

# Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura<sup>1</sup>

## Sérgio Guerra

Pós-Doutor em Administração Pública pela FGV/EBAPE. Doutor em Direito pela UGF. Mestre em Direito pela UCAM. Diretor Executivo da *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Coordenador-Geral do Curso Internacional Business Law (FGV/UCI). Vice-Diretor de ensino, pesquisa e pós-graduação. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ.

---

**Sumário:** **1** Regulação como nova função estatal – **2** Objetivos da função de regulação – **3** Desafio da complexidade e tecnicidade para a Administração Pública na regulação do setor de infraestrutura – **4** Fundamentos jurídicos da função de regulação sobre a infraestrutura – **5** Conclusão – Referências

---

Na segunda metade do século XX verificou-se, em diversos Estados, a experimentação de forte aspiração por uma democracia material destacando-se, entre o final da década de 1980 e o início da década de 1990, um sucessivo processo de mutação das instituições públicas e, por conseguinte, do direito público. Podemos afirmar que, no Brasil, esse novo sentido do Direito deve-se, em grande parte, a alguns fatores que nos levam ao tema da função de regulação.<sup>1</sup>

O *primeiro fator*, os efeitos decorrentes da globalização. Com a globalização o Estado teve que se concentrar na busca da eficiência estatal, atribuindo ao livre mercado o papel de promover a economia de forma autônoma à política, de modo que à iniciativa privada, em condições de forte concorrência, devem ser destinados os bônus e os ônus da flutuação mercadológica.

Nessa fase deve-se privilegiar a subsidiariedade. Por meio desse princípio reconhece-se ao indivíduo a prioridade na atuação, com seus próprios recursos, para a satisfação de seus interesses, somente permitindo a atuação da sociedade — e do próprio Estado — naquilo que ele, indivíduo, não possa resolver. No campo da Administração Pública, o princípio da subsidiariedade provoca a aproximação dos níveis de decisão governamental aos indivíduos, de modo a serem resguardados, por meio de uma atuação estatal reguladora (e não mais intervencionista direta), os direitos fundamentais de cada cidadão.

O *segundo fator* está na necessária reforma do aparelho do Estado por força tanto da globalização, antes citada, quanto das mudanças constitucionais. Com efeito, no Brasil, a Carta Magna

de 1988 pautou a ordem econômica sob o princípio da livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, reservando, ao Estado, funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Diante disso, o Governo Federal brasileiro implementou uma reforma administrativa ao editar, em 1995, o Plano Diretor da Reforma do Estado. Direcionou, neste contexto, a Administração Pública para um modelo de gerência estatal eficiente.

Nesse contexto, e com a instituição de uma filosofia regulatória na matriz constitucional brasileira, implementou-se no país um amplo processo de desestatização, promovendo a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada — princípio da livre iniciativa — ou de setores onde ela possa atuar com maior eficiência — princípio da economicidade.

Adicione-se, a isso, o fato de que o ingresso de empresas globais exigem novas formas de atuação estatal. Foram criadas autarquias especiais (agências reguladoras), com estrutura semelhante ao modelo estadunidense.<sup>2</sup>

De fato, ultrapassada a fase pós-privatização da década de 1990, o cenário em que o Brasil se encontra já no século XXI aponta para a necessidade de significativos investimentos em infraestrutura e equipamentos administrativos para o desenvolvimento de atividades de interesse geral (estradas, ferrovias, hidrelétricas, aeroportos etc.).

Com efeito, o país necessita dar prioridade à infraestrutura para a sustentação de um novo ciclo de desenvolvimento, notadamente com vistas a fomentar o potencial de crescimento da atividade econômica, evitar gargalos em logística, impedir estrangulamentos, reduzir a probabilidade e os impactos de eventuais choques de oferta,

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado em: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno, FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração*: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

<sup>2</sup> Esse fato esse apontado, por exemplo, pela OCDE ao preconizar, em relatório emitido em 2008, que “no Brasil, a esperança era que uma participação mais profunda do setor privado em infraestrutura ajudaria a aumentar, a melhorar o desempenho e a cobertura bem como facilitar o acesso a serviços em um contexto de mercado. Dois papéis principais para as agências reguladoras no contexto brasileiro são: minimizar a incerteza regulatória, que pode reduzir a confiança do investidor e projetar-se como um administrador imparcial e autônomo dos agentes do mercado. Parcelas significativas das estradas mais utilizadas foram oferecidas como concessão, e melhoraram de maneira significativa as condições dessas estradas. O setor privado assumiu o controle e modernizou grande parte da infraestrutura de telecomunicações do país.”

e viabilizar um crescimento harmônico de vários setores concomitantemente, tudo, inclusive, visando proteger e privilegiar o direito dos cidadãos.

Levando-se em consideração que o Estado carece da realização de atividades econômicas para enfrentar os desafios do mercado globalizado e acelerar o desenvolvimento da infraestrutura no país e considerando que o Estado não dispõe suficientemente de recursos financeiros para atender integralmente a essas necessidades, chegou-se a uma fase mais avançada do que o simples modelo de delegação de serviços públicos. Instituiu-se, por meio de norma editada pelo Parlamento federal, um padrão nacional de parcerias público-privadas (PPPs) e editou-se, no início de 2007, um Plano de Aceleração de Crescimento (PAC), posteriormente complementado pelo PAC2.

Permite-se, ainda, apontar um *terceiro fator* surgido recentemente e que tem forte impacto sobre a função de regulação da infraestrutura: os movimentos sociais episódicos ou fatuais que pressionam as decisões governamentais (reajustes tarifários, renovação de contratos de concessão etc.).<sup>3</sup>

Essas pressões, legítimas em sua grande maioria, acabam por merecer intervenções políticas de urgência em ambientes altamente sensíveis e que podem ser, em curto espaço de tempo e a depender da intensidade de intervenção estatal indevida, fortemente impactados, prejudicando não apenas os operadores mas, sobretudo, a própria sociedade.

Além disso, e por fim, como *quarto fator*, é relevante destacar que questões técnicas e científicas surgem a cada dia, em vista da alta complexidade que permeia as relações do século XXI. Por conta disso, não são “descobertas” a tempo e contento pelo legislador primário, ainda que de forma aberta, com conceitos indeterminados, para preenchimento por meio da escolha da autoridade administrativa no caso concreto.

É preciso, portanto, buscar-se a compatibilização entre estes e outros fatores com a realidade, de modo a que o país tenha instrumentos jurídicos legítimos de conformação dos interesses daqueles que exploram atividades econômicas de infraestrutura com as necessidades da sociedade.

A simples redução do Estado ao patamar mínimo, a exemplo do que ocorreu no liberalismo oitocentista, com sua “mão invisível” *smithiana*, não corresponde aos anseios e às necessidades da sociedade contemporânea, nem tampouco às necessidades de equilíbrio do sistema econômico

(em benefício dele próprio e do sistema social). Nesse sentido, desponta a importância da função reguladora.

Até então a regulação estatal sobre a infraestrutura tem sido criticada no Brasil sob a pecha de que teria sido concebida de forma unívoca para sociedades que se encontram em diferentes graus de desenvolvimento. Concorde-se, em parte, com essa visão, pois não basta a simples importação para o Direito pátrio de modelos idealizados para outras culturas sem os ajustes necessários, notadamente do ponto de vista jurídico-constitucional.

Não obstante, deve-se reconhecer que essa nova função do Estado, em um ambiente globalizado, independentemente do grau de desenvolvimento do país, exige novas estratégias para o exercício das funções administrativas, novas instituições — estatais ou não — e revisão das escolhas e respectivas categorias e institutos de direito administrativo para a perfeita conformação dessas mudanças e desses acoplamentos.

Em resumo, os fatos acima apontados impactam, diretamente, a intervenção estatal em setores de infraestrutura no país. Desponta, portanto, no direito público pátrio o desafio de compreender novas categorias e encontrar fórmulas e caminhos que busquem a harmonização e coerência na regulação de subsistemas visando a proteção dos direitos fundamentais e a mecanismos que garantam a segurança jurídica para os operadores e investidores.

Pelos aspectos antes apontados, chega-se à seguinte problematização que, se espera, logre o correto enfrentamento no presente artigo ainda que de forma perfunctória: a) como se deve estruturar a função reguladora? b) quais são os seus fundamentos jurídicos? c) como a função reguladora pode-se acoplar aos desafios da complexidade e tecnicidade sobre a regulação da infraestrutura no Brasil? d) quais são os objetivos da função reguladora?

Tudo isso, examinado de modo que a gestão pública persiga o máximo de eficiência com o mínimo de sacrifício na regulação da infraestrutura, seja para a coletividade seja para a segurança jurídica dos *players* que aderem aos programas estatais.

Essas questões conduzem a uma necessária verificação e releitura das funções do Estado, das categorias de escolhas administrativas e dos fundamentos dos respectivos institutos/fórmulas de direito administrativo. Nesse cenário, há de se repensar a interpretação de alguns postulados e reavaliar funções estatais clássicas que norteiam as escolhas executivas do Estado, tudo para privilegiar a compreensão de valores e princípios

<sup>3</sup> Acerca das especificidades dos chamados “grupos de interesse” episódicos ou fatuais, veja-se SOUTO. *Direito administrativo regulatório*, p. 54 et seq.

que regem as relações da Administração Pública com a sociedade e cada cidadão.

## 1 Regulação como nova função estatal

Sabe-se que o exercício da função de regulação de atividades econômicas pelo Estado é, de certa forma, novo no Brasil, e, por isso, de difícil compreensão pelas autoridades e pela própria sociedade.<sup>4</sup>

A estrutura estatal necessária para equilibrar os subsistemas regulados,<sup>5</sup> ajustando as falhas do mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes, não se enquadra em categorias já consolidadas. Basicamente, adotando-se ou não essas denominações, é maioria na doutrina de direito público que o pensamento de que o Estado brasileiro exerce quatro funções estatais: intervenção direta, fomento, serviço público e poder de polícia.

Essas funções estão diretamente ligadas aos fundamentos do Estado brasileiro, conforme previsto na Constituição Federal de 1988: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político. Ademais, essas mesmas funções devem ser exercidas de acordo com os objetivos do Estado, também enumerados na Carta cidadã: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De acordo com os fatores apresentados na introdução do presente artigo, e que impactam diretamente a atuação estatal (globalização, reforma do aparelho do Estado, privatizações e, mais recentemente, os movimentos sociais, além da tecnicidade), a função de regulação se apresenta como uma nova etapa, uma real evolução do processo de mutação da atuação estatal que supera bases

anteriormente postas pelo Estado e pela doutrina mais tradicional de direito administrativo.

A função regulatória decorre do fenômeno de mutação constitucional,<sup>6</sup> desencadeado pelas alterações estruturais por que passou a sociedade e que teve como consequência, no plano das instituições políticas, o surgimento do imperativo de mudança nas formas de exercício das funções estatais clássicas. O fenômeno da regulação, tal como concebido nos dias atuais, nada mais representa do que uma espécie de corretivo indispensável a dois processos que se entrelaçam. De um lado, trata-se de um corretivo às mazelas e às deformações do regime capitalista<sup>7</sup> e, de outro, um corretivo ao modo de funcionamento do aparelho do Estado<sup>8</sup> engendrado por esse mesmo capitalismo.

Nesse contexto, permite-se trazer o seguinte desenho dessa nova função estatal (regulação), de modo a investigar, mais à frente, tanto a sua fundamentação sob a ótica jurídica quanto o desafio da complexidade e tecnicidade na regulação do setor de infraestrutura.

A regulação é uma espécie de intervenção estatal, porém indireta, que alcança atividades econômicas e sociais. Ela visa, basicamente, a implementação de políticas públicas e realização dos direitos sociais. Para alcançar seus objetivos, a função de regulação deve perseguir o equilíbrio sistêmico dos setores regulados, e, para tanto, deve se valer de uma visão prospectiva, de modo a se afastar das decisões de momento e sem sustentabilidade. A base de suas escolhas deve ser a preponderância técnica (não política), de modo a reduzir-se a pura discricionariedade.

Essa função deve se caracterizar como sendo uma função de Estado e não de governo,<sup>9</sup> este

<sup>4</sup> Floriano Azevedo Marques Neto anota que "a atividade regulatória é espécie do gênero atividade administrativa. Mas trata-se de uma espécie bastante peculiar. [inclusive] é na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo, de caráter menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado" (Pensando o controle da atividade regulação estatal. In: GUERRA (Coord.). *Temas de direito regulatório*, p. 202).

<sup>5</sup> Subsistema regulado, para efeito deste artigo, é aquele apontado por Floriano de Azevedo Marques Neto como sendo parcelas do ordenamento jurídico pautadas por princípios, conceitos e estruturas hierárquicas próprios a determinado setor (Pensando o controle da atividade regulação estatal. In: GUERRA (Coord.). *Temas de direito regulatório*, p. 301). Veja-se a construção doutrinária sobre os subsistemas à luz da *teoria dos ordenamentos setoriais em ARAGÃO. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 179 et seq.

<sup>6</sup> Na expressão de Joaquim Barbosa, atual presidente do Supremo Tribunal Federal, em *Agências reguladoras: a "metamorfose" do estado e da democracia: uma reflexão de direito constitucional e comparado*. In: ARAGÃO (Org.). *Agências reguladoras e democracia*, p. 90.

<sup>7</sup> O inconformismo com a ordem liberal econômica já se apresentava na penúltima década do século XIX. Em 1887 foi criada a primeira "Agência Reguladora" estadunidense, a *Interstate Commerce Commission*, e, uma década depois, editado o *Clayton Act* para combater as práticas anticoncorrenciais. Cf. MOREIRA. *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 17.

<sup>8</sup> Bresser-Pereira comenta a questão do ponto de vista das burocracias tecnicamente especializadas: "Um dos papéis que desempenham, além do meramente técnico, é o de desenvolver estratégias de articulação entre os aparatos de Estado e a sociedade como forma de neutralização de pressões clientelistas ou mesmo de ampliação de seus recursos. Nesse sentido, a burocracia pode ser um ator político no contexto da democracia, valendo-se dos instrumentos que esta faculta. Ela respeita as decisões dos políticos eleitos, mas desenvolve estratégias de legitimação por meio das quais obtém autonomia dos próprios políticos, a partir da demanda ou do apoio da sociedade" (BRESSER-PERREIRA. *A reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, p. 160).

<sup>9</sup> Funções de Estado podem ser indicadas como sendo aquelas dispostas na Constituição e nas leis, as quais devem necessariamente ser observadas e executadas pela Administração Pública,

preocupado, logicamente, com as urnas. Para sua legitimidade, deve-se buscar a participação de forma consensual da sociedade, que auxiliará na antecipação dos riscos regulatórios muitas das vezes só conhecidos pelos próprios agentes do mercado.

Com esses elementos, a função de regulação setorial tem melhores condições de enfrentar os desafios da reflexividade da vida social que, nas palavras de Giddens,<sup>10</sup> consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando, dessa forma, seu caráter constitutivamente.

## 2 Objetivos da função de regulação

A função regulatória deve conter os excessos perpetrados pelos agentes que detêm o poder econômico privado, de acordo com valores e princípios garantidos pela força normativa da Constituição Federal. Nesse vezo, quais devem ser os objetivos da função regulatória, que produz um “eclipse do governo dentro do direito administrativo”<sup>11</sup> adotada em diversos países, inclusive o Brasil?

É certo que não é simplesmente controlar empresas, promovendo a fiscalização e sanção. A função de regulação tem objetivo muito mais digno, o de proteger a sociedade na execução de atividades que são essenciais para a vida e o bem-estar daquela.<sup>12</sup>

Com efeito, com o aparecimento de novos operadores privados na execução de atividades econômicas voltadas à infraestrutura, entendeu-se que

deveria haver separação das funções de regulação e as funções de participação pública na própria atividade regulada.<sup>13</sup>

Marcos Juruena Villela Souto<sup>14</sup> leciona que um processo de regulação implica, tipicamente, várias fases em que se destacam a formulação das orientações da regulação, a definição e operacionalização das regras, a implementação e aplicação das regras, o controle da aplicação das regras, o sancionamento dos transgressores e a decisão nos recursos. Adveio, com a globalização, a obrigação de se gerar salvaguardas institucionais que signifiquem um compromisso com a manutenção de regras (segurança jurídica) e contratos de longo prazo.<sup>15</sup>

Além das premissas antes apresentadas, o objetivo perseguido com a instituição da função estatal regulatória deve ser a cessão da capacidade decisória sobre aspectos técnicos para entidades descentralizadas em troca da busca por credibilidade e estabilidade, demonstrando-se, com isso, que a regulação estatal deixa de ser assunto de Governo para ser assunto de Estado.

Por essa nova função reguladora deve-se abandonar o perfil autoritário em prol de uma maior interlocução do Poder Público com a sociedade, permitindo a sua efetiva participação.

Enquanto na perspectiva do liberalismo compete ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no modelo social inverte-se este papel, permitindo que a atividade estatal seja a provedora das necessidades coletivas, ao Estado regulador são exigidas funções de equalização, mediação e arbitragem das relações econômicas e sociais, ponderados os interesses em presença.<sup>16</sup>

A função reguladora retrata uma redução nas diversas dimensões da intervenção estatal direta no âmbito econômico,<sup>17</sup> incorporando uma concepção

independentemente de quem seja o partido ou governante na chefia do Poder Executivo. De outro lado, as funções de governo, por sua vez, consistem nas prioridades concretas do governante democraticamente eleito para a implementação durante o seu governo e dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor, sempre e em qualquer caso submetidas às políticas de Estado. Floriano de Azevedo Marques Neto observa que as políticas de governo são os objetivos concretos que um determinado governante eleito pretende ver impostos a um dado setor da vida econômica ou social. Dizem respeito à orientação política e governamental que se pretende imprimir a um setor (MARQUES NETO. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*, p. 84 et seq.).

<sup>10</sup> GIDDENS. *As consequências da modernidade*, p. 45. O autor complementa: “Estamos em grande parte num mundo que é inteiramente constituído através de conhecimento reflexivamente aplicado, mas onde, ao mesmo tempo, não podemos nunca estar seguros de que qualquer elemento dado deste conhecimento não será revisitado” (*Id.*, *Ibid.*, p. 46).

<sup>11</sup> Na reflexão de CASSESE. *La globalización jurídica*, p. 187: “Se produce un eclipse del gobierno dentro del Derecho administrativo. Este último estaba, en el pasado, dominado por los gobiernos nacionales. Ahora el Derecho administrativo es menos gubernamental por la influencia ejercitada por la Comisión de la Unión Europea, por la separación entre política y Administración producida por la exigencia de imparcialidad y por la ampliación de los poderes públicos, y, finalmente, por el desarrollo de las autoridades independientes en el centro”.

<sup>12</sup> ARIÑO ORTIZ. *Economía y estado: crisis y reforma del sector público*, p. 272-273.

<sup>13</sup> *Id.*, *Ibid.* Conrado Hübner Mendes aduz: “As empresas que saem do domínio estatal e passam a fazer parte do domínio privado não podem estar submetidas, exclusivamente, às livres decisões de seus administradores, motivadas unicamente pelas contingências econômicas. Devem, sim, estar em consonância com interesses que transcendem os meramente capitalistas. Por esse motivo, ao retirar da máquina estatal tais empresas, nasce a necessidade de regulá-las intensamente” (Reforma do Estado e agências reguladoras. In: SUNDFELD (Coord.). *Direito administrativo econômico*, p. 108).

<sup>14</sup> SOUTO. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*, 4. ed., p. 441.

<sup>15</sup> Sabino Cassese chega a afirmar que as entidades reguladoras independentes “não devem ponderar o interesse público a elas confiado com outros interesses públicos secundários, como sucede em outros órgãos públicos que formam parte do Estado, começando, sobretudo, pelo governo” (*La globalización jurídica*, p. 151).

<sup>16</sup> MARQUES NETO. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, p. 13-29.

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 21.

de subsidiariedade.<sup>18</sup> Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da função de regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais.<sup>19</sup>

É por isso que ao Estado, na função de regulador, são reservadas as funções voltadas à fiscalização, ao fomento e ao planejamento, não devendo o Estado permanecer atuando diretamente em setores sem amparo constitucional.<sup>20</sup>

Em suma, a importância da função de regulação está em conformar a garantia de equilíbrio de um subsistema por meio de mecanismos que garantam sua efetividade com vistas ao ajuste das oscilações econômicas, sempre se protegendo os direitos fundamentais.

### 3 Desafio da complexidade e tecnicidade para a Administração Pública na regulação do setor de infraestrutura

Um dos primeiros aspectos que está compreendido nos princípios que norteiam o formato da função de regulação refere-se ao desafio de sua implementação com ampla transparência e procedimentalização da participação da sociedade diante de temas que concentram alta tecnicidade e cientificidade, sem amparo exclusivamente na compreensão valorativa dos Administradores públicos.

Os temas cotidianos se encontram com tamanha e progressiva complexidade, gerando novos riscos, novas exceções, novas urgências, novas necessidades e, conseqüentemente, clamam por novos institutos jurídicos e mecanismos de compatibilização das relações entre sistema econômico,

sistema social e sistema jurídico<sup>21</sup> sob uma verdadeira “sociedade em rede”.<sup>22</sup>

A evolução tecnológica e científica põe também cada vez mais em risco os direitos fundamentais. Os atentados à liberdade ocorrem, sobretudo, em setores caracterizados por forte expansão em virtude da acentuada evolução econômica e técnica. Vale citar a informática, que modificou a atividade bancária, o funcionamento da bolsa de valores, o mercado de seguros, a liberdade da concorrência ou as telecomunicações.<sup>23</sup> Trata-se de domínios em que a liberdade não pode ser encarada apenas em sua relação dialética com a autoridade estatal, mas também como limite e até garantia, no confronto com grupos privados e sujeitos econômicos fortes.

Diante do inevitável processo de evolução tecnológica, o legislador vê-se obrigado, cada vez mais, a deixar amplas margens de discricionariedade nas mãos do Administrador.<sup>24</sup> O *déficit* de informação do Parlamento, em termos comparativos com o governo, tanto mais grave quanto cada questão, envolve crescente tecnicidade e uma pluralidade de interesses contraditórios e reforça a diminuição da capacidade parlamentar, fazendo-o surgir como um órgão destituído de elementos que habilitem uma intervenção decisória conveniente e oportuna, além de revelar sua própria dependência institucional de quem lhe forneça essa informação.<sup>25</sup>

Ocorre que a tecnicidade do mundo pós-moderno impõe o deslocamento da competência sobre questões complexas do Poder Legislativo para o Poder Executivo, isto é, as operações que dependem de escolha de natureza técnica não se devem incluir nas matérias reservadas à lei estrita, haja vista que (i) a “vontade geral” não está na técnica (meio) e, sim, no resultado almejado

<sup>18</sup> Para um aprofundamento sobre o tema (princípio da subsidiariedade), ver: OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do estado*, p. 23 et seq.; FERNÁNDEZ FARRERES. Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad en el derecho administrativo español. In: MOREIRA NETO (Org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*; RIVERO YSERN. El principio de subsidiariedad. In: MOREIRA NETO (Org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*; e TORRES. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, p. 12.

<sup>19</sup> Denominando esse modelo como Estado subsidiário, José Alfredo de Oliveira Baracho denota que perseguindo seus fins, harmoniza a liberdade autonômica com a ordem social justa, com a finalidade de manter o desenvolvimento de uma sociedade formada de autoridades plurais e diversificadas, recusando o individualismo filosófico. Por isso, a ideia de subsidiariedade aparece como a solução intermediária entre o Estado-providência e o Estado Liberal (*O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*, p. 88).

<sup>20</sup> Lúcia Valle Figueiredo aborda o tema sob o enfoque da “protagonização pelo Estado da atividade econômica”. Ver em Intervenção do estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 263 et seq.

<sup>21</sup> Fábio Medina Osório comenta o dinamismo da sociedade pós-moderna e o descompasso entre o Direito e os hodiernos problemas sociais: “As estruturas extremamente dinâmicas da sociedade pós-capitalista certamente produzem angústia no jurista, que pode se sentir incapaz de acompanhar a velocidade das mudanças sociais. Se o Direito, em geral, sempre caminhou atrás dos fatos, em uma sociedade veloz, instantânea, de informação, pluralista, este instrumento de controle social resulta ainda mais lento diante da assustadora rapidez dos acontecimentos e transformações de topos os tipos que ocorrem nas civilizações globalizadas. O fenômeno jurídico, de um lado, vive um profundo descompasso com os fatos cuja regulação é necessária (e ambicionada) e, de outro, se mostra insuficiente como instrumento destinado a solucionar graves problemas sociais, não conseguindo atender demandas emergentes” (*Direito administrativo sancionador*, p. 74).

<sup>22</sup> Acerca dessa questão, em que se conforma a informação com a economia, sociedade e cultura, ver a trilogia de CASTELLS. *Sociedade em rede*.

<sup>23</sup> MOREIRA; MAÇAS. *Autoridades reguladoras independentes*, p. 52.

<sup>24</sup> SILVA. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, p. 46-63.

<sup>25</sup> OTERO. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, p. 108.

(fim); (ii) o legislador não tem como exaurir o âmbito dessas questões, de grande complexidade tecnológica, e até mesmo econômicas, a serem reguladas paulatinamente em cada subsistema de acordo com o caso concreto.

Desse modo, não há de se falar, em sede de função reguladora, de delegação legislativa nem tampouco discricionariedade, mesmo considerando que “o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito”.<sup>26</sup> Nesse aspecto, a mutabilidade econômica e técnica contemporânea — que permeia todas as principais decisões regulatórias no país — importa que haja uma maleabilidade para os sucessivos ajustes ao longo dos tempos que não se conformam unicamente ao instituto da discricionariedade.

Exatamente por essa questão, não existe, em regra geral, uma codificação em textos sistematizados das normas de direito econômico.<sup>27</sup> A constante alteração e a dispersão de normas sobre o mesmo objeto por vários diplomas fazem com que seja difícil, por vezes, definir claramente o estatuto jurídico de certas matérias. “Aos próprios juristas é muitas vezes difícil saber ‘em que lei se vive’, em especial em período de mutação profunda das estruturas econômicas e sociais”.<sup>28</sup>

A realidade econômica e tecnológica não pode ser explicitada completamente em normas; dependem, basicamente, da realidade social e econômica do momento. Devem ser levadas em consideração tanto as razões passadas quanto os efeitos prospectivos: “O dinamismo e a mobilidade social fazem deste ramo do Direito [econômico] gênese dos fatos aos quais estes objetivos se prendem e oferecem razões que o diferenciam dos demais. Quando se vai cuidar das razões que levaram cada objetivo definido em um Plano Econômico a ser nele incluído, e se chega depois a transformar em lei o próprio Plano, depara-se com toda uma visão global da vida econômica e se pretende substituí-la por uma outra realidade, outra visão global. A lei do Plano seguida das demais leis e instrumentos legislativos que a complementam serão encarregadas dessa transformação da realidade. Simplificar a explicação, dizendo apenas que em todos estes casos as fontes do Direito são estes instrumentos legais, não pode satisfazer ao raciocínio jurídico, pois há razões anteriores que os geraram e que se mergulham na realidade da vida social. Esta realidade é conhecida a partir da observação direta e por meio de instrumentos

diferentes dos jurídicos como a observação, a análise econômica e outros”.<sup>29</sup>

Além dessas considerações, há inúmeros termos técnicos empregados nas normas de cunho econômico, muitos deles com grande indeterminação, e que, por isso, necessitam de certa margem de apreciação diante do caso concreto. Não obstante essa concretização da norma aberta ser de competência do Administrador Público, a integração dos termos fluidos não deve ser fundamentada sob a ótica desse servidor, sob uma pretensão oportunidade e conveniência, mas ponderando-se motivadamente à luz dos princípios e valores constitucionais,<sup>30</sup> proporcionalmente aos impactos prospectivos da função reguladora.

Nesse sentido, importa ressaltar a existência de peculiaridades nas normas que contêm termos técnicos empregados na ciência econômica. Ainda que a ciência econômica recorra ao uso de modelos e formas matemáticas, é certo que, por sua própria definição, os conceitos econômicos levam consigo a existência de interesses valorativos. Esses valores, muitas das vezes, implicam a realização de juízos que supõem a necessidade de ponderar entre diferentes interesses e garantias fundamentais que estão envolvidas, suplantando, em muito, o instituto determinativo de conceitos ou da discricionariedade administrativa.<sup>31</sup>

Registre-se ainda a necessidade de periódicas reformas regulatórias, notadamente em atividades econômicas que abrangem oscilações de mercado e muitos componentes tecnológicos, ou seja, a “progressiva tecnização no tratamento dos assuntos a cargo da Administração”.<sup>32</sup> Uma legislação minuciosa e exaustiva sobre a conduta administrativa em sede de temas complexos e arriscados não é garantia de lisura ou proteção aos cidadãos.<sup>33</sup> Esse equívoco foi cometido no passado recente, quando as leis que tratavam de matéria administrativa procuravam esgotar todas as situações possíveis sob sua égide.

<sup>29</sup> SOUZA. *Direito econômico*, p. 112-113.

<sup>30</sup> “Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, este es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno sólo de ellos” (ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, p. 125).

<sup>31</sup> CIRIANO VELA. *Administración económica y discrecionalidad*, p. 133.

<sup>32</sup> MEDAUAR. *O direito administrativo em evolução*, p. 186. Sobre a inserção de inúmeros termos técnicos nas normas reguladoras, Alexandre Santos de Aragão denota que através das normas abertas, e mesmo de regras fixas, mas consideradas sob o prisma dos objetivos públicos aos quais se destinam, o Direito insere em seu âmbito aspectos do subsistema regulado, aspectos estes de elevado conteúdo técnico-especializado (Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 27).

<sup>33</sup> BUCCI. *Direito administrativo e políticas públicas*, p. 15-16.

<sup>26</sup> ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 214.

<sup>27</sup> VAZ. *Direito econômico: a ordem econômica portuguesa*, p. 50.

<sup>28</sup> *Id.*, *ibid.*

A clareza das diretrizes e dos fundamentos da função reguladora, ao contrário, se expostas ao conhecimento e à deliberação dos cidadãos, podem funcionar como poderoso meio de constrangimento ao abuso do aparelho administrativo para fins que não interessam à coletividade. Vale dizer, a sociedade atual é um agregado altamente diferenciado, com numerosas interdependências, sendo muito comum que uma intervenção reguladora em um âmbito parcial do conjunto social repercuta em outros, fazendo com que a vantagem parcial seja menor que as desvantagens globais.<sup>34</sup>

Não é demais aduzir que essa mobilidade normativa, em vista da tecnicidade dos atos decorrentes da função reguladora, que conduz a um “ciclo vital efêmero”,<sup>35</sup> não pode ser classificada como um retrocesso do atual Estado Democrático de Direito, esculpido sob o princípio da legalidade como garantia máxima contra a autocracia oitocentista do Poder Executivo.

Isso porque as regras “assumem um caráter *retrospectivo* (*past-regarding*), na medida em que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador”<sup>36</sup> e, de outro lado, mas ainda na esfera do “dever-ser” deontológico, os princípios “possuem caráter *prospectivo* (*future-regarding*), já que determinam um estado de coisas a ser construído”.<sup>37</sup>

Ademais, não deve caber ao legislador primário tecer minúcias normativas em um subsistema econômico, notadamente na área de infraestrutura, moldado por aspectos técnicos de alta complexidade com vistas ao correto funcionamento. Isso, até mesmo diante da maior proximidade com os fatos concretos da vida, pelo maior contato com a sociedade, deve incumbir ao Executivo (e seus órgãos e suas entidades reguladoras), seja por estar em melhores condições de avaliar qual será, em determinado caso, a melhor solução para encontrar-se um grau ótimo de execução da norma legal ou das demais políticas públicas, seja por dispor de melhor aparato institucional para tecer maiores detalhamentos normativos.

Nesse sentido, o desafio da tecnicidade é apontado com clareza pelos doutrinadores lusitanos Vital Moreira e Fernanda Maças,<sup>38</sup> que advertem não ser indiferente o acentuado progresso científico e tecnológico que se tem verificado com a

consequente manifesta insuficiência ou incapacidade das estruturas da Administração tradicional para responderem aos problemas das sociedades complexas e evolutivas atuais. A inadequação dos instrumentos do agir administrativo tradicional é especialmente notória em determinados setores em que a evolução tecnológica redefine e altera diariamente os mercados, transfere capitais e destrói artificialmente as fronteiras territoriais, como acontece com o setor financeiro.

É certo inferir que, dada a tecnicidade que se apresenta diante da sociedade brasileira, impõe-se uma crítica acerca dos institutos que atribuem escolhas administrativas,<sup>39</sup> de modo, inclusive, a conter os excessos perpetrados contra direitos fundamentais, exigindo-se uma metodologia própria para manter as garantias advindas com o Estado Democrático de Direito, extirpando-se qualquer tentativa de estabelecimento de uma tecnocracia.<sup>40</sup>

Esse é o mecanismo para legitimação da incursão do Poder Executivo nas funções regulatórias à luz de alguns fundamentos que se pretende examinar adiante.

#### 4 Fundamentos jurídicos da função de regulação sobre a infraestrutura

Vistos os objetivos da regulação estatal sobre atividades econômicas privadas e os desafios apresentados à doutrina publicista quanto à distância do Poder Legislativo da alta tecnicidade e complexidade da sociedade de riscos, cumpre perquirir os fundamentos jurídicos dessa forma de intervenção indireta.

Há pelo menos três concepções quanto à amplitude do conceito de intervenção indireta, aqui denominada de função de regulação.<sup>41</sup> A primeira delas alcançaria toda forma de intervenção na economia, independentemente dos instrumentos e fins — *intervenção ampla*. Uma intervenção *menos abrangente* corresponderia àquela aplicada na economia mediante condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica. Por fim, sob uma modelagem *restritiva*, somente haveria o

<sup>34</sup> ARAGÃO. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: ARAGÃO (Coord.). Direito da regulação. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 8.

<sup>35</sup> BERMEJO VERA. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, p. 33.

<sup>36</sup> ÁVILA (Coord.). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 67.

<sup>37</sup> *Id.*, *Ibid.*

<sup>38</sup> MOREIRA; MAÇAS. *Autoridades reguladoras independentes*, p. 52.

<sup>39</sup> SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 107-108: “Estamos, pois, perante uma transformação radical da actividade administrativa, que deixou de ser o domínio da pura ‘escolha’ ou da discricionariedade, para passar a ser cada vez mais o universo da técnica”.

<sup>40</sup> Na tecnocracia, pretende-se que alguns poucos que detêm o conhecimento técnico sejam convocados para decidir. Cf. BOBBIO. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 34. Sobre a tecnocracia, inserida no debate modernidade/pós-modernidade, vale conferir a obra de BAUMAN. *Modernidade e ambivalência*, p. 223 et seq. (a autorreprodução da competência especializada). A observação também é feita por MARQUES NETO. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD (Org.). *Direito administrativo econômico*, p. 97.

<sup>41</sup> MOREIRA. *Auto-regulação profissional e administração pública*, p. 3-7.

condicionamento normativo da atividade econômica privada.<sup>42</sup>

Associa-se a função de regulação à própria política econômica como característica de certo modelo em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial; este intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade,<sup>43</sup> contudo, valendo-se de outros mecanismos.

A função regulatória, como espécie de intervenção estatal (indireta), manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos — o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações a ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado — como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis — medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.<sup>44</sup>

Sobre essas medidas setoriais, a doutrina<sup>45</sup> destaca a complexidade técnica que permeia as decisões de cunho regulatório, advertindo-se que o desenvolvimento e a sofisticação do conhecimento humano trazem uma especialização dos ramos jurídicos sem precedentes. Isso se revela na edição de legislações cada vez mais herméticas para a compreensão e operação das quais não bastam sólidos conhecimentos jurídicos, fazendo necessário a eles acoplar conhecimentos técnicos do setor específico normatizado.

Tal especialização vai implicar não apenas uma segmentação dos instrumentos legais como vai construir diversos subsistemas. Nesse vezo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tecer comentários acerca das modalidades de atuação do Estado, com vistas a assegurar o império dos princípios e normas constitucionalmente adotadas para tornar efetivo o ordenamento econômico, destaca a relevância da implantação efetiva da função reguladora, impondo um regime especial para certos

bens de importância para o desenvolvimento, para a segurança, ou para o equilíbrio social de determinadas regiões.<sup>46</sup>

Considerando-se a adoção pelo Brasil da função reguladora temperada (menos abrangente), é de se inferir que esta representa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um subsistema, mediante regras, em sua maioria, elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade, e que devem ser observadas em um determinado comportamento ou situação, afetando-se, minimamente, direitos e garantias fundamentais do cidadão.<sup>47</sup>

Somando-se os aspectos antes destacados ao postulado da eficiência, a função de regulação estatal tem, como fundamento jurídico, alcançar a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício possível de outros interesses constitucionalmente protegidos e, secundariamente, com o menor dispêndio de recursos públicos.<sup>48</sup>

A função de regulação fundamenta-se na atuação do Estado sobre decisões e atuações empresariais de forma adequada, necessária e proporcional, com fundamentos técnicos e científicos que visem atender ao interesse público substantivo sem, contudo, deixar de sopesar os efeitos dessas decisões no subsistema regulado com os interesses de segmentos da sociedade e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto.

Esses fundamentos levam à indicação de alguns princípios fundamentais e norteadores da base jurídica regulatória: (i) a perfeita concepção da tecnicidade das escolhas regulatórias, para que “esta ameaça”<sup>49</sup> não seja um instrumento de embaraço ao Estado Democrático de Direito (tecnocracia); (ii) a especialização dos ramos jurídicos em subsistemas que impõem uma pluralidade de fontes<sup>50</sup> em cotejo com a difícil tarefa de discernir onde começa

<sup>42</sup> Miguel Ángel Sendín García sistematiza o tema por meio de medidas estruturais e medidas de conduta. O autor comenta modelos de regulação com arrimo na classificação organizada por Braconnier: *sunshine regulation*, *autorregulación*, *light-handed regulation*, *regulación sectorial independiente* e o modelo de regulação norteamericano (*Regulación y servicios públicos*, p. 8 et seq.).

<sup>43</sup> SUNDFELD. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD (Org.). *Direito administrativo econômico*, p. 23. Calixto Salomão Filho anota que “a acepção que se pretende atribuir ao termo ‘regulação’, a fim de estudar as concepções a seu respeito que têm influenciado o sistema brasileiro, é bastante e propositadamente ampla. Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício de poder de polícia” (*Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, p. 15).

<sup>44</sup> SUNDFELD. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD (Org.). *Direito administrativo econômico*, p. 23.

<sup>45</sup> MARQUES NETO. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD (Org.). *Direito administrativo econômico*, p. 80.

<sup>46</sup> MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 475.

<sup>47</sup> M. Chemillier-Gendreau, da Universidade Paris VII, anota que a regulação resume os vários mecanismos que levam o sistema econômico ao equilíbrio. Por suas palavras: “est utilisé pour rendre compte des différents mécanismes par lesquels le système économique parvient à l’équilibre: le couple équilibre/régulation est au centre des analyses économiques, la régulation étant posée comme la condition de réalisation de l’équilibre” (De quelques usages du concept de régulation. In: MIAILLE. (Org.). *La régulation entre droit et politique*, p. 790).

<sup>48</sup> MOREIRA NETO. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*, p. 93.

<sup>49</sup> MOREIRA; MAÇAS. *Autoridades reguladoras independentes*, p. 53.

<sup>50</sup> Cf. BERMEJO VERA. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, p. 26. Acerca da teoria germânica da essencialidade da lei, que desaconselha uma reserva absoluta da lei, ver a obra de CABRAL DE MONCADA. *Lei e regulamento*, p. 196-198. Entre nós, ver os comentários acerca da pluralidade de fontes de MOREIRA NETO. *Mutações do direito público*, p. 38, e MARQUES NETO. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD (Org.). *Direito administrativo econômico*, p. 94.

e termina o espaço de cada uma à luz do princípio tripartite de separação dos poderes; e (iii) a permanente ambivalência,<sup>51</sup> que aspira ao sopesamento de valores e princípios.<sup>52</sup>

## 5 Conclusão

À luz do texto constitucional de 1988 podem-se identificar inúmeras formas de atuação do Estado que orientam as escolhas políticas em diversas atuações. O Estado intervém quando proíbe, por meio de lei, a exploração de atividade econômica. Também adota uma forma de ação governamental quando cria um monopólio para a exploração de atividade econômica.<sup>53</sup>

Constitui mecanismo de intervenção de o Estado reservar algumas atividades econômicas como sendo serviços públicos e de interesse econômico geral, portanto, executados pelos particulares por meio de concessão, permissão ou autorização. A presença do Estado é marcante quando atua na qualidade de agente econômico de forma direta, como nos casos de empresas estatais prestadoras de serviços públicos. A atuação no exercício de atividades determinadas, como o sistema financeiro, é forma de intervenção estatal.

Também está o Estado atuando quando disciplina normativamente o exercício de atividades econômicas. Outra forma de gestão pública é a delegação de funções de autorregulação, como ocorre nos conselhos profissionais. Ao atuar como contratante de bens e serviços, o Estado intervém na economia e fomenta determinados setores. Incentivando ou induzindo a atuação dos agentes econômicos privados ou quando exerce o poder de polícia sobre atividades econômicas, o Estado está exercendo algumas de suas funções. Do ponto de vista ambiental, pode-se inferir, trata-se também de mecanismo estatal de intervenção quando disciplina o exercício de atividades gerais.

Parece-nos que algumas atividades estatais, que antes mais se enquadravam nas funções clássicas de intervenção direta, fomento, serviço público e poder de polícia, hoje melhor se enquadram no conceito amplo da função de regulação.

Diante da tecnicidade, a função de regulação deve ser suficientemente aberta para remeter o intérprete do direito e de outros sistemas a um tipo de função dotada de riqueza e dinamismo sensivelmente maiores do que a mera intervenção legal ou regulamentar.

Em vista da permeação de dados da realidade no direito, notadamente pelas novas relações sociais, econômicas, científicas e, especialmente, tecnológicas, a filtragem dos novos ramos do conhecimento para a adequação da tecnologia jurídica tem-se tornado cada vez mais problemática. As atuais escolhas administrativas remetem à regulação de diversos subsistemas (e não mais à simples intervenção direta, fomento, serviço público ou exercício do poder de polícia) de atividades privadas, permeados pelo sistema social. A função de regulação se apresenta como uma nova etapa, uma real evolução do processo de mutação da atuação estatal que supera bases anteriormente postas pelo Estado e pela doutrina de direito administrativo.

Trata-se de um novo paradigma de conceber o mundo e as relações concretas que nele são desenvolvidas, inclusive no campo do direito, estando mais próxima da linha do pensamento autopoietico,<sup>54</sup> em que situações reais se deparam com uma clausura autorreferencial dos subsistemas, mas que, ao mesmo tempo, permite brotar, de forma cíclica, a produção de encaminhamentos decorrentes dessas próprias condições originárias de produção interna com os outros subsistemas.<sup>55</sup>

A função de regulação traz o desafio de se abandonar escolhas estatais com base exclusivamente na ótica do administrador, naquilo que reputa ser conveniente e oportuno, de difícil — se não impossível — compreensão e sindicabilidade por terceiros, para encarar o caso concreto de modo sistemático e transparente, numa interpretação que deve ser analítica e empírica.

A função de regulação pode se materializar por diversas formas. Adotar ou não regulação estatal descentralizada (especialmente, agências reguladoras) é, portanto, uma questão de escolha política, governamental.

Assim, a regulação desponta como uma nova função estatal, adotando-se a estrutura necessária para equilibrar os subsistemas regulados, suprir as

<sup>51</sup> A *ambivalência* aparece diante da impossibilidade de que da execução de políticas públicas surja sempre o consenso por parte dos cidadãos. Há uma distribuição não só de benefícios, como se pretendia ao tempo do Estado de Bem-Estar Social, mas também de malefícios, como se dá, por exemplo, na construção de vias expressas ou de instalações nucleares (TORRES. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, p. 177). Beck chega a afirmar que, diante das questões de riscos, a sociedade necessita ou apela para o reconhecimento da ambivalência (A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK; GIDDENS; LASH. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, p. 21). Ver, ainda, questões sobre ambivalência nos artigos de Ulrich Beck e Scott Lash na obra já citada *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*.

<sup>52</sup> Acerca da classificação e critérios sistêmicos para resolver as antinomias jurídicas de natureza axiológicas, remeto o leitor à obra de FREITAS. *A interpretação sistemática do direito*, p. 84 et seq.

<sup>53</sup> Conforme sustentamos em GUERRA. *Agências reguladoras*.

<sup>54</sup> Ver, TEUBNER. *O direito como sistema autopoietico*.

<sup>55</sup> Nesse sentido, ver o capítulo II de GUERRA. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*.

falhas do mercado, mediar e ponderar os diversos interesses ambivalentes. Só ela, e não mais as quatro funções clássicas, tem condições, do ponto de vista jurídico, de enfrentar os desafios da reflexividade da vida social. Esta consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim seu caráter.

Concluiu-se que a compatibilização desse modelo de atuação estatal com a pós-modernidade está no fato de que o Estado deve, ainda, conter os excessos perpetrados pelos agentes que detêm o poder econômico privado por meio de valores e princípios garantidos pela força normativa da Constituição Federal.

A associação do direito público a essa fase indica sua necessária adaptação às mudanças econômicas e sociais do século XXI, permitindo seu perfeito acoplamento ao contexto da realidade para ser instrumento de efetividade dos direitos fundamentais.

Diante dessas considerações, é plausível sustentar que se apresenta diante da doutrina publicista o desafio de enfrentar as heranças do passado e que influenciam o presente, e estruturar um novo direito administrativo menos preocupado com rótulos e que traga alguma resposta às demandas por uma nova forma de atuação estatal executiva.

Essa resposta pode vir, satisfatoriamente, por meio da função de regulação que se fundamenta na atuação do Estado sobre decisões e atuações empresariais de forma adequada, necessária e proporcional, com fundamentos técnicos e científicos. Tudo visando atender ao interesse público substantivo, sem, contudo, deixar de sopesar os efeitos dessas decisões no subsistema regulado (custos e benefícios) com os interesses de segmentos da sociedade e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed. 3. reimpr. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *Direito da regulação*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 11, 2002.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- ÁVILA, Humberto (Coord.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.
- BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid: Civitas, 2005.
- BRESSER-PERREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34, 1998.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX e XX. *Revista Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 5, n. 24, p. 13-38, mar./abr. 2004.
- CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Tradução Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córceles. Madrid: Marcial Pons, 2006. Título original: *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 8. ed. Tradução Roneide Venancio Majer e Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- CHEMILLIER-GENDREAU, M. De quelques usages du concept de régulation. In: MIAILLE, Michel (Org.). *La régulation entre droit et politique*. Paris: Éditions L'Harmattan, 1995.
- CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Reflexiones sobre el valor jurídico de la doctrina de la subsidiariedad en el derecho administrativo español. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Intervenção do Estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 2, abr./jun. 2003.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991. Título original em inglês: *The consequences of modernity*.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências reguladoras: a “metamorfose” do estado e da democracia: uma reflexão de direito constitucional e comparado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Pensando o controle da atividade regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MENDES, Conrado Hübner. Reforma do estado e agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Lisboa: Almedina, 1997.
- MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes*. Coimbra: Coimbra Ed. 2003.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI. In: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (Coord.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel. *Regulación y servicios públicos*. Granada: Comares, 2003.
- SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 1-59, jul./set. 2004.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada: o exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out./dez. 1995.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1993.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.
- TORRES, Sílvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VAZ, Manoel Afonso. *Direito econômico: a ordem econômica portuguesa*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GUERRA, Sérgio. Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 17, n. 198, p. 61-71, ago. 2017.

---