isso, estabelecendo as normas essenciais que regem a sociedade e a si mesmo e sua função reformadora caso, em momento posterior, torne-se necessário rever a Constituição, de modo a adaptá-la como, também, as demais funções descritas nesta (políticas legislativa, jurisdicional e administrativa).

O meio pelo qual a interferência intencional dar-se-á é outro elemento do conceito de regulação. Entende-se que todas as funções estatais possuem um caráter regulador. A função normativa reguladora engloba as funções constituinte reguladora, reformadora reguladora e legislativa reguladora, que são materializadas por meio de normas jurídicas, que poderão levar a três modelos básicos de regulação jurídica: a regulação por princípios, em que um regime é estabelecido apenas com base nas normas princípio mais relevantes no caso, adaptadas ou não à matéria; a regulação por regras, na qual o regime compreende efeitos antecedidos de previsão definidora do gênero de situação; ou a regulação mista (princípios e regras), que é o conjunto dos dois modelos anteriores, aproveitando as normas princípio para colmatar as possíveis insuficiências derivadas das regras estabelecidas, bem como a possibilidade de o sistema regulatório se basear em normas discricionárias e vinculadas (*discretion and rules*). Além disso, a função política regulatória ocorre por meio de atos anteriores às normas jurídicas que definem a orientação governativa em debates parlamentares ou de conselhos de ministros, estabelecendo programas de ação ou fixando objetivos que posteriormente serão prosseguidos por normas jurídicas. Já a função jurisdicional regulatória engloba as fases postulatória, saneadora, instrutória e decisória. Seja pela força de quem o realiza, seja pela forma na qual se realizam, seja pelo tempo utilizado ou pelo momento de sua realização; todos os atos processuais, por mais irrisórios que pareçam ser, podem, de alguma forma, intervir nas escolhas de alguém, logo, são meios de manifestação da regulação. Ressalta-se, todavia, que são os atos processuais decisórios ou de conclusão, extinção, que mais interessam, pois só eles podem gerar coisas julgadas, que imutabilizarão os efeitos dos julgados, assim, implicando no impedimento de novo ajuizamento da mesma demanda, salvo se comprovada qualquer nulidade do processo ou diante do advento de prova superveniente. Por fim, a função administrativa regulatória passa por múltiplas formas de ações, que podem ser deônticas ou não deônticas, ambas relevantes ao Direito. A avaliação da função administrativa, na distinção entre ações deônticas e não deônticas, separa as normas e decisões administrativas de todos os demais comportamentos administrativos, como, por exemplo, opiniões, justificações, condutas técnicas meramente reprodutivas de normas ou decisões; sendo certo que sua junção representa o conjunto de todas as condutas passíveis de serem realizadas pela Administração Pública, isso devendo ser levado em consideração quando analisada a regulação estatal. A regulação envolve, deste modo, o desempenho de uma série de funções distintas, que inclui desde as atribuições típicas da função administrativa até a edição de normas técnicas, bem como a composição dos conflitos que possam surgir em decorrência das relações sujeitas à intervenção regulatória. Assim, a regulação abarca, a um só tempo, funções administrativas regulatória normativas, executivas propriamente ditas e judicantes.

Além da interferência pública intencional, por meio de normas jurídicas e decisões políticas, judiciais e administrativas, como elementos básicos da regulação estatal, pode-se mencionar que essa ocorre por meio do sentido em que a conduta é regulada, a saber, se há uma intervenção indicativa, incitativa ou imperativa (imposição, proibição

ou permissão) nas escolhas de um terceiro (heterorregulação) ou de si mesmo (autorregulação). A forma de interferência indicativa é configurada apenas como um sinal a alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento de quem a recebe. Pode ou não causar, provocar ou iniciar ação por parte deste que assumirá o risco caso decida engajar-se no caminho pelo qual a interferência ocorreu. Na interferência incitativa, o Estado não apenas indica, mostra ou assinala, ele também induz, provoca, estimula, instiga, incentiva a realização de algo, pretendendo o engajamento de quem é atingido pela interferência. Pode o Estado intervir incitativamente de forma positiva ou negativa: quando incitar privilegiando determinadas condutas, estará atuando de forma positiva; quando onera alguma atuação para que haja desestimulação, atua de forma negativa. Por fim, na interferência imperativa, o Estado impõe comportamentos e assegura convergências fundadas na coerção ou imperatividade. E ocorre quando esse obriga alguém, sob sua interferência, a atuar de determinada maneira, de forma cogente, por meio da determinação de um específico sentido de dever ser impositivo, permissivo ou proibitivo. É, basicamente, por meio dessas formas que os poderes públicos interferem na vontade e nas escolhas de alguém à qual se dirija (heterorregulação) ou, eventualmente, de si mesmo (autorregulação). Nesse sentido, o Estado regulará sempre que planejar, ordenar, restringir, limitar, direcionar, influenciar, alternar, condicionar ou realizar qualquer conduta que, de alguma forma, venha a indicar uma vontade, incitar uma conduta ou impor uma ação, omissão ou permissão por parte de alguém ou de si mesmo. Toda interferência pública, portanto, é vista como intrusão na liberdade de escolha de alguém ou de si mesmo.

Por fim, pode-se dizer que não é qualquer circunstância que pode ser submetida à regulação estatal. É preciso que existam interesses públicos a justificar a ação do Poder Público. Este é o norte que autoriza o Estado a regular e que lhe confere a legitimidade necessária para tanto. Os interesses públicos de determinada interferência estatal devem sempre ser atingidos, alcançados e obtidos ao máximo possível. Assim o é, porque os interesses públicos são o norte, o que justifica e dá fundamento à atividade estatal. A regulação surge, portanto, como o instrumento por excelência de efetivação dos interesses públicos. É por via da regulação que hoje se realiza o dever estatal de garantir ou assegurar a realização dos interesses públicos.

## V. REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. In: FERNANDES, José Pedro (Dir.) Dicionário jurídico da Administração Pública. 2. ed. Lisboa: [s. n.], 1993, v. V.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito Jurídico de Regulação da Economia. Revista de Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 122, abr./jun. 2001.

---

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz, 1996 apud DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. A reader on regulation. Oxford: Oxford University Press, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BERÇAITZ, Miguel Angel. Teoria general de los contratos administrativos. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.

BESSONE, Darcy. Institutos de Direito falimentar. São Paulo: Saraiva, 1995.

BLACK, Julia. Critical reflections on regulation. London: Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, 2002 (Discussion Paper 4).

BREYER, Stephen G. Regulation and its reform. Cambridge, Mass: Havard University Press, 1982.

BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. Desregulación: entre el derecho y la economia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CAUPERS, João. Introdução à ciência da Administração Pública. Lisboa: Âncora, 2002.

CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

DANTAS, Ivo. Dos princípios constitucionais e interpretações constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parceira na Administração Pública. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o Direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva;

ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo? Coimbra: Almedina, 2009.

FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.

FRANÇA. Conseil d'Etat. Arrêt Didier. Statuant au contentieux. N° 207434. Publié au recueil Lebon. ASSEMBLEE. M. Denoix de Saint Marc, président, M. de la Verpillière, rapporteur, M. Seban, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 3 diciembre 1999.

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

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras. Direito.com.br. Disponível em: <<http://www.direito.com.br/Doutrina.ASP?O=1&T=3090>>. Acesso em: 19 jun. 2003.

GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. II.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, Tomo I.

HANDLER, Joel F. The conditions of discretion: autonomy, community, bureaucracy. New York: Russell Sage Foundation, 1986.

JOWELL, Jeffrey Lionel. Law and bureaucracy: administrative discretion and the limits of legalization legal action. New York: Kennikat Press, 1975.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACGREGOR, Laura; PROSSER, Tony; VILLIERS, Charlotte. Regulation and markets beyond 2000. Aldershot, Hants, England; Burlington, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 2000.

MALLÉN, Beatriz Tomás. El derecho fundamental a una buena administración. Madrid: Instituto Nacional del Administración Pública, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, n. 4, p. 1-21, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 9, n. 33, p. 79-94, jan./mar. 2011.

\_\_\_\_\_. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico financeiro nas concessões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 227, p. 105-118, ene./mar., 2002.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e Agência Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

MITNICK, Barry M. La economía política de la regulación. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutação do Direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Mutações do Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza Jurídica, Competência Normativa e Limites de Atuação. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 215, p. 71-83, jan./mar., 1999.

\_\_\_\_\_. Natureza Jurídica, Competência Normativa e Limites de Atuação. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 215, p. 71-83, jan./mar., 1999.

MOREIRA, Vital. Auto-Regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. Autoridades e instrumentos de regulação. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Coimbra, out. de 2006 – jun. de 2007.

MUÑOZ, Xaime Rodríguez-Arana. El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.

PRATS I CATALÁ, Joan. Derecho y *management* en las Administraciones Públicas. Ekonomiaz: Revista vasca de economía. Vitoria-Gasteiz, Ano 10, n. 26, p. 130-143, may/sep. 1993.

PROSSER, Tony. Law and the regulators. Oxford: Clarendon Press, 1997.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito falimentar. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. Revista de estudios loyales CUNAL, Madrid, n. 100, Ano 4, p. 39-47, mar. 2007.

SADDI, Jairo. Repensando o conceito de interesse público. Valor, Opinião, 19/12/01, p. A10.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatório. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 206, ano LII, p. 165-203, abr./jun., 2015.

\_\_\_\_\_. Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANT'ANA, Diogo de. Conjuntura da Regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SHAPIRO, Mario Gomes (Coord.). Direito Econômico Regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010, Série GVlaw.

SCHNEIDER, Carl E. Discretion and rules: a lawyer's view. In: HAWKINS, Keith. The Uses of Discretion. Oxford: Oxford University Press, 1992.

SELZNICK, P. Focusing organizational research on regulation. In: NOLL, R. (Ed.) Regulatory policy and the social sciences. Berkeley, Calif: University of California Press, 1985.

SILVIA, A.; LUPPI, Frego. L'amministrazione regolatrice. Torino: Giappichelli, 1999.

SOLÉ, Juli Ponce. Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid: Lex Nova, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros/SBDP, 2000.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A auto-regulação profissional no Brasil. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

