

O Direito Regulatório

Marçal Justen Filho

Sumário: I - A colocação do problema; II - Estado Regulador e direito regulatório; III - Estado Regulador e suas principais características; IV - Breve comparação entre os dois modelos; V - Conceituação de regulação; VI - O Estado Regulatório e o poder de controle sobre as atividades privadas; VII - Estado Regulador e dirigismo estatal; VIII - Diferentes concepções ideológicas acerca do novo modelo; IX - A "manutenção do Estado" e o compromisso individual; X - A teorização acerca do "Estado Regulador"; XI - A legitimação democrática do Direito Regulatório; XI.1 A questão do poder e da violência: o tema da legitimidade do direito; XI.2 Os tipos de legitimação segundo Max Weber; XI.3 O monopólio da violência e o Estado pluriclasse; XI.4 O processo comunicacional e os direitos fundamentais; XII - O Estado Democrático de Direito e o Estado Regulador

I - A colocação do problema

Em uma primeira aproximação, a expressão "direito regulatório" pode ser reputada como uma mera tautologia. Afinal, é da natureza do Direito a função regulatória. Todo e qualquer ordenamento jurídico se orienta a regular condutas humanas intersubjetivas.

Mas a fórmula "direito regulatório" difundiu-se a propósito de algumas inovações contemporâneas no relacionamento entre o Estado e a sociedade civil. A crise do Estado de Bem-Estar Social produziu alterações nas formas de atuação concreta dos entes políticos. Isso se refletiu na estrutura e na dinâmica da ordem jurídica. Acentuou-se a relevância da atuação normativa do Estado, a ponto de se reconhecer uma competência estatal específica e diferenciada, denominada de "regulação".

Logo, usa-se falar de direito regulatório para indicar o conjunto de princípios e normas jurídicas por meio das quais se exterioriza uma função estatal diferenciada, consistente na regulação. Tal como observou Sergio Fois, a regulação "afigura-se como fenômeno jurídico dificilmente enquadrável nas três tradicionais funções públicas..."¹ - que seriam a função normativa em sentido próprio, a função verdadeiramente jurisdicional e a atuação administrativa em sentido restrito. É, antes, uma espécie de "governo de setor".

II - Estado Regulador e direito regulatório

A concepção liberal de Estado, que preponderou ao longo dos Séculos XVIII e XIX, produzia seus efeitos sobre o modo de conformação do Direito. O Estado que se propunha a atuar como protetor da liberdade e da propriedade se valia de instrumentos jurídicos preponderantemente repressivos. A finalidade a que se orientava a atuação política estatal era evitar condutas infringentes da autonomia individual. Assim, o Direito se externava como um conjunto de sanções orientadas a prevenir e a punir a infração da liberdade e da propriedade.

A afirmação do Estado de Bem-Estar propiciou a evolução de novos aspectos normativos. Sob inúmeros ângulos, permaneceu a concepção repressiva, mas a ela se agregaram novos instrumentos jurídicos. Em vez de se preocupar apenas em reprimir a infração à autonomia privada, o Estado se vocacionou também para incentivar a mudança dos paradigmas sociais.

No Estado de Bem-Estar, a regulação jurídica perdeu sua conotação apenas repressiva e adquiriu contornos *promocionais*². Em vez de apenas editar medidas de cunho negativo, o Estado passou a se valer de incentivos à adoção de condutas reputadas como socialmente desejáveis.

O conceito de Estado Regulador é diretamente determinado pela concepção intervencionista do Estado de Bem-Estar Social. Afirmar o monopólio do Direito pelo Estado é insuficiente para justificar e legitimar os poderes estatais. Há fins a realizar, relacionados com a modificação da realidade social. O Estado não pode ser enfocado como simples forma de manutenção de determinada situação socioeconômica. Ao contrário, o Estado e os poderes jurídicos a ele outorgados são o instrumento de alteração das relações estabelecidas entre os diferentes agentes sociais. O Estado e o Direito buscam (têm de buscar) a promoção do bem-estar concreto dos cidadãos, a supressão da pobreza e das desigualdades, a promoção da dignidade da pessoa humana. Esses ideais políticos conduziram ao florescimento de ideais de ativismo e intervencionismo estatal.

Ao longo do Século XX, a ideologia do Estado de Bem-Estar significou a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social. O Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário. Invadiu searas antes reputadas próprias da iniciativa privada, desbravou novos setores comerciais e industriais, remodelou o mercado e comandou a renovação das estruturas sociais e econômicas.

Lembre-se que a expressão Estado de Bem-Estar reflete uma espécie de simplificação. Trata-se de uma generalização unificante, que padece de defeitos inerentes. Não existiu um modelo único e comum de "Estado de Bem-Estar". Aplicar a expressão para modelos tão diversos como o dos EUA, da Alemanha e da França é um excesso. Quando muito, poderia aludir-se a modelos de Estado de Bem-Estar, o que levaria à identificação de, quando menos, três tendências distintas (correspondentes às experiências daqueles três países antes indicados). Essas três concepções têm em comum um conjunto de propostas mais ou menos homogêneas, compostas pelo reconhecimento de uma função intervencionista estatal orientada a promover o desenvolvimento econômico e social.

O resultado foi extraordinariamente positivo. As condições de vida elevaram-se a níveis nunca anteriormente experimentados. A expectativa de vida média da população elevou-se radicalmente. Nunca anteriormente os seres humanos experimentaram tamanho conforto e tão grande quantidade de benefícios. Mais do que isso, nunca na História se ofertaram benefícios em termos tão democráticos: saneamento, educação, assistência, previdência foram assegurados para todos os cidadãos, em condições de igualdade (ao menos, formal).

Veja-se que as modificações significativas acompanharam a implantação de um sistema político de intervenção estatal. Ampliação da atuação promocional do Estado e elevação das expectativas de vida humana são duas manifestações de um mesmo processo histórico.

Isso não significou a concretização de uma comunidade perfeita nem o atendimento integral e satisfatório das necessidades básicas de todo indivíduo. Ocorreu, isto sim, o atingimento de estágio mais evoluído no processo de aperfeiçoamento da vida comunitária. Esse é apenas um ângulo da questão, mas um aspecto de extrema relevância. Inúmeros critérios podem ser utilizados para avaliar o sucesso de políticas públicas. Um deles é a alteração das expectativas de longevidade. Até se pode questionar se esse é o critério mais adequado, mas não se pode refutar sua pertinência e razoabilidade.

O êxito (relativo) dessa revolução produziu uma das causas de sua inviabilização. O Estado Providência gerou benefícios e vantagens que redundaram na multiplicação da população, o que não foi acompanhado da modificação dos mecanismos de seu financiamento. Apenas para dar um exemplo, os limites de aposentadoria compulsória por idade não foram modificados, mesmo em face do que se poderia identificar como "rejuvenescimento da velhice" ou "adiamento da ancianidade"³. Como decorrência, um contingente cada vez maior de pessoas atinge o limite de inatividade, com perspectiva de sua sobrevivência ser custeada através de recursos financeiros limitados. O montante de recursos para previdência vai-se tornando insuficiente, o que provoca aviltamento de condições de vida e frustração do cumprimento de compromissos assumidos pelo Estado.

Essa não foi a única causa da inviabilização do Estado de Bem-Estar, mas foi um fator relevante. Ademais disso, inúmeros outros eventos colaboraram para gerar uma situação de inviabilização econômico-financeira do modelo.

A multiplicação da população e a redução da eficiência das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado contribuíram decisivamente para o fenômeno denominado "crise fiscal". A expressão passou a ser utilizada para indicar a situação de insolvência governamental, inviabilizadora do cumprimento das obrigações assumidas e do desenvolvimento de projetos mais ambiciosos.

A elevação dos passivos governamentais, proveniente de sucessivos prejuízos orçamentários, reduziu a capacidade estatal de executar satisfatoriamente os encargos que assumira. A manutenção dos projetos de satisfação do interesse coletivo demandava a existência de recursos de que o Estado não mais dispunha. Além disso, as dívidas foram se acumulando de modo a impedir até mesmo o custeio de despesas essenciais.

A crise fiscal significou não apenas a suspensão de novos e ambiciosos projetos relacionados ao bem comum como também limitações muito mais imediatas. Não mais existiam recursos para manter as conquistas anteriores, os serviços já consolidados, as indústrias vitoriosas. Instaurou-se situação de deterioração dos serviços e estruturas estatais.

Os mais diversos países enfrentaram dificuldades equivalentes e similares. É problemático afirmar que essa comunhão de experiências refletia uma espécie de contingência histórica inevitável. Mas não é possível negar a ocorrência da crise, nem ignorar os efeitos trágicos disso derivados: o esfacelamento das estruturas estatais, a erosão das políticas públicas, a incapacidade estatal de cumprir suas funções mais essenciais.

III - Estado Regulador e suas principais características

A crise fiscal do Estado de Bem-Estar conduziu a perspectivas de redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico. Passou-se a um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares. O tema tem sido objeto de bibliografia quase ilimitada, disponível em várias línguas⁴. Vale realizar uma comparação com o modelo anterior, para identificar mais apropriadamente o fenômeno.

IV - Breve comparação entre os dois modelos

O Estado Liberal do Século XIX se peculiarizava por uma concepção omissiva. A função do Estado era a garantia da manutenção das condições de liberdade, para propiciar aos agentes sociais a realização de seus objetivos e finalidades.

A proposta de intervencionismo estatal entranhava o Estado de Bem-Estar como uma característica essencial. A idéia de Estado de Bem-Estar envolve o ativismo socioeconômico dos organismos políticos. Isso equivale a reconhecer ao Estado o dever de modelar as relações sociais vigentes na comunidade.

A manifestação privilegiada dessa concepção foi o desempenho imediato de atividades econômicas pelo Estado, concebido como a forma ótima de intervenção. Na medida em que incumbia ao Estado modelar a vida social e renovar as antigas estruturas econômicas, a fórmula ideal visualizada foi a de atribuir diretamente a organizações estatais o desempenho dessas atividades. De modo eventual e acessório, a competência estatal podia manifestar-se como uma atuação normativa. Sob esse ângulo, a regulação estatal exteriorizava-se como edição de atos normativos disciplinatórios do desempenho da atuação privada. Mas essa era uma manifestação reputada menor da competência interventiva, inclusive por vigorar a concepção de que toda atividade privada retrata manifestações puramente egoísticas, voltadas à realização exclusiva de intentos individualísticos. Portanto, a realização do bem comum pressupunha a inevitável atuação direta do Estado. A regulação normativa destinava-se muito mais a limitar e restringir manifestações excessivas do individualismo. Toda atuação ativa, apta a modificar o universo econômico e social, dependeria da participação direta de organismos estatais.

Essa concepção modificou-se, em grande parte, com a prevalência de concepções regulatórias do Estado. O novo paradigma se peculiariza não por integral rejeição da concepção intervencionista, mas pela diferenciação acerca dos limites e instrumentos adequados.

No modelo desenvolvido ao longo dos últimos 30 anos, a atuação e a intervenção estatal diretas foram reduzidas sensivelmente. A contrapartida da redução da intervenção estatal consiste no predomínio de funções regulatórias. A assunção de um modelo regulatório torna desnecessária a atuação interventiva repressiva, como concebida originariamente. Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas. Não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado de Bem-Estar permanece

vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos públicos.

O Estado de Bem-Estar se caracterizou pela ampliação dos encargos estatais diretos. O Estado de Bem-Estar se desenvolveu em torno ao conceito de *serviço público*, para indicar a assunção pelo Estado de encargos para prestação de utilidades à comunidade. Permanecem certos vínculos com as concepções anteriores, na medida em que o indivíduo e a própria sociedade são reputados como estranhos, no modelo de Estado de Bem-Estar, à promoção das alterações radicais que se fazem necessárias para eliminar a exclusão e as desigualdades sociais. O Estado assume essa responsabilidade, assegurando aos particulares a autonomia para perseguir a satisfação de suas necessidades egoísticas.

O Estado Regulador se peculiariza pelo compartilhamento entre Estado e sociedade da responsabilidade de promover a tão esperada "revolução social". Reconhece-se que a dimensão dos encargos necessários à concretização dos valores fundamentais supera os limites de possibilidade da atuação isolada do Estado. Por isso, a sociedade civil é convocada para participar ativamente do desempenho de atividades necessárias à produção da igualdade substancial entre os cidadãos.

Como decorrência, o instrumental jurídico adquire importância ainda mais destacada. O Estado transfere para a iniciativa privada um conjunto significativo de encargos. Mas a pura e simples redução da participação estatal direta não pode corresponder ao retorno às concepções liberais. É imperioso que os valores fundamentais sejam realizados, mesmo que sem a atuação estatal direta. A única solução reside em o Estado disciplinar juridicamente os limites da autonomia privada, funcionalizando o desempenho das atividades econômicas relevantes e relacionadas com a satisfação de necessidades coletivas.

Todas as atividades, inclusive aquelas até então desenvolvidas pelo Estado, são assumidas pelos particulares, mas assujeitadas a controle intenso e contínuo, com a finalidade de conduzir os particulares a atingir resultados necessários ao bem comum.

V - Conceituação de regulação

Como afirmou Selznick, a regulação consiste em um controle permanente e concentrado, exercido por uma autoridade pública sobre atividades dotadas de um certo valor social⁵.

Mas a conceituação de regulação reflete concepções ideológicas variadas, o que se reflete numa disputa sobre as funções reservadas ao Estado.

A natureza específica da regulação deriva não tanto das características intrínsecas (estáticas) da organização estatal e dos instrumentos de que se vale, mas, muito mais, dos fins buscados pelo Estado e do modo como se desenvolve sua atuação.

Isso equivale a afirmar que a existência de um Estado Regulador se caracteriza pela eleição da intervenção regulatória como instrumento político fundamental. Toda atuação estatal - em qualquer modelo de Estado - é vinculada à realização dos princípios e valores fundamentais,

especialmente a dignidade da pessoa humana. O modo de realizar tal fim, num Estado Regulador, consiste na atuação regulatória, o que se traduz basicamente na edição de regras e outras providências orientadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições.

Portanto, a concepção de *intervenção estatal indireta* assume papel comparavelmente muito mais relevante do que se passava no momento anterior.

Isso conduziu a uma alteração na dimensão estrutural da intervenção estatal. Anteriormente, a intervenção estatal desenvolvia-se num plano que se poderia dizer *externo* à atuação dos sujeitos privados. Os fins de interesse coletivo, de grande relevância, eram atribuídos à atuação direta do próprio Estado. Por decorrência, a disciplina da atividade econômica exercitada pelos agentes privados restringia-se a aspectos secundários. Talvez se pudesse afirmar que essa intervenção era caracteristicamente repressiva, destinando-se a assegurar uma concorrência econômica honesta entre os agentes econômicos e a evitar que a atuação dos particulares perturbasse o Estado de lograr, através de sua atuação direta, os fins públicos buscados. No máximo, a intervenção estatal visava a impedir práticas indesejáveis com parâmetros gerais de conduta.

Já o modelo de Estado regulatório exige uma intervenção muito mais consistente, de natureza *interna*. O Estado retirou-se do cenário econômico. As necessidades coletivas devem ser satisfeitas pela atuação apenas dos próprios particulares. Mas esse afastamento estatal não o impede de exercer seu novo papel, constringendo os limites, os fins e a natureza da atividade privada.

VI - O Estado Regulatório e o poder de controle sobre as atividades privadas

As manifestações do Estado Regulatório se traduzem na assunção pelo Estado de grandes parcelas de poder de controle sobre as atividades privadas. A asserção se aplica especialmente ao setor da prestação de serviços públicos, mas não deixa de incidir também sobre o segmento das atividades econômicas propriamente ditas (reservado pela Constituição preponderantemente ao desempenho pelos particulares). Mas pode abranger inclusive outras manifestações privadas, ainda que destituídas imediatamente de cunho econômico.

A regulação estatal peculiar ao novo modelo retrata-se na ampliação significativa das competências públicas atinentes ao controle-regulação das atividades desempenhadas pelos particulares. O Estado determina os fins primordiais a realizar e os meios utilizáveis para tanto. As decisões empresariais privadas, inclusive no âmbito tecnológico, dependem da aprovação estatal prévia ou de fiscalização permanente. Reduz-se sensivelmente a margem de autonomia privada, produzindo-se aquele fenômeno de *funcionalização* das atividades desempenhadas pelos particulares, tal como anteriormente observado.

Ou seja, o Estado reduz sua atuação direta, em nome próprio, nos setores econômicos e de prestação de serviço. Deixa campo livre à iniciativa privada, incentivando o desenvolvimento do mercado. Mas, em contrapartida, o Estado impõe forte regulação sobre a atividade dos particulares. Essa "regulação" consiste em restrição à autonomia privada das escolhas acerca dos fins e dos meios. Isso equivale a afirmar que a situação jurídica das empresas privadas não é idêntica àquela existente no modelo estatal anterior. Na concepção prévia, a forma primordial de o Estado buscar a obtenção de certos resultados consistia na sua atuação material direta, em nome próprio. Os

particulares dispunham de margem de autonomia muito mais ampla. No modelo regulatório, o Estado cessa sua atuação direta e incentiva a ampliação da atividade privada. Mas o regime jurídico da atividade privada não é mais o mesmo. A liberdade anterior é restringida. Poder-se-ia dizer que os particulares são autorizados a atuar com maior amplitude *quantitativa*, mas com menor liberdade *qualitativa*. Tornam-se, em certa medida, instrumentos de realização dos fins públicos específicos. A regulação estatal se orienta a imprimir à atividade privada a realização de objetivos compatíveis e necessários ao bem comum. Enfim, surgem constrangimentos à atividade privada que não existiam no modelo anterior.

O objetivo da regulação é conjugar as vantagens provenientes da capacidade empresarial privada com a realização de valores e princípios fundamentais. Especialmente quando a atividade apresentar relevância coletiva, o Estado determinará os fins a atingir, mesmo quando seja resguardada a autonomia privada no tocante à seleção dos meios.

Mas a regulação estatal se exterioriza ainda como ampliação do controle-fiscalização. Essa é uma decorrência direta e imediata da ampliação do controle-regulação. Em um modelo peculiarizado pela ampla liberdade de atuação, é desnecessária a fiscalização. Quanto maiores os constrangimentos e menor a margem de liberdade dos agentes econômicos, tanto mais necessária se torna a fiscalização sobre eles.

Assim, o Estado Regulador se caracteriza pela instituição também de mecanismos jurídicos e materiais de acompanhamento da atividade privada. Os agentes econômicos devem não só buscar objetivos delimitados pelo Estado, mas também cumprir as formalidades destinadas a comprovar a correção de sua conduta. O Estado exige que os particulares tornem sua atuação muito mais transparente não apenas em face dos controles burocráticos estatais, mas também perante a comunidade em seu todo. Essa transparência já era aplicada na sistemática anterior, quando se tratava de prestação de serviços públicos pelos particulares, em nome e risco próprios (concessão ou permissão de serviços públicos). Mas é ampliada grandemente, inclusive admitindo-se a fiscalização através da participação de entidades representativas dos usuários e da comunidade em seu todo.

VII - Estado Regulador e dirigismo estatal

Ressalve-se que o modelo regulatório distancia-se rigorosamente da concepção de dirigismo econômico que, visando à realização do projeto de bem-estar, foi praticada em inúmeros países.

O dirigismo correspondeu à pretensão de supressão da autonomia empresarial privada (senão a eliminação da própria empresa privada), assumindo o Estado competências amplas e ilimitadas no setor econômico. Esse modelo reconhecia a necessidade de planejamento centralizado e rejeitava espaços alheios ao Estado para a implantação de projetos com outra configuração. O dirigismo manifestava-se como um projeto estatal de dominação tanto sob um ângulo de extensão como de intensidade. Sob o ângulo da extensão, o dirigismo conduzia a submeter ao poder estatal todas as atividades relevantes para o interesse coletivo. Sob o prisma da intensidade, acarretava a intromissão estatal no íntimo das decisões pertinentes às diferentes unidades empresariais⁶.

A concepção regulatória retrata uma redução nas diversas dimensões da intervenção estatal no âmbito econômico. Ainda que seja impossível estabelecer um padrão predeterminado, a regulação incorpora a concepção da subsidiariedade. Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais.

Como assinala Carlos Ari Sundfeld: "A regulação - é isso, sim - característica de um certo modelo econômico, aquele em 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 própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica"².

VIII - Diferentes concepções ideológicas acerca do novo modelo

É evidente a ausência de homogeneidade nas concepções políticas e econômicas relativas a esse novo modelo de Estado. Para alguns, o Estado Regulador deverá abandonar inúmeras preocupações, compromissos e funções. Para outros, os fins buscados pelo Estado permanecerão os mesmos, variando apenas os instrumentos de que se valerá para tanto. Ou seja, há um substrato comum nas diversas propostas ideológicas: a redução da atuação direta do Estado. Isoladas do contexto mais amplo, relacionado com as funções reservadas ao Estado e com o campo de autonomia garantido aos particulares, as políticas e providências de curto prazo se assemelham entre si. Mas as divergências são de grande magnitude. Poderia ser dito que, num extremo, encontram-se os defensores do absentéismo estatal, partidários de concepções qualificadas como neoliberais. Antagonicamente a eles, posicionam-se os que propugnam por uma intervenção estatal exaustiva, ainda que regulatória. A disputa escapa largamente dos limites deste trabalho, o que não impede algumas tomadas de posição.

IX - A "manutenção do Estado" e o compromisso individual

A cisão entre Estado e sociedade civil inviabiliza a promoção do bem-estar buscado pelas ideologias vigentes. Não é possível obter resultado frutífero através da concepção de que o bem comum se realiza pelo Estado e que os particulares estão liberados para buscar a satisfação de seus intentos egoísticos. Aliás, essa constatação já estava na origem de inúmeras propostas políticas que pretendiam a absorção da sociedade e da iniciativa privada por parte do Estado. Os totalitarismos de Estado experimentados ao longo do Século XX refletiam, entre outros pressupostos, a consideração de que toda a sociedade tinha de comprometer-se com a realização do bem comum.

A proposta adotada para um modelo regulatório de Estado pretende conciliar diferentes concepções ideológicas, assegurando a realização de valores de solidariedade social com a manutenção da democracia e da liberdade. Reconhece-se que a democracia exige a garantia da autonomia individual e da sociedade civil, mas que a realização dos valores fundamentais a um Estado Social exige a participação de todos os segmentos sociais. Assume-se que, na grande parte dos casos, os organismos estatais não detêm capacitação e recursos suficientes para atendimento satisfatório a certas necessidades comuns, o que significa atribuir à iniciativa privada o encargo correspondente.

Produz-se, em suma, uma redução de competências diretas do Estado. Mas essa redução somente pode ser admitida quando acompanhada de uma contrapartida consistente na funcionalização de poderes reconhecidos à iniciativa privada. A retirada da atuação direta do Estado não equivale à supressão da garantia de realização de certos valores, mas apenas à modificação do instrumental para tanto. Somente se admite a privatização na medida em que existam instrumentos que garantam que os mesmos valores buscados anteriormente pelo Estado serão realizados através da atuação da iniciativa privada.

Como assevera um autor, "as tarefas de `garantia' e `regulação' aumentam em medida diretamente proporcional à diminuição da produção `direta' de bens e serviços; quanto mais o Estado se afasta dos fatores da produção, tanto mais deve reforçar as funções orientadas a compensar a supressão das garantias inerentes ao sistema de produção pública de bens e serviços"⁸.

Portanto, a assunção de determinadas atividades pelos particulares não se sujeita ao regime jurídico clássico do liberalismo. Quando a atuação dos particulares for relacionada com a realização de valores fundamentais à comunidade, não se poderá reconhecer a existência de "direitos subjetivos" - se tomada a expressão nas acepções clássicas desenvolvidas durante o Século XIX. A atribuição de direitos para exercício de certas atividades é acompanhada de deveres e encargos para os particulares, na exata configuração do instituto da função, tal como adiante exposto.

X - A teorização acerca do "Estado Regulador"

A evolução das concepções acerca das funções reservadas ao Estado propiciou o surgimento de interessantes construções teóricas. Talvez a mais notável tenha sido a de Giandomenico Majone⁹. A peculiaridade do raciocínio do autor reside em reconhecer que a competência regulatória dá identidade a uma nova espécie de Estado. Sob esse enfoque, os poderes regulatórios não externam uma mera circunstância da existência do Estado como instituição política, mas lhe asseguram natureza própria e inconfundível, tal como adiante sumariado.

Na etapa anterior, supunha-se que a intervenção regulatória poderia ser utilizada (como instrumento acessório, tal como acima apontado) para constranger o desenvolvimento da atividade econômica própria dos particulares. Nessa concepção, supunha-se especialmente que a atividade de prestação de serviços públicos era domínio privilegiado do Estado e dos agentes públicos.

O modelo regulatório propõe a extensão também ao setor dos serviços públicos de concepções aplicadas a propósito da atividade econômica privada. Ou seja, rejeita-se a concepção da atuação direta do Estado não apenas a propósito da atividade econômica privada (propriamente dita) mas também no tocante aos serviços públicos. Reconhece-se como desejável a substituição do Estado-Prestador pelo Estado-Regulador dos serviços públicos.

Todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica deverão ser remetidos à iniciativa privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a organização econômica, modelada pelos parâmetros da acumulação privada de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar

sua plena realização. O Estado deve manter sua participação no âmbito de educação e seguridade social, evitando a mercantilização de valores fundamentais.

Em suma, o modelo regulatório apresenta algumas modificações fundamentais nas concepções clássicas sobre o Estado e o Direito.

A primeira relaciona-se com o âmbito de abrangência das atividades sujeitas aos regimes de Direito Público e de Direito Privado. Por um lado, cogita-se da transferência para a iniciativa privada de atividades desenvolvidas pelo Estado, dotadas de forte cunho de racionalidade econômica. Por outro, propõe-se a liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado, para propiciar ampla disputa pelos particulares em regime de mercado.

A segunda manifestação que peculiariza a concepção regulatória de Estado reside na inversão da relevância do instrumento interventivo. Anteriormente, preconizou-se o exercício direto pelo Estado de funções econômicas. O novo paradigma privilegia a competência regulatória. O Estado permanece presente no domínio econômico, mas não mais como partícipe direto. Em vez de buscar pessoalmente a realização de determinados fins, vale-se do instrumento normativo e de suas competências políticas para influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem comum.

Ou seja, a intervenção estatal indireta é elevada à categoria de instrumento primordial de realização dos valores fundamentais no âmbito das atividades econômicas. Mais do que isso, a atuação direta do Estado é proscrita e somente pode ser admitida em situações de grande excepcionalidade.

Isso significa que a comunidade remete o atendimento das necessidades coletivas ao funcionamento do mercado. Cabe à iniciativa privada desenvolver as atividades adequadas à geração de riquezas, submetendo-se às regras introduzidas pelo Estado.

Indo avante, a terceira característica reside em que a atuação regulatória do Estado se norteia não apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado. Tradicionalmente, supunha-se que a intervenção estatal no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios ou inconveniências. Já o modelo regulatório admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social. O mercado não estabelece todos os fins a serem realizados na atividade econômica. Isso se torna especialmente evidente quando o mecanismo de mercado passa a disciplinar a prestação de serviços públicos. A relevância dos interesses coletivos envolvidos impede a prevalência da pura e simples busca do lucro.

A quarta característica do Estado Regulador reside na institucionalização de mecanismos de disciplina permanente e de fiscalização da atividade econômica privada. Passa-se de um estágio de regramento estático para uma concepção de regramento dinâmico. O Estado tem de dispor de mecanismos de acompanhamento e controle dos agentes privados, o que significa a possibilidade (necessidade) de inovação contínua. Como apontam La Spina e Majone, pode-se configurar a regulação "como um processo, em que interessa não apenas o momento da formulação das regras, mas também aqueles da sua concreta aplicação, e, por isso, não a abstrata mas a concreta modificação dos contextos de ação dos destinatários"[10](#).

XI - A legitimação democrática do Direito Regulatório

O Estado Regulador se vale de um conjunto de normas jurídicas para disciplinar a atuação pública e privada, visando à concretização dos valores fundamentais. O Direito disciplina o funcionamento do aparato estatal e dispõe sobre as suas competências para coação dos particulares. É essencial afirmar a legitimação democrática do Direito, o que envolve, em última análise, uma avaliação da legitimidade do próprio poder político.

XI.1 A questão do poder e da violência: o tema da legitimidade do Direito

O aspecto de maior relevância reside na questão da justificação da ordem jurídica e da legitimidade do Direito, temas que foram radicalmente reformulados depois da segunda metade do Século XX - especialmente em virtude das experiências produzidas por Estados totalitários, que se organizavam segundo os modelos jurídico-constitucionais anteriores.

Uma das características do chamado *Estado Moderno*, instaurado no Ocidente a partir do Tratado de Westfália, de 1648, consistiu no *monopólio da violência*. A centralização do poder político produziu a assunção pelo Estado dos meios de coação física, afirmando-se a sua soberania interna e externa. Como decorrência, o aparato estatal foi investido no poder de combater e eliminar qualquer obstáculo por meio da força. Isso produziu o risco de que a justificativa para a existência da ordem jurídica residisse pura e simplesmente na força bruta, na defesa dos interesses dos mais poderosos.

Mas evolução civilizatória ocorrida ao longo das últimas décadas se pautou pela demonstração de que o *monopólio da violência* pelo Estado não significa a legitimação por meio da violência. Nenhum Estado se justifica, nem se mantém, por meio pura e simplesmente da força; nenhuma ordem jurídica se legitima - nem se mantém, insista-se - através simplesmente da violência.

Isso significa que o Estado existe e o Direito obriga, mas não porque sejam instrumentos da força física e psicológica de opressão dos mais fortes contra os mais fracos. A violência e a força bruta podem dar sustentação a um regime político e impor a observância de normas jurídicas, mas apenas temporariamente. A médio ou longo prazo, toda organização de poder político e todo direito somente podem se manter por outra via, relacionada com sua legitimidade.

O tema foi tratado com maestria por Hannah Arendt, a maior estudiosa do fenômeno do totalitarismo do Século XX. Ela afirmou que "... é o suporte do povo que produz o poder das instituições de um país, e esse suporte é nada além do que a continuação do consentimento que produziu o surgimento das leis. Todas as instituições políticas são manifestações e materializações de poder; elas se petrificam e entram em decadência tão logo o poder existente do povo cessar de dar-lhes suporte"¹¹.

E acrescentava que: "*Poder* corresponde à habilidade humana não apenas de agir mas de agir em concerto. Poder nunca é a propriedade de um único sujeito; pertence ao grupo e permanece existindo somente enquanto o grupo permanece junto. Quando nós dizemos de alguém que ele

está 'no poder', nós realmente nos referimos a ele como recebendo o poder de um certo número de pessoas para agir em nome delas..."[12](#).

É usual conceber o poder em termos de comando e obediência, acabando por reputar-se que se fundamenta na violência, especialmente quando se toma em vista o fenômeno da soberania estatal. Isso produz o risco de alguém imaginar que o poder seria apenas um disfarce para a violência. Mas um exame mais detalhado demonstra a insuficiência dessa concepção. Arendt observou que: "Numa competição de violência contra violência, a superioridade do governo sempre tem sido absoluta; mas a superioridade perdura apenas enquanto a estrutura de poder do governo perdura - ou seja, enquanto comandos são obedecidos e as forças armadas ou policiais estiverem preparadas para usar suas armas. Quando isso não é mais o caso, a situação muda abruptamente"[13](#).

Ou seja, tem de haver uma organização superior do poder para tornar úteis os meios superiores de coerção. "O poder é, com efeito, da essência de todo governo, mas violência não o é. A violência é, por natureza, instrumental; como todos os meios, ela sempre necessita de orientação e justificação por via dos fins perseguidos... O poder não necessita de justificação, sendo inerente à própria existência das comunidades políticas; o que ele realmente necessita é legitimação... O poder surge sempre quando as pessoas se reúnem e atuam em concerto, mas ele retira sua legitimidade da reunião inicial mais do que de qualquer ação que possa dela se seguir... Violência pode ser justificável, mas nunca será legitimada"[14](#).

Poder-se-ia sintetizar esse pensamento com a afirmação de que a violência é o oposto do poder, o qual é produzido pela conjugação de esforços de um conjunto de pessoas. Quanto mais amplo o consenso, tanto maior é o poder gerado. Há situações em que o poder necessitará valer-se da força física, da violência. Mas nunca será possível gerar poder por meio da violência.

Isso significa que o Estado detém o monopólio da violência, mas daí não se segue que o monopólio da violência seja o fundamento permanente ou um alicerce suficiente do Estado. Talvez se possa dizer que o Estado monopoliza a violência para restringir sua utilização apenas às hipóteses em que seja absolutamente indispensável, reduzindo a capacidade de os diversos grupos sociais gerarem conflitos. Mais ainda, o monopólio da violência tem de ser interpretado em consonância com os valores fundamentais consagrados constitucionalmente. A violência pode ser utilizada pelo Estado apenas se e quando tal for justificado pela ausência de outra alternativa para a realização dos valores fundamentais.

Portanto, a monopolização da violência por um Estado é uma decorrência de seu poder e de sua autoridade, não a causa de sua existência.

XI.2 Os tipos de legitimação segundo Max Weber

O tema já tinha sido cogitado por Max Weber, que formulou uma classificação clássica quanto aos modos de legitimação do poder. A partir das considerações de Weber [15](#), é possível diferenciar três formas diversas de legitimação: a tradicional (religiosa), a carismática e a racional.

A legitimação *religiosa* é aquela que se verifica nos primórdios das organizações estatais, em que a atribuição de poder a determinadas estruturas de governo se funda em motivos de ordem metafísica. Os poderes políticos e religiosos são concentrados pelos mesmos sujeitos. O povo reconhece a legitimidade do governante por ser ele um escolhido pela divindade. Obedece-se ao governante por crenças religiosas. Tal como não cabe questionar o poder divino, também não há espaço para discutir a dominação exercitada por um certo governante. Sob esse prisma, a estrutura de governo político se mantém na medida em que disponha de condições de representar a divindade no mundo terreno. Um traço característico da legitimação religiosa reside na supressão da participação crítica dos dominados, cuja adesão se funda não em razões lógicas ou racionais, mas na fé. A discordância é qualificada como pecado e identificada com a violação aos deveres religiosos: divergir do governante equivale a insultar a divindade. Nesse cenário, a perda do poder político apenas pode derivar ou da extinção da crença religiosa ou da desconfiança quanto à efetiva existência de um vínculo de representação entre um dado governante e a divindade adorada.

A legitimação *carismática* não se fundamenta em crenças metafísicas, mas na capacidade de um indivíduo de polarizar a esperança de implementar os projetos comuns do povo. A legitimação carismática ocorre quando um líder delinea um projeto que é incorporado nas expectativas individuais como essencial à felicidade ou à realização das vocações do grupo. Usualmente, esse líder se apresenta como o único sujeito capaz de promover mudanças radicais em uma realidade reputada como insuportável. Em face do desespero produzido pelo mundo real e das promessas expostas por um líder, o povo aceita a dominação e adere ao projeto de grandiosas realizações. Como se vê, a liderança carismática também se fundamenta na redução tanto da participação do povo na tomada de decisões quanto do exercício do senso crítico individual. A liderança carismática tende a transformar o povo em "massa", eliminando as vozes dissonantes. A divergência é qualificada como impedimento à realização de um projeto nacional: divergir do governante equivale à traição. A liderança carismática é essencialmente personalista. Por isso, não pode eternizar-se, eis que não ultrapassa os limites da existência do líder. A continuidade da dominação depende do surgimento de outro líder, dotado de carisma pessoal equivalente, ou da transformação da liderança carismática em religiosa. Tal se passa quando o grande líder é transformado em uma divindade. A liderança carismática se extingue ou pelo desaparecimento do líder ou pela comprovação de sua incapacidade de criar projetos extraordinários ou de os realizar.

A terceira forma de legitimação é a *racional*, em que a dominação se funda na existência de leis impessoais e de um aparato administrativo burocrático. A dominação se funda, então, na despersonalização do poder político. Obedece-se não a um deus nem a um líder, mas a um conjunto de instituições construídas como resultado dos esforços comuns do povo. Surgem papéis de comando e se presta obediência aos sujeitos que, de modo eventual, assumem seu desempenho. Cumprem-se as determinações de um parlamento, de um governo - não por se reputar que tal é a vontade divina, nem porque isso é exigido para a salvação nacional, mas porque tais são as decisões produzidas pela própria nação. Implanta-se o governo das leis, e não dos homens - expressão que deve ser bem entendida. É que todo governo pressupõe a existência de indivíduos exercitando o poder político. Mas o governo das leis é aquele em que as decisões não são produto direto e imediato da vontade individual do governante, mas o resultado das decisões cristalizadas em atos normativos gerais e abstratos. Surgem órgãos permanentes que são investidos de competências decisórias e que merecem respeito não pelos atributos pessoais dos governantes, mas porque as leis devem ser respeitadas. Em outras palavras, surgem *instituições*

governativas, que determinam o modo de comportamento das pessoas. Quando a legitimação é racional, a divergência não acarreta maior dano. Divergir não põe em risco o sistema de dominação política. Reprova-se a conduta concreta de infração às decisões estatais, que serão punidas na medida de sua reprovabilidade e anti-sociabilidade. A liderança racional tende a eternizar-se, na medida em que independe da identidade dos governantes ou da crença de fiéis.

Em face dessa classificação, é evidente que a violência é tanto mais necessária para manutenção de Estados cuja legitimação se funda na religião ou no carisma pessoal de um líder. Os Estados que conquistam legitimação racional produzem o surgimento de poder por meio da adesão ao sistema de governo. Assim, quanto maior a concordância dos governados em relação às leis e às instituições, tanto maior será o poder estatal. A legitimação racional não é uma questão de fé nem de desespero, mas de aprovação a um sistema de governo. Essa aprovação pode resultar da tradição, mas sempre envolve uma avaliação racional que impedirá que certos limites sejam ultrapassados. Num Estado em que vigora a legitimação racional, sempre haverá restrições às decisões dos governantes. Tais limites estarão, usualmente, consolidados em normas gerais e abstratas.

A viabilidade de um Estado Regulador depende, por isso, da consagração de instrumentos de legitimação racional, com a estruturação do poder político de modo a assegurar a existência de instrumentos de organização burocrática.

XI.3 O monopólio da violência e o Estado pluriclasse

Ao exposto se deve agregar uma outra consideração. Um dos fenômenos mais marcantes no percurso da democratização do poder residiu no surgimento daquilo que Massimo Severo Giannini denominou de *Estado pluriclasse*¹⁶.

A teoria política clássica foi elaborada, ao longo dos Séculos XVIII e XIX, período em que os direitos políticos eram negados para a maior parte da população. À época, o direito de voto era atribuído apenas aos titulares de certos atributos de riqueza. As mulheres e os pobres (e outros estratos da sociedade) não dispunham de cidadania política. Isso significava que o processo político refletia o interesse de classes economicamente dominantes.

Nas primeiras décadas do Século XX, verificou-se a consagração do sufrágio universal. A cidadania passou a ser um atributo da humanidade. Como decorrência, todos os segmentos da população adquiriram representatividade no âmbito dos parlamentos. Sob um certo ângulo, somente se tornou possível aludir a "democracia" a partir desse instante. Antes da difusão do sufrágio universal, a democracia era uma simples aparência.

Com a difusão do direito de voto, todos os estratos sociais, mesmo os desprovidos de recursos econômicos, podem influenciar a escolha dos governantes e fazer-se representar nos parlamentos. O exercício do poder político retrata a pluralidade de interesses sociais e a segmentação dos diferentes grupos. Existem agrupamentos com interesses comuns, dentro de limites estreitos e com extensão temporal precária. Cada "classe" comporta interesses contrapostos. A democracia contemporânea externa-se numa espécie de interminável reorganização dos interesses individuais

e coletivos. As composições entre os diferentes grupos de interesses assemelham-se a um processo caleidoscópico, em que cada arranjo é distinto do existente em momentos anteriores e posteriores.

Isso tudo conduz à impossibilidade de aludir à "maioria" senão como força de expressão, indicando composições temporárias e limitadas entre os diferentes segmentos da sociedade.

Giannini cunhou a expressão *Estado pluriclasse* para indicar a nova conformação atribuída à organização estatal a partir da difusão do direito de voto.

Conjugando as concepções de Arendt e de Giannini, é possível reconhecer que a manutenção do poder político depende da capacidade de um governo obter a adesão popular, retratada na participação no parlamento. Tal não pode ser obtido pela violência, mas depende de outros instrumentos que não se valem da pura e simples força bruta.

XI.4 O processo comunicacional e os direitos fundamentais

O tema da legitimação se relaciona com o modo de comunicação entre o governo e a sociedade. Se o Direito não encontra seu fundamento de validade numa motivação religiosa ou puramente moral, e como não pode manter-se por via da força, então a única alternativa restante é o *consenso* dos cidadãos. Esse consenso, na democracia, é obtido por meio do respeito a procedimentos¹⁷.

Mas esse consenso pressupõe, primeiramente, a possibilidade de cada indivíduo ser tratado como igual, como titular de direitos insuprimíveis. Não há consenso entre indivíduos que se qualificam como desiguais. Portanto, é indispensável o reconhecimento dos direitos fundamentais para haver o consenso.

Depois, o reconhecimento da igualdade de todos os cidadãos conduz ao direito de participação igualitário. Essa participação se faz por meio de um processo de comunicação. Mais precisamente, as decisões adotadas por um governo e o direito produzido são reflexos desse processo comunicacional¹⁸.

Habermas assinala que, "porque a questão da legitimidade das leis garantidoras da liberdade tem de encontrar uma resposta *dentro* do direito positivo, o contrato social não pode impor e fazer valer o 'princípio do direito' senão ligando a formação da vontade política do legislador a condições de um *procedimento democrático*, sob as quais os resultados produzidos conforme o procedimento expressem *per se* a vontade concordante ou o consenso racional de todos os implicados"¹⁹. Por isso, o procedimento democrático exige a adoção da mais ampla gama de possíveis alternativas para propiciar a manifestação de todos os interessados. O fundamental é que cada decisão seja produzida a partir de um procedimento que pressuponha a igualdade de todos os interessados e lhes reconheça a faculdade de participação como sujeitos dotados de direitos insuprimíveis e inalienáveis.

Esse procedimento democrático envolve a idéia de que "válidas são aquelas normas (e apenas aquelas normas) a que todos os que possam ser por ela afetados puderem prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais"²⁰.

Veja-se que não é necessário que todos os cidadãos manifestem sua concordância efetiva e concreta acerca de um certo tema. O processo decisório apenas se afirma como legítimo quando a decisão puder ser considerada como resultado de uma discussão racional, em que os argumentos aptos a fundá-la sejam potencialmente suficientes para convencer os interessados²¹.

Enfim, ainda quando não haja participação concreta e efetiva de todos os cidadãos para produção de uma certa decisão - até porque tal é praticamente impossível - , será ela válida somente se pudesse ela receber a adesão dos interessados caso fossem ouvidos. Dito em outras palavras, não é possível legitimar o Direito mediante a mera argumentação de que, sendo alguém titular da competência para decidir, está investido do poder de adotar a solução que bem entender. Ainda quando o sujeito for o titular da competência para decidir, sua decisão apenas será válida se, diante dos diversos argumentos e em face das circunstâncias, a escolha fundar-se em uma justificativa que seria suficiente para granjear possível acolhimento de terceiros.

XII - O Estado Democrático de Direito e o Estado Regulador

O percurso do Estado retrata a lenta e inevitável transição do autoritarismo para a democracia. Os controles à atividade administrativa do Estado são cada vez mais amplos. É inquestionável que toda liberdade atribuída ao agente estatal tem de ser exercitada de modo compatível com os princípios jurídicos fundamentais. O conceito original de Estado de Direito foi sendo enriquecido pela evolução histórica. As experiências trágicas dos regimes totalitários alemão e soviético, vividas ao longo do Século XX, conduziram à constatação de que nenhum poder político pode ser legitimado sem observância aos princípios da soberania popular e do respeito aos direitos fundamentais.

Passou-se a aludir a um Estado *Democrático* de Direito, cuja definição pode ser traduzida, nas palavras de Jacques Chevallier, no sentido de que ele "implica, com efeito, uma certa concepção de relações entre o indivíduo e o Estado, que subjaz a todo o edifício jurídico: não apenas o poderio (*puissance*)²² do Estado encontra seus limites nos direitos fundamentais reconhecidos aos indivíduos, o que cria também a possibilidade de uma `oposição ao poder fundada no direito' ..., mas ainda ela tem por finalidade mesma, por justificação última, a garantia desses direitos; o Estado de Direito repousa, no final das contas, sobre a afirmação do primado do indivíduo em face da organização social e política..."²³.

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, mas pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular²⁴.

O Direito Regulatório está permeado por essa concepção democrática, que privilegia o cidadão e reconhece o compromisso com a promoção dos valores fundamentais. A consagração desse modelo institucionaliza a atribuição de competências promocionais ao Estado e mobiliza toda a sociedade civil na realização desses valores.

*Doutor em Direito.

¹ Servizi e Interessi tra Privatizzazioni e Regolazione Pubblica. *In: Diritto e Società*. Padova: Cedam, 2000, v.1, p.27.

² A distinção entre funções repressiva e promocional do Direito reporta-se imediatamente ao pensamento de Norberto Bobbio. Seus escritos acerca do tema são clássicos e incomparáveis. Vale a pena consultar a coletânea *Dalla Struttura alla Funzione*. Milano: Ed. di Comunità, 1977, especialmente os ensaios compreendidos entre as páginas 13 a 122.

³ Sobre o tema, ainda que para outros propósitos, Bobbio assinalava que: "Hoje um sexagenário está velho apenas no sentido burocrático, porque chegou à idade em que geralmente tem direito a uma pensão. Hoje, ao contrário, a velhice não é burocrática mas fisiológica, começa quando nos aproximamos dos oitenta..." (*Tempo da Memória*. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p.17).

⁴ Apenas para constar, podem referir-se os trabalhos de Fiorenzo Girotti (*Welfare State*. Roma: Carocci, 1998), Maria Rosaria Ferrarese (*Diritto e Mercato Il Caso degli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1992), Graham Taylor (*State Regulation and the Politics of Public Service* London, 1999), Burkard Eberlein (Regulating Public Utilities in Europe. EUI Working Paper RCS n. 98/42), Gaspar Ariño Ortiz (*La Regulación Económica*. Buenos Aires: Depalma, 1996, e *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Fundación de Estudios de Regulación Comares, 1999), Hervé Dumez e Alain Jeunemaître (Quels Modèles de Régulation pour les Services Publics? *In: L'Idée de Service Public Est-elle Encore Soutenable?* Paris: PUF, 1999, p. 63-80), Didier Linote, Achille Mestre e Raphaël Romi (*Services Publics et Droit Public Economique* 3.ed. Paris: Litec, 1995, especialmente as p. 327 *et seq.*), Antoine Jeammaud (Introduction à la Sémantique de la Régulation Juridique. *In: Les Transformations de la Régulation Juridique* (Sous la Direction de Jean Clam et Gilles Martin). Paris: LGDJ, 1998, p. 47-72).

⁵ *Regulatory Policy and the Social Sciences*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1985, p. 363 *apud* Majone, Giandomenico. *La Communauté Européenne: un Etat régulateur*. Paris: Montchrestien, 1996, p. 16.

⁶ Confira-se SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6.ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 181 *et seq.*

⁷ Serviços Públicos e Regulação Estatal. *In: Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2000, p.23.

⁸ LAZZARA, Paolo. *Autorità Independenti e Discrezionalità*. Padova: Cedam, 2001, p.72.

⁹ Confira-se em *La Communauté Européenne: un État Régulateur*. Paris: Montchrestien, 1996. Mais recente e sob enfoque mais amplo, há obra de Majone em co-autoria com Antonio La Spina (*Lo Stato Regolatore*. Bologna: Il Mulino, 2000).

¹⁰ *Lo Stato Regolatore*, cit., p.28.

¹¹ARENDT, Hannah. *On Violence*. San Diego: Harcourt Brace & Company, 1970, p.41.

¹²ARENDT, Hannah *On Violence*, cit., p.44.

¹³ARENDT, Hannah. *On Violence*, cit., p.48.

¹⁴ARENDT, Hannah. *On Violence*, cit., p.52. Logo adiante, a autora formulou juízo que nunca deveria ser olvidado pelos governantes, especialmente das potências maiores. "Substituir poder por violência pode trazer a vitória, mas o preço é muito alto; porque ele é pago não apenas pelos vencidos, ele é também pago pelo vencedor em termos de seu próprio poder. Isso é especialmente verdadeiro quando ocorre de o vencedor gozar internamente dos benefícios de um governo constitucional. Henry Steele Commager está inteiramente correto: 'Se nós subvertermos a ordem mundial e destruímos a paz mundial, nós seremos estrangidos inevitavelmente a primeiro subverter e destruir nossas instituições políticas'..." (*op. cit.*, p.54). Mas talvez essa visão seja algo romântica. Confirme-se a opinião de Noam Chomski, especificamente quanto ao percurso da política externa dos EUA (...?)

¹⁵ Confira-se Max Weber (*Economy and Society*. Trad. da 4. edição alemã de 1956. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1978, v. I, p. 26 *et seq.*; p. 212 *et seq.*)

¹⁶ Confira-se *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1970, I, p.45-50. Consulte-se, ainda, a ampla retrospectiva elaborada por Sabino Cassese (Lo "Stato Pluriclasse" *In*: GIANNINI, Massimo Severo. *L'Unità del Diritto* Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica. Bologna: Il Mulino, 1994, p.11-50).

¹⁷ Quanto a isso, as lições de Romeu Felipe Bacellar Filho foram marcantes para a evolução da doutrina pátria. Sua obra *Processo administrativo disciplinar* (2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003) evidenciou a necessidade de integração das concepções procedimentalistas na estruturação do ordenamento jurídico.

¹⁸ Habermas afirma que: "Os direitos humanos e o princípio da soberania popular não são por casualidade as únicas idéias sob cuja luz cabe justificar o direito moderno. Pois essas são as duas idéias em que se acabam condensando aqueles conteúdos que, por assim dizer, são os únicos que restam quando a substância normativa de um *ethos* ancorado em tradições religiosas e metafísicas é obrigado a passar pelo filtro das fundamentações pós-tradicionais" (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. 3.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p.164).

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, cit., p. 159.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 172.

²¹ "Conforme o princípio de discurso, podem pretender validez precisamente aquelas normas que possam encontrar o assentimento de todos os potencialmente afetados se esses participassem de discursos racionais. Os direitos políticos buscados têm, por isso, de garantir a participação em todos os processos de deliberação e decisão relevantes para a produção de normas, de modo que neles se possa fazer valer por igual a liberdade comunicativa de cada um de posicionar-se frente a

pretensões de validez suscetíveis de crítica" (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, cit., p.193).

²² É usual traduzir a expressão *puissance* por "poder", o que desnatura a compreensão do vocábulo. Poder, em francês, é indicado pelo vocábulo *pouvoir*. *Puissance* indica a qualidade que corresponde ao poder.

²³ *L'État de Droit*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1994, p.55-56.

²⁴ O que se traduz, inclusive, na tendência à consensualização da atividade administrativa. Sobre o tema, consulte-se OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros-SBDP, 2005, p. 567 e ss.