

**FORMAS DE ATUAÇÃO
E INTERVENÇÃO
DO ESTADO BRASILEIRO
NA ECONOMIA**
3^a.ed



www.lumenjuris.com.br

Editores

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Alexandre Morais da Rosa
Ana Alice De Carli
Anderson Soares Madeira
André Abreu Costa
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Elder Lisboa Ferreira da Costa
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Dias
Jean Carlos Fernandes
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Emilio Medauar
José Ricardo Ferreira Cunha
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcus Mauricius Holanda
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Salah Hassan Khaled Jr.
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra
Simone Alvarez Lima
Victor Gameiro Drummond

Conselheiros beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala
301 – CEP: 22795-415 – Recreio dos
Bandeirantes – Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353

André Saddy

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

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

Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina

Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF)

Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ)

Diretor Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ)

Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC)

Consultor e parecerista

andresaddy@yahoo.com.br

FORMAS DE ATUAÇÃO E INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ECONOMIA

3^a.ed

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2018

Copyright © 2018 by André Saddy

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Alex Sandro Nunes de Souza

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

SA124f

Saddy, André.

Formas de atuação e intervenção do estado brasileiro na economia / André
Saddy – 3. ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018.

684 p. : il. ; 23 cm.

Bibliografia : p. 505-577.

ISBN 978-85-519-0846-4

1. Administração Pública. 2. Direito Administrativo. 3. Intervenção.
4. Serviço Público Privativo. 5. Economia. I. Título.

CDD 342

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

*À minha esposa Grissia Ribeiro Vemâncio e meus filhos
João Ribeiro Masset e Nicole Ribeiro Saddy*



Agradecimentos

O presente trabalho é a Dissertação de Mestrado em Direito, área de concentração em Administração Pública apresentada em 2009 e classificada com valoração 18 em 2010 na Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade de Lisboa como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor David Duarte, realizada com o apoio do Alban, Programa de bolsas de alto nível da União Europeia para América Latina, bolsa nº E06M100358BR.

Essa terceira edição, que muito me alegra, sofreu algumas modificações, necessárias para manter o livro atualizado, bem como adaptações desejadas desde à época da dissertação, mas apenas agora incorporadas. Refiro-me a uma proposta nova de classificação das atividades económicas em sentido amplo, é dizer, a forma de atuação do Estado na economia.

Como exposto desde a primeira edição, todo agradecimento traz em si a justiça e a injustiça. Peço desculpas pelas injustiças que possa cometer aqui, mas não poderia deixar de iniciar agradecendo aqueles que adquiriram e esgotaram as duas primeiras edições. Muito me alegra ver que o livro começa a se consolidar.

Qualquer que seja a forma imaginada na colocação destas palavras, ou nem mesmo antes de se conceber o extenso rol daqueles que me apoiaram e acreditaram no meu desenvolvimento, nenhuma outra pessoa merece maior reconhecimento que Marcos Juruena Villela Souto e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, amigos sempre dispostos a ensinar, incentivar e criticar não só na vida académica e profissional, como também na pessoal.

À profunda dedicação do meu orientador Professor Doutor David Duarte. Muito mais que professor, ele foi amigo incansável na solução dos problemas e questionamentos que, a cada dia, se avolumavam e que ele, pacientemente, auxiliava no esclarecimento. A este novo amigo, o meu muito obrigado.

Igualmente, gostaria de agradecer aos restantes professores que integraram o júri que avaliou e classificou a Dissertação, assim a valorizando: ao Professor Doutor Marcelo Rabelo Sousa, que presidiu o júri, ao Professor Doutor Luís de Moraes, que a arguiu, ao Professor Doutor Casalta Nabais e a Professora Doutora Margarida Silva Pereira.

A todos colegas do escritório *Juruena & Associados – Advogados*, da graduação em Direito e da vida profissional pelo carinho e atenção que me foram dispensados durante a elaboração do presente trabalho, principalmente nos momentos de angústias e dificuldades.

Aos Professores Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva, pela primeira oportunidade de vivenciar a prática do Direito, Maria Teresinha Perreira e Silva, pela semente da pesquisa plantada ainda na graduação e Rodrigo Cortes Rondon, pela amizade e transmissão de lições pacientemente transmitidas.

Aos Professores Doutores Paulo Otero, Marcelo Rebelo de Sousa, José de Melo Alexandrino e, especialmente, a Jorge Miranda, pelos conhecimentos transmitidos durante o período acadêmico do Mestrado.

Ao Programa Alban, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina, pela ajuda financeira sem a qual o Mestrado não seria possível.

Aos companheiros do Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros (NELB), que presidi no biênio 2006/2007, em especial, à Elisa Ustárroz, Caroline Alves Salvador e Carlos Marcos Borges. Aos demais companheiros de Mestrado, menciono Rafael Freitas Machado, para manifestar meu agradecimento a todos, pelo apoio no Mestrado e junto à presidência do NELB.

A todos meus amigos, em especial a Joana Pacheco e Armando Leitão Filho pela amizade e companheirismo nas horas de distração, acrescentando ao segundo a ajuda com as Figuras.

A Elias Habib e Lúcia Leal Santos pela ajuda e troca de idéias na análise final do presente trabalho, bem como pela sincera amizade e carinho de familiares.

Ao meu irmão de consideração Patrick Tomás Martins, pela eterna fidelidade e companheirismo nos melhores momentos até hoje vivenciados e a Alexandre Menezes Arantes, primo/irmão, pelo incentivo e ajuda sempre concedida.

Aos meus segundos pais Sergio Diegas Martins e Ana Maria Tomás Martins pelo carinho e preocupações que sempre conferem a minha pessoa.

A Antônio Viug (*in memorian*) pela dedicação dispensada a minha mãe.

Ao meu padrinho Ricardo de Almeida Dias, pelas palavras de conhecimento e sabedoria na substituição de meu pai em horas de vital importância.

Aos meus Tios Maury Saddy e Carlos Saddy (*in memorian*), pela dedicação e presença eterna, antes e após o falecimento de seu irmão, meu pai.

À minha Avó, Gabriela Arantes, pelos carinhos sempre depositados a minha pessoa. Em seu nome o agradecimento a todas da família Arantes.

Ao meu pai, Mario Jorge Saddy, que certamente de onde está, me auxiliou e auxilia, dando-me paz, conforto espiritual e orientação e à minha mãe, Leonidia Ferreira Arantes, inabalável lutadora, sem o qual nada seria possível, aos meus irmãos Raphael Saddy e Felipe Saddy, o primeiro pelo companheirismo e ensinamentos de persistência e luta por seus objetivos e o segundo pela alegria de poder compartilhar momentos especiais.

Aos meus sobrinhos Guilherme, Fernando e a princesa do Tio, Helena, minha afilhada querida.

Por fim, a quem dedico essa terceira edição, meu grande amor, Grissia Ribeiro Venâncio, por fazer parte da minha vida e aos meus filhos, João Ribeiro Masset, entendo, mas filho de coração e meu presente de Deus, Nicole Ribeiro Saddy, paixão minha e razão do meu viver.

A. Saddy
MMXVIII, abril, Rio de Janeiro, Brasil
andresaddy@yahoo.com.br



Sumário

Agradecimentos	VII
Lista de Ilustrações	XV
Abreviaturas e Siglas	XXV
Prefácio 1ª Edição	XXXIII
Introdução	1
Capítulo I – Estado Pós-Moderno, Administração Pública e Ordem Econômica	11
1.1 Estado, função executiva e Administração Pública	11
1.2 Modelos de Estado e suas relações com a intervenção do Estado na economia	19
1.2.1 Estado liberal ou mínimo e o desenvolvimento da intervenção do Estado na economia	22
1.2.2 Estado social de direito e o apogeu da atuação e intervenção do Estado na economia	30
1.2.3 Estado pós-moderno e as mudanças na ordem econômica constitucional brasileira	42
1.2.3.1 Uma nova época para um Estado e suas transformações.....	50
1.2.3.2 Poder executivo e interesse público: legalidade, legitimidade e licitude	65
1.3 A ordem econômica brasileira e a reforma do Estado	78
Capítulo II – Formas de Atuação do Estado Brasileiro na Economia	117
2.1 A nova configuração das formas de atuação do Estado brasileiro na economia	117
2.2 As lições do Direito Administrativo Comunitário – o modelo europeu dos serviços de interesse econômico geral	120
2.3 A atual estrutura jurídico-organizativa brasileira da atividade econômica em sentido amplo	141

2.3.1 Serviço público privativo	144
2.3.1.1 Serviço público privativo prestado em regime privado.....	153
2.3.1.1.1 Estudo de setor: telecomunicação	158
2.3.1.2 Serviço público privativo prestado em regime público.....	171
2.3.1.2.1 Estudo de setor: postal	179
2.3.2 Serviço público não-privativo.....	199
2.3.2.1 Estudo de setor: saúde.....	201
2.3.3 Atividade econômica em sentido estrito monopolizada	210
2.3.3.1 Estudo de setor: petróleo e gás natural	217
2.3.4 Atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada	230
2.3.4.1 Estudo de setor: energia elétrica	232
2.3.5 Atividade econômica de interesse público	243
Capítulo III – Formas de Intervenção do Estado Brasileiro	
na Economia	247
3.1 A nova configuração das formas de intervenção do Estado brasileiro na economia	247
3.1.1 Intervenção do Estado na economia como discricionariedade potencial do agente público e seus limites.....	259
3.2 Atividade prestacional (direta) do Estado na economia.....	294
3.2.1 Atividade absorviva do Estado na economia	294
3.2.1.1 Absorção exclusiva: nacionalização, estatização ou socialização	296
3.2.1.2 Absorção completa: monopolização ou privilégios exclusivos..	303
3.2.1.2.1 Estudo de setor: petróleo (problemática da flexibilização do monopólio)	310
3.2.1.3 Absorção parcial: reserva de mercado	311
3.2.1.3.1 Estudo de setor: postal (problemática em torno da existência do monopólio)	313
3.2.2 Atividade participativa do Estado na economia.....	324
3.2.2.1 Participação concorrencial	326
3.2.2.1.1 Estudo de setor: telecomunicações (flexibilização do monopólio estatal e suas formas de intervenção na economia)	329

3.2.2.2 Participação impositiva.....	331
3.2.2.2.1 Estudo de setor: saúde pública	333
3.3 Atividade não-prestacional do Estado na economia	337
3.3.1 Intervenção indicativa	414
3.3.2 Intervenção incitativa.....	415
3.3.3 Intervenção imperativa	446
Conclusões	471
Referências	505
Índice Remissivo.....	577



Lista de Ilustrações

Figura 1 – Esquema do sistema de freios e contrapesos.....	15
Figura 2 – Esquema dos diferentes modelos de Estados.....	41
Figura 3 – Esquema do interesse público.....	72
Figura 4 – Esquema das inter-relações dos agentes que participam do mercado.....	86
Figura 5 – Esquema das formas de atuação do Estado brasileiro na economia.....	142
Figura 5.1 – Esquema das formas de Serviço Público.....	146
Figura 6 – Tabela de diferenciação dos regimes jurídicos dos serviços públicos privativos.....	149
Figura 5.2 – Esquema das formas de Serviço Público.....	199
Figura 5.3 – Esquema das formas de Atividade Econômica em sentido estrito	215
Figura 5.4 – Esquema das formas de Atividade Econômica em sentido estrito	230
Figura 7 – Novo esquema das formas de atuação do Estado brasileiro na economia.....	244
Figura 8 – Esquema das formas de intervenção do Estado brasileiro na economia.....	248
Figura 8.1 – Esquema das formas de intervenção prestacional do Estado brasileiro na economia.....	252
Figura 9 – Esquema das formas de descentralização no sistema jurídico brasileiro.....	255
Figura 8.2 – Esquema das formas de intervenção não prestacional do Estado brasileiro na economia.....	257
Figura 10 – Instrumentos interventivos.....	258
Figura 11 – Esquema da atividade absorviva do Estado brasileiro na economia ...	296

Figura 12 – Esquema das formas de associação do Estado brasileiro na economia	303
Figura 13 – Esquema da atividade concorrencial do Estado brasileiro na economia	328
Figura 14 – Esquema da atividade impositiva do Estado brasileiro na economia ...	332
Figura 15 – Esquema da função normativa regulatória do Estado brasileiro na economia	344
Figura 16 – Esquema da função política regulatória do Estado brasileiro na economia	348
Figura 17 – Esquema da função jurisdicional regulatória do Estado brasileiro na economia	351
Figura 18 – Esquema do ciclo regulatório do Estado brasileiro na economia	368
Figura 19 – Esquema da função administrativa regulatória do Estado brasileiro na economia	388
Figura 20 – Diagrama das partes envolvidas na regulação brasileira (Estrela de Davi)	413
Figura 21 – Esquema do planejamento, execução e controle de políticas públicas	423
Figura 22 – Esquema das atividades de fomento	426
Figura 23 – Esquema das atividades de polícia administrativa.....	455

Resumo

Considerando o contexto das transformações do século XXI e o surgimento de um Estado pós-moderno, o trabalho buscou classificar, explicar e comparar as distintas formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. Com essa perspectiva, inicialmente, expõem-se as distintas naturezas jurídicas das diferentes atuações estatais na economia, demonstrando haver uma única alternativa possível: ou essa atuação será configurada como um serviço público (privativo ou não-privativo) ou como uma atividade econômica em sentido estrito (monopolizada ou não-monopolizada). Ademais, aludiram-se duas formas de intervenção estatal: prestacional, quando o Estado atua diretamente na economia; e não-prestacional, atuando sobre a economia. Dentro da intervenção prestacional, o Estado atua de forma absorviva ou participativa. Quando atuar por absorção, três serão as possibilidades: exclusiva, completa e parcial. Desse modo, quando intervir de forma participativa, demonstrou-se que o Estado poderá intervir ou em regime de competição com empresas privadas, propondo-se a disputar determinado setor com o privado (participação concorrencial); ou por uma imposição constitucional/legal, que obrigue a intervir em determinada atividade de maneira conjunta com a iniciativa privada (participação impositiva). Também se evidenciou que, na atividade não-prestacional, duas são as formas de ação do Estado no exercício da função administrativa: deôntica ou não-deônticas. Estas trazem a forma de intervenção indicativa. Já as ações deônticas trazem duas formas de intervenção: a incitativa e a impositiva. O trabalho, de maneira geral, possui a função de converter-se num freio a práticas abusivas, limitando a discricionariedade existente tanto na atuação como na intervenção do Estado na economia. Concluiu-se, então, afirmando que o excesso de liberdade e o modelo regulatório burocrático evidenciam uma ilusão: a imploração e a necessidade do mercado à intervenção do Estado nos momentos de crise comprovam que não pode este abster-se por completo, nem mesmo atuar apenas de forma subsidiária. Assim, é o momento de ambos caminharem juntos, Estado e iniciativa privada, compartilhando perdas e lucros (econômicos, sociais, políticos, morais, etc.). Não pode o Estado ser a salvação das loucuras do privado nem o privado o sofrer as consequências da ineficiência estatal. Apenas o equilíbrio le-

vará ao desenvolvimento. A transparência e a multipolaridade do poder deverão ser porta-voz da nova conjuntura, eliminando qualquer tentativa de domínio ou concentração de maneira enérgica. Essa nova visão sugere um paradigma que deve e está sendo construído, o qual deve decorrer da conjunção dos Estados e da iniciativa privada. Há de ficar claro que um não existe sem o outro. Mais do que nunca deverá ficar plenamente assegurado que o mercado inexistirá sem um Estado atuante e que aquele só resolverá seus problemas com mecanismos de intervenção eficientes emanados do Estado. A solidariedade será a palavra-chave e quiçá poderá, daqui para frente, surgir uma autorregulação regulada, onde os limites e as regras impostas pelos próprios empresários, além de claras, sejam constantemente supervisionados e fiscalizáveis pelo Estado.

Palavras-chaves: ordem econômica; atuação; intervenção; atividade econômica; serviço público; atividade absorviva e participativa; intervenção indicativa, incitativa e imperativa

Abstract

Considering the changing context in the XXI century and the emerging post-modern state, the research aimed classify, explain and compare the different forms of action and intervention by the Brazilian State in the economy. This research begins exposing the different judicial legalities of the various states acting in the economy, demonstrating the existence of only one possible alternative: either such action will be configured as a public service (private or not private) or as a strict economic activity (monopolized or non-monopolized). Two forms of State intervention exists: prestational - when the State acts directly in the economy, or non-prestational – when the State acts on the economy. Within the prestational intervention; the State acts absorbing or in a participating form. When the State acts absorbing, three possibilities of conduct exist: exclusive, full and partial. However, when the intervention is in participating way, it has been proven that the State may either intervene in a competitive regime with private entities (competitive participation) where the preposition to compete for a determined sector is established or by a constitutional/legal imposition where the State requires the intervention to be a joint activity with the private sector (imposed participation). In the non-prestational activity, the State can act in two ways to exercise its administrative function: deontic or non-deontic. These refer to the indicative intervention form. Alternatively, the deontic administrative function brings two forms of intervention: the incentive and imposed. In general, work laws have the task of correcting abusive practices and this results in limiting the discrepancy in all forms of intervention actions by the Brazilian State. In conclusion, the excess of freedom and the bureaucratic regulatory model show an illusion: the need of the market for an intervention of the State in times of crisis proves that the State can not be completely abstained. State and private enterprise should work together to eliminate bureaucracy and consequently improve profit sharing and minimize losses at the economic, social, political and moral arenas. The State should neither be the only way to bailout the irresponsible actions of the private sector nor the private sector should suffer the consequences of the State inefficiency. Only the balance between the State and the private actions will lead to the development

and well-being in our society. Transparency and division of powers should be the spokesman of the new environment, eliminating any attempt to forcefully disrupt the balance. This suggests a new paradigm that is being built and introduced to combine States and private initiative forces. Clearly, the State and the private sector do not operate at their best without each other. More than ever, it is important to emphasize that the market will not exist without an active State and that the market will only solve its problems with an efficient mechanisms of intervention created by the State. Solidarity is a key word and perhaps it may, going forward, exist a self-regulatory regulated, where the limits and rules imposed by the entrepreneurs will not cause confusion and the State will be able to constantly supervise with its audit.

Keywords: economic order; action, intervention, economic activity, public service; absorptive and participatory activity; indicative, incentive and imperative.

Síntesis

Considerando el contexto de las transformaciones del siglo XXI y el principio del surgimiento de un Estado post-moderno, el trabajo busca clasificar, explicar y comparar las distintas formas de actuación e intervención del Estado brasileño en la economía. Empieza trayendo las distintas naturalezas jurídicas de las diferentes actuaciones estatales en la economía, demostrando haber una única alternativa posible: o tal actuación será configurada como un servicio público (privativo o no privativo) o como una actividad económica en sentido estricto (monopolizada o no monopolizada). Además, se aludirán dos formas de intervención estatal: prestacional, cuando el Estado actúa directamente en la economía; o no prestacional, actuando sobre la economía. Dentro de la intervención prestacional, el Estado actúa de forma absorbente o participativa. Cuando actúa por absorción, tres serán las posibilidades: exclusiva, completa y parcial. Ahora bien, cuando interviene de forma participativa, se demostró que el Estado podrá intervenir o en régimen de competición con empresas privadas, proponiéndose a disputar determinado sector con el privado (participación competencial); o por una imposición constitucional/legal, que obligue a intervenir en determinada actividad de manera conjunta con la iniciativa privada (participación impositiva). También se evidenció que, en la actividad no prestacional, dos son las formas de actuación del Estado en el ejercicio de la función administrativa: deóntica o no deóntica. Estas últimas presentan la forma de intervención indicativa. Ya las acciones deónticas traen dos formas de intervención: la incitativa y la impositiva. El trabajo, de manera general, pretende convertirse en un freno a las prácticas abusivas, limitando la discrecionalidad existente tanto en la actuación como en la intervención del Estado en la economía. Se concluyó, afirmando que el exceso de libertad y el modelo regulatorio burocrático demuestran una ilusión: la imploración, y necesidad del mercado de la intervención del Estado en los momentos de crisis se demuestra que el mismo no se puede abstener por completo, ni tampoco actuar de forma subsidiaria. Ya es el momento de que ambos caminen juntos, Estado e iniciativa privada, compartiendo pérdidas y ganancias (económicas, sociales, políticas, morales, etc.). No puede el Estado ser la salvación de las locuras del privado ni

el privado el sufridor de las consecuencias de la ineficiencia estatal. Solamente el equilibrio llevará al desarrollo. La transparencia y la multipolaridad del poder deberán ser el portavoz de la nueva coyuntura, eliminando cualquier tentativa de dominio o concentración de manera enérgica. Esta nueva visión sugiere un nuevo paradigma que debe, y está siendo construido. Paradigma éste que debe derivarse de la conjunción de los Estados y de la iniciativa privada. Debe quedar claro que uno, no existe sin el otro. Ahora mas que nunca deberá quedarse plenamente asegurado que el mercado no existirá sin un Estado actuante y que aquél solamente resolverá sus problemas con mecanismos de intervención eficientes. La solidaridad será la palabra clave y quizá podrá, de aquí en adelante, surgir una auto-regulación regulada, donde los límites y las reglas impuestas por los propios empresarios además de claras sean constantemente supervisadas y fiscalizables por el Estado.

Palabras claves: orden económica; actuación; intervención; actividad económica; servicio público; actividad absorbente y participativa; intervención indicativa, incitativa e imperativa.

Résumé

Vu le contexte du changement intervenu au cours du XXI^{ème}. siècle et le début de l'émergence de l'État post-moderne, l'étude a tenté / essayé de classer, d'expliquer et de comparer les différentes formes d'action et d'intervention de l'Etat brésilien dans l'économie. Démarrant avec l'exposition des différentes natures juridiques des diverses actions de l'État dans l'économie, qui témoignent d'une possible alternative: ou bien cette action sera configurée comme un service public (privé ou non privé), ou encore comme une activité économique au sens strict du terme (monopolisée ou de non-monopolisée). En outre, sont mentionnées deux formes d'intervention de l'Etat: prestational lorsque l'État agit directement dans l'économie, ou la non-prestational, agissant sur l'économie. Dans le cadre de l'intervention prestational, l'État agit de forme absorbante ou participative. Lorsque les actuaciones sont dites absorbantes, trois seraient les possibilités: exclusive, complète ou partielle. Cependant, quand on parle de forme participative, il a été montré que l'État pouvait intervenir ou en régime de concurrence avec des entreprises privées (participation concurrence), ou en vertu d'une imposition constitutionnelle/légale, exigeant d'intervenir d'une façon conjointe avec le secteur privé (participation dite imposée). Il a aussi été montré que, dans l'activité non-prestationale, deux sont les formes d'actions de l'État dans l'exercice de la fonction administrative: déontique ou non déontique. Ces dernières représentent la forme d'intervention indicative. Déjà, les actions déontiques apportent deux formes d'intervention: incitative et imposée. Notre recherche, en général, a pour mission de devenir un frein aux abus, limitant le pouvoir discrétionnaire disponible à la fois en termes d'action et d'intervention de l'État dans l'économie. Nous sommes arrivés à la conclusion de ce que l'excès de liberté et du modèle réglementaire bureaucratique montrent une illusion: l'imploration et la nécessité du marché pour l'intervention de l'État en période de crise démontrent que celui-ci ne saurait s'y abstenir. Il est temps de marcher ensemble, l'État et l'entreprise privée, de partager des profits et des pertes (économiques, sociales, politiques, morales, etc). L'État ne peut pas exercer de sauveteur face à la folie du secteur privé ni le secteur privé doit subir les conséquences de l'inefficacité de l'État. Seul l'équilibre conduira

au développement. La transparence et la multipolarité du pouvoir doivent être les portes-parole de ce nouvel environnement, ils doivent éliminer toute tentative de domination ou de concentration d'une forme énergétique. Cette nouvelle vision suggère un nouveau paradigme qui doit, et est en train d'être construit. Paradigme qui doit découler de la combinaison d'États et de l'initiative privée. Il doit être clair que l'un ne peut pas exister sans l'autre. Plus que jamais, il doit être pleinement assuré que le marché ne peut pas exister sans un État actif et que celui-là devrait seulement résoudre ses problèmes avec des mécanismes d'intervention efficaces. La solidarité est le mot-clé, et peut-être qu'elle pourra, dorénavant, faire surgir une auto-régulation réglementée, où les limites et les règles imposées par les entrepreneurs soient claires ainsi que constamment vérifiables et contrôlées par l'État.

Mots-clés: ordre économique; action; intervention; activité économique; service public; activité absorbante et de participation; intervention indicative, incitative et impérative.

Abreviaturas e Siglas

§	- Parágrafo
AAVV	- Autores Varios
ABRAEC	- Associação Brasileira de Empresas de Courier
AC	- Apelação Cível
ACP	- Ação Civil Pública
Ad hoc	- para isto ou específico
ADC	- Ação Declaratória de Constitucionalidade
AdC	- Autoridade da Concorrência
ADCT	- Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn ou ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AG	- Agravo de Instrumento
AGRAR	- Agravo Regimental na Ação Recisória
AGRSEL	- Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Liminar
AI-AgR	- Ag. Reg. no Agravo de Instrumento
AIS	- Ações Integradas de Saúde
AITP	- Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso
AL	- Alagoas
ALCA	- Área de Livre Comércio das Américas
AM	- Amazonas
AMFORP	- American and Foreign Power Empresa Cliente
AMS	- Apelação em Mandado de Segurança
ANACOM	- Autoridade Nacional de Comunicações
ANATEL	- Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	- Agência Nacional de Cinema
ANEEL	- Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	- Agência Nacional do Petróleo
ANS	- Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANSC	- Agência Nacional de Serviços de correios
ANVISA	- Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AP	- Amapá

APEC	- Asia Pacific Economic Cooperation
APEX	- Agência de Promoção de Exportações do Brasil
APREI	- Association du Personnel Relevant des Etablissements pour Inadaptés
Apud	- Na obra deapud citado- Significando conforme segundo Art./Arts.- Artigo/Artigos
ASMAE	- Administradora de Serviços do Mercado Atacadista de Energia Elétrica
BACEN	- Banco Central do Brasil
BNDES	- Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BOE	- Boletín Oficial del Estado
c/c	- Combinado com
CADE	- Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Cap	- Capítulo
CAPES	- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CB	- Constituição Brasileira
CC	- Código Civil
CCPE	- Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CE	- Ceará
CE	- Constituição Espanhola
CE	- Comunidade Européia/Tratado de Roma de 1957 com suas modificações
CECA	- Comunidade Européia do Carvão e do Aço
CEDIPRE	- Centro de Estudos de Direito Público e Regulação
CEE	- Comunidade Econômica Européia
CEEA	- Comunidade Européia de Energia Atômica
CEEE	- Companhia Estadual de Energia Elétrica do Rio Grande do Sul
CELG	- Centrais Elétricas de Goiás
CELUSA	- Centrais Elétricas de Urubupungá S.A
CEMIG	- Centrais Elétricas de Minas Gerais
CETERP	- Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto
CF	- Constituição Federal
CHESF	- Companhia Hidro Elétrica do São Francisco

CHEVAP	- Companhia Hidroelétrica do Vale do Paraíba
CI	- Constituição Italiana
CIG	- Conferência Intergovernamental
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
CNAEE	- Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica
CNPE	- Conselho Nacional de Política Energética
CNPJ	- Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
CNPq	- Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
Co	- Company
CODELCO	- Corporação do Cobre
COHEBE	- Companhia Hidro Elétrica de Boa Esperança
COM	- Comissão das Comunidades Europeias
CONAB	- Companhia Nacional de Abastecimento
CONASP	- Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária
CONCINE	- Conselho Nacional de Cinema
Const.	- Constituição
CONSU	- Conselho de Saúde Suplementar
CONTEL	- Conselho Nacional de Telecomunicações
Coord.	- Coordenador
CPC	- Código de Processo Civil
Crf	- Conforme
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	- Constituição da República Portuguesa
CRT	- Companhia Riograndense de Telecomunicações
CTN	- Código Tributário Nacional
CTT	- Correios de Portugal S.A
D.F	- Distrito Federal
D.O	- Diário Oficial
DCT	- Departamento de Correios e Telégrafos
DENTEL	- Departamento Nacional de Telecomunicações
DETRAN	- Departamento de Trânsito
DF	- Distrito Federal
dir	- Diretor
DJ	- Diário de Justiça

DJU	- Diário de Justiça da União
DL	- Decreto-lei
DNAE	- Departamento Nacional de Águas e Energia
DNAEE	- Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
DNPM	- Departamento Nacional de Produção Mineral
DOUE ou DOCE	- Diario Oficial de la Unión Europea
Dr.	- Doutor
DRT	- Delegacia Regional do Trabalho
E.g.	- Egrégio
EC	- Emenda Constitucional
ECA	- European Competition Authorities
ECT	- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos
ed.	- Edição
EDF	- Electricité de France
ELETOBRÁS	- Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
EMBRAPA	- Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
EMBRATEL	- Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A.
EMI	- Exposição de Motivos Interministerial
EMS	- Serviços de Correio Expresso
EP	- Empresa pública
ERP	- Planejamento de Recursos da Empresa
ERS	- Entidade Reguladora da Saúde
ESCELSA	- Espírito Santo Centrais Elétricas S.A.
<i>Et. al.</i>	- E outros
Etc.	- Etecetera
EUA	- Estados Unidos da América
EURATOM	- Comunidade Européia de Energia Atômica
Ex.:	- Exemplo
FCC	- Federal Communications Commission
FFE	- Fundo Federal de Eletrificação
FGV	- Fundação Getúlio Vargas
FIFA	- Federação internacional de futebol
FISTEL	- Fundo de Fiscalização das Telecomunicações
FITP	- Fundo de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso
FJ	- Fundamento Jurídico
FMI	- Fundo Monetário Internacional,

FNT	- Fundo Nacional de Telecomunicações
FURNAS	- Central Elétrica de Furnas
GCE	- Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica
GCOI.	- Grupo Coordenador para Operação Interligada
GCPS	- Grupo Coordenador de Planejamento dos Sistemas Elétricos
GG	- <i>Grundgesetz</i>
IAA	- Instituto do Alcool e do Açúcar
IBAMA	- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
<i>Ibidem ou ibid</i>	- na mesma obra
ICP	- Instituto de Comunicação de Portugal
<i>idem ou id</i>	- igualmente a anterior
<i>In</i>	- Dentro de
INAMPS	- Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
Inc.	- Inciso
INPI	- Instituto Nacional da Propriedade Industrial
IPEA	- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IUEE	- Imposto Único sobre Energia Elétrica
JOCE	- Jornal Oficial das Comunidades Europeias
LC	- Lei Complementar
LGDJ	- Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LGT	- Lei Geral de Telecomunicações
LIGHT	- Brazilian Traction, Light and Power Company
m.	- Mês
MA	- Maranhão
MAE	- Mercado Atacadista de Energia
MC	- Ministério das Comunicações
MERCOSUL	- Mercado Comum do Sul
MF	- Ministério da Fazenda
MG	- Minas Gerais
MME	- Ministério de Minas e Energia
MPF	- Ministério Público Federal
MS	- Mandado de Segurança
MT	- Mato Grosso

n.	- Número
NCC	- Novo Código Civil
Núm.	- Número
OECE	- Organização Européia de Cooperação Económica
OMC	- Organização Mundial do Comercio
ONS	- Operador Nacional do Sistema Elétrico
ONU	- Organização das Nações Unidas
<i>Op. cit.</i>	- <i>Opus citatus</i> (obra citada)
Org.	- Organizador
OTAN	- Organização do Tratado do Atlântico Norte
p.	- Página
PA	- Pará
Pars	- Parágrafo
PASTE	- Programa de Recuperação e Expansão dos Sistemas de Telecomunicações e Postal
PB	- Paraíba
PCMSO	- Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional
PE	- Pernambuco
PETROBRAS	- Petróleo Brasileiro S.A.
PGR	- Procuradoria Geral da República
PI	- Piauí
PL	- Projeto de Lei
PND	- Programa Nacional de Desestatização
pp	- Página
PPP	- Parcerias Público-privadas
PPRA	- Programa de Prevenção de Riscos de Acidentes
PR	- Paraná
Pres.	- Presidente
PUF	- Presses Universitaires de France
R&D	- Research and Development
RADIOBRÁS	- Empresa Brasileira de Radiodifusão S.A.
RDC	- Resolução Diretoria Colegiada
RE	- Recurso Extraordinário
Rel.	- Relator
RENCOR	- Reserva Nacional de Compensação de Remuneração
REOMS	- Remessa Ex Offício em Mandado de Segurança

RESP	- Recurso Especial
RJ TRAMWAY	- Rio de Janeiro Tramway, Light and Power EmpresaCliente
RJ	- Rio de Janeiro
RMS	- Recurso em Mandado de Segurança
ROMS	- Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RS	- Rio Grande do Sul
RSTJ	- Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul
S.A. ou S/A	- Sociedade Anônima
SC	- Santa Catarina
SDE	- Secretaria de Direito Econômico
SEAE	- Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEBRAE	- Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
SEC	- Sistema Europeu de Contas
SEM	- Sociedade de Economia Mista
SGDB	- Sistema Gerenciador de Banco de Dados
SICAF	- Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
SIEG	- Serviço de interesse econômico geral
SIMPLES	- Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno Porte
SIN	- Sistemas Interligados Brasileiros
SINTREL	- Sistema Nacional de Transmissão de Energia Elétrica
SMC	- Serviços Móvel Celular
SNC	- Sistema Nacional de Correios
SNS	- Serviço Nacional de Saúde
SONATRACH	- Companhia nacional de hidrocarburetos
SOTELCA	- Sociedade Termoelétrica de Capivari
SP RAILWAY	- São Paulo Railway, Light and Power EmpresaCliente
SP	- São Paulo
Sr.	- Senhor
ss.	- Seguintes
SSTC	- Sentenças do Tribunal Constitucional
STC	- Sentença do Tribunal Constitucional
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
STS	- Sentença do Tribunal Supremo
SUNAB	- Superintendência Nacional de Abastecimento

SUS	- Sistema Único de Saúde
TAC	- Termo de Ajustamento de Conduta
TC	- Tribunal Constitucional
TCAC	- Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta
TCE	- Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia
TEDH	- Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TELEBRÁS	- Telecomunicações Brasileiras S.A.
TERMOCHAR	- Termoeletrica de Charqueadas S. A.
TFUE	- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	- Tribunal Geral
TJCE	- Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	- Tribunal de Justiça da União Europeia
TO	- Tocantins
TPI	- Tribunal de Primeira Instância
TR	- Taxa Referência
TRF	- Tribunal Regional Federal
TUE	- Tratado da União Europeia
U.S.	- United States of America
UE	- União Europeia
UF	- Unidade Federativa
UFRJ	- Universidade Federal do Rio de Janeiro
UFSC	- Universidade Federal de Santa Catarina
UNSTA	- Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino
UPU	- União Postal Universal
URSS	- União de Repúblicas Socialistas Soviéticas
USP	- Universidade de São Paulo
v.	- Versus
v.	- Volume
Vol.	- Volume
YPF	- Yacimientos Petrolíferos Fiscales

Prefácio 1ª Edição

A obra denominada “*Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*”, de autoria do Mestre ANDRÉ SADDY, trata de uma fecunda ponte entre Brasil e Portugal em que classifica, compara, diferencia e define os diversos institutos de atuação e intervenção do Estado na economia.

Em um momento no qual o Brasil reacende a sua posição de potência mundial, com elevadas taxas de crescimento econômico que atraem mais investimentos nacionais e internacionais, torna-se da maior importância uma abordagem jurídica que reflita essa nova e saudável conjuntura econômica, marcada, por certo, por um período de estabilidade e continuação das mais importantes políticas públicas, reflexo de um evidente amadurecimento institucional de uma democracia ainda jovem.

É nesse contexto que o autor propõe um aprofundamento das instigantes questões que gravitam em torno do Direito Público Econômico brasileiro.

Depois de fixar as premissas que serviriam para o desenvolvimento do trabalho, o autor, partindo das memoráveis e consolidadas lições do Professor e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, EROS ROBERTO GRAU, examina as diversas formas de intervenção do Estado na economia sob outra perspectiva, exercendo o papel que se espera dos estudiosos que se dispõem a formular e contribuir para a doutrina jurídica pátria.

A honra de prefaciá-la com esse mérito é mais um motivo de orgulho em relação ao autor, que, também, participou ativamente de importantes passos do Escritório Juruena e Associados - Advogados, desde os tempos de estagiário até o atual momento como parceiro e permanente colaborador.

Certamente, esse envolvimento com a Academia – em especial com o Direito Administrativo – foi despertado no autor pelo ilustre Professor Marcos Juruena Villela Souto, que formou uma geração de alunos, amigos e profissionais da área jurídica, sempre norteado por ideais de justiça e na busca de uma sociedade mais igualitária.

André Saddy foi um desses discípulos que honrou o nome do mestre, buscando novos caminhos, reflexões críticas e aprofundamento nos estudos, com o enorme mérito de ousar e ser propositivo, o que exige coragem e, acima de tudo, capacidade e talento.

O trabalho em questão – que, frise-se, é de grande utilidade para todo e qualquer profissional da área jurídica –, tem o valor de ser essencialmente didático, usando figuras e tabelas para ilustrar as distintas classificações e apresentar estudos de setores com a intenção de particularizar cada forma de atuação e intervenção analisada.

Não fosse tudo isso, o trabalho de pesquisa é ilustrado com um elevado número de jurisprudências dos mais diversos tribunais brasileiros e estrangeiros, entre eles as cortes constitucionais ou equivalentes norte-americanas, inglesas, portuguesas, espanholas, francesas, italianas, alemãs e o Tribunal de Justiça da União Européia, Tribunal Geral e Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

É essa visão diferenciada e profunda que talvez tenha levado ANDRÉ SADDY a receber para a realização do Mestrado a bolsa de estudos do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Européia para América Latina, e ter ganhado o Prêmio Prof. Dr. Jorge Miranda – NELB, de melhor aluno na área de Administração Pública, do curso de Mestrado, com a média geral de 16,3 valores, dentre os alunos desta área do ano letivo de 2006/2007, da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

Não foi, pois, sem razão, que a defesa pública deste trabalho, presidida pelo ilustre Prof. Dr. Marcelo Rabelo Sousa – Prof. Catedrático (UL - presidente) na companhia dos demais Profs. Drs. Casalta Nabais – Prof. Associado (UC – arguente), David Duarte (orientador) – Prof. Auxiliar (UL – coordenador), Luís de Moraes – Prof. Auxiliar (UL – arguente) e Margarida Silva Pereira – Prof. Auxiliar (UL), mereceu a valoração de 18, tida como nota máxima e obtida por menos de 10% dos quase 130 alunos de Mestrado daquele ano letivo.

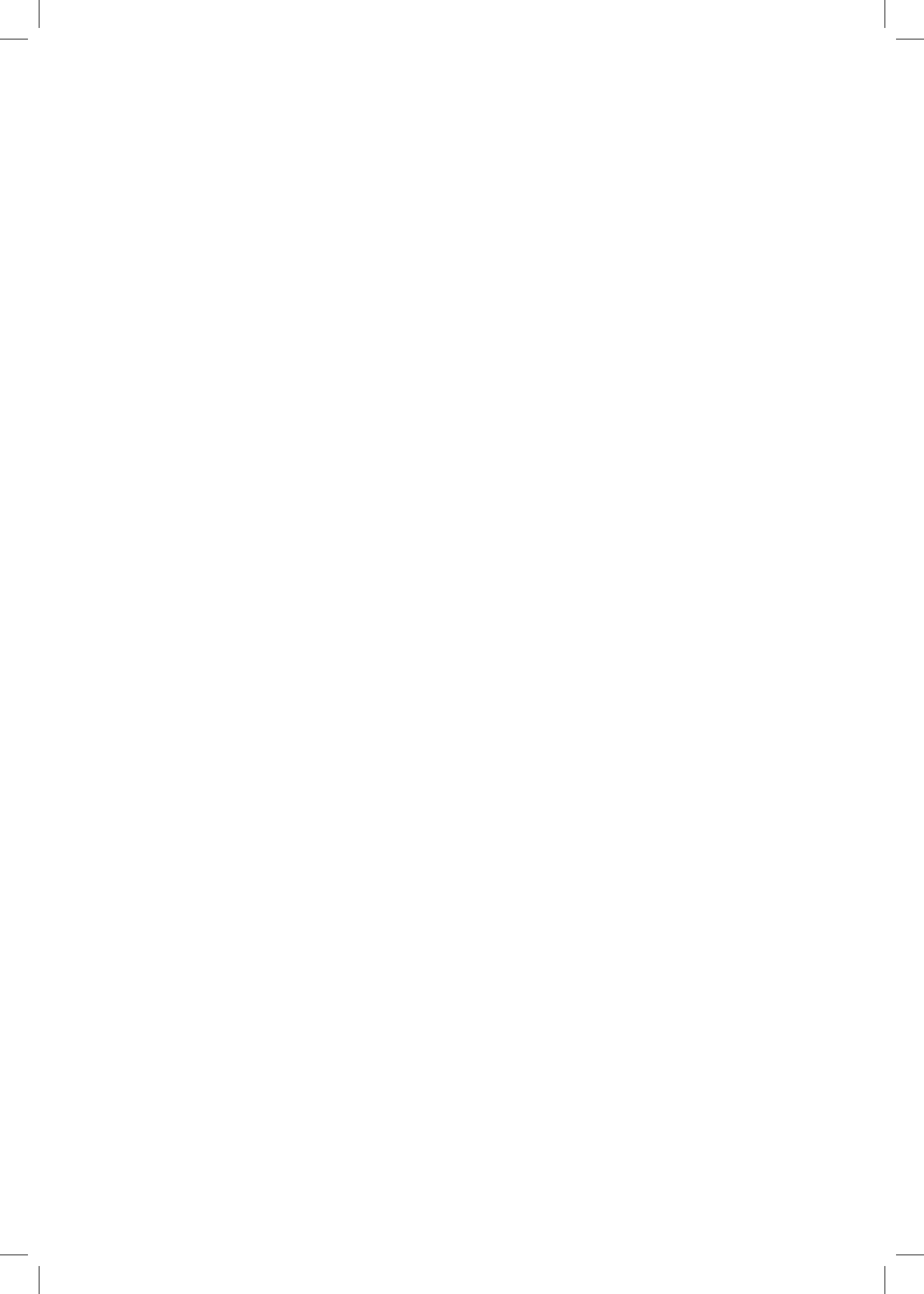
Para cada um de nós, honra-nos ver um querido amigo e colega de trabalho desde o tempo do nosso convívio diário no escritório Juruena e Associados, despontar com uma obra que certamente engrandecerá a doutrina pátria sobre o tema.

Temos a certeza que o nosso querido irmão MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO – eternamente presente em nossas mentes, almas e corações – está, nesse momento, orgulhoso do caminho traçado por seu pupilo que, apesar de tão jovem, é pesquisador de duas das maiores e melhores universidades do mundo, Universidad Complutense de Madrid e University of Oxford.

Há, de nossa parte, a convicção de que essas palavras exprimem com fidelidade o que o nosso querido MARCOS pensa e sente a respeito do autor, o que, aliás, é compartilhado por todos que ora subscrevem esse prefácio, sempre registrando o enorme orgulho do pupilo e na certeza de que este é o início de uma caminhada que se revela extremamente promissora para as letras jurídicas do país.

Rio de Janeiro, março de 2011

*Flávio Amaral Garcia
Paulo César Melo da Cunha
Aline Paola C. B. Camara de Almeida*



Introdução

Considerando o contexto das transformações do século XXI e o principiar do surgimento de um Estado pós-moderno, este trabalho busca tratar das distintas formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia, demonstrando possuírem, essas, um caráter imprescindível num Estado que visa garantir segurança – entendida esta como previsibilidade e certeza – além de contribuir para a geração de um clima de confiança que favoreça as relações econômicas. Seu estudo e aprofundamento podem converter-se num freio a práticas abusivas, limitando a discricionariedade existente tanto na atuação como na intervenção do Estado na economia.

O trabalho abordará as formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia. É, neste contexto, com todos os desafios e dificuldades que a matéria convoca, que o presente estudo se enquadra. Tenta-se, assim, realizar uma captação realista dos problemas e uma construção adequada e sólida na procura de respostas aos mesmos. Trata-se de um trabalho com propósitos acadêmicos, mas no qual se encontra uma grande preocupação de sincronia com os modernos desafios que a atuação e intervenção do Estado na economia trazem para o Direito Público e, em específico, para o Direito Administrativo¹. Visa não apenas propiciar uma compreensão útil e atualizada sobre o “*estado das coisas*”, mas também fornece pistas originais de reflexão a terem-se em conta e a serem consideradas no futuro. Pretende representar, assim, um contributo para a análise crítica e compreensão da matéria, e não uma mera descrição de fatos ou institutos.

Limita-se o trabalho ao estudo da classificação e a explicação das distintas formas de atuação e intervenção do Estado na economia. Ou seja, tratará da

1 A intervenção do Estado na economia é linha de investigação compartilhada, principalmente, com especialistas de Direito Constitucional e Direito Administrativo, mas também corresponde papel importante no Direito Penal, vez que a preservação da ordem econômica constitui um objetivo de política criminal que é tipificado por diversos tipos penais. Não se estudará essa última vertente, para maiores esclarecimentos vide, entre outros: BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001; CABANA, Patricia Faraldo. Los delitos societarios (aspectos dogmáticos y jurisprudenciales). Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Derecho penal económico. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002; e BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (Dir.). Derecho penal de la empresa. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002.

atividade econômica em sentido amplo, como toda e qualquer forma de atuação na economia. Traçará as distintas naturezas jurídicas das diferentes atuações estatais na economia, demonstrando haver uma única alternativa possível: ou tal atuação será configurada como um serviço público ou como uma atividade econômica em sentido estrito.

Ademais, evidenciará que são duas as possibilidades que poderão se configurar quando o Estado intervém: prestacional, quando atua diretamente na economia, explorando determinada atividade econômica; ou não-prestacional, atuando sobre a economia, não exercendo atividade econômica de maneira direta. Também demonstrará que, dentro da intervenção prestacional, o Estado poderá atuar de forma absorviva ou participativa. Quando atuar por absorção, três serão as possibilidades: exclusiva, que seria a exploração de toda uma atividade, por completo e não apenas um segmento ou parte da atividade; completa, que seria a exploração de determinado segmento da atividade, não se trata de uma completa atividade, mas sim de um segmento inteiro dentro da atividade; e parcial, que seria a reserva de mercado de determinada parte do segmento de distinta atividade econômica. Agora, quando intervir de forma participativa, demonstrará que o Estado poderá intervir ou em regime de competição com empresas privadas, propondo-se a disputar determinado setor com o privado (participação concorrencial); ou por uma imposição constitucional/legal, que obrigue a intervir em determinada atividade de maneira conjunta com a iniciativa privada (participação impositiva). Também, irá se evidenciar que, na atividade não-prestacional, duas são as formas de ações do Estado no exercício da função administrativa. As inseridas no plano do dever ser com produção de alterações no ordenamento e uso de linguagem diretiva, seriam as ações deônticas e, todas as restantes, que estão no plano do ser, sem produção de alterações no ordenamento e sem uso de linguagem diretiva, seriam as ações não-deônticas. Estas últimas trazem a forma de intervenção indicativa, configurada apenas como um sinal a alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada. Já as ações deônticas trazem duas formas de intervenção. A incitativa, que ocorre quando o Estado não apenas sinaliza, mas pretende também o engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins; e a impositiva quando o Estado obriga que a iniciativa privada atue de determinada maneira, de forma cogente.

Logo, o que justifica a presente investigação é a classificação e comparação dos diferentes institutos de atuação e intervenção do Estado na economia. É

certo que toda classificação é, por definição, insuficiente ou inexpressiva. No entanto, sua funcionalidade é evidente e necessária. A dúvida e insegurança na hora de definir o raio de ação do direito deixam evidente a necessidade periódica de reanalisar as pautas habitualmente seguidas pela doutrina. Essa é a justificativa e o principal objetivo do presente trabalho.

Não obstante, conhecer a existência de exaustivos trabalhos portugueses, brasileiros e mundiais que abordam as formas de atuação e intervenção do Estado na economia², o tema escolhido como objetivo desta investigação assenta em

2 FONSECA, Rui Guerra da. Autonomia estatutária das empresas públicas e descentralização administrativa. Coimbra: Almedina, 2005; MOREIRA, Vital (Org.). Estudos de regulação pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, v. 1; SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito económico. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004; MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito económico. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. Autoridades reguladoras independentes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; ROQUE, Ana. Tópicos de direito económico. Lisboa: Universidad Autónoma, 2002; FERREIRA, Eduardo Paz. Direito da economia. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 2001; FERREIRA, Eduardo Paz (Org.). Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado. Lisboa: Almedina, 2000; MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito económico. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000; AMORIM, João Pacheco de. As empresas públicas no direito português: em especial, as empresas municipais. Coimbra: Almedina, 2000; OTERO, Paulo. Privatizações, reprivatizações e transferência de participações sociais no interior do sector público. Coimbra: Almedina, 1999; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Da empresarialidade: as empresas no direito. Coimbra: Almedina, 1999; OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998; VAZ, Manuel Afonso. Direito económico: a ordem económica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998; MOREIRA, Vital. Administração autónoma e associações públicas. Coimbra: Coimbra Editora, 1997; MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997; CORDEIRO, António Menezes. Direito da economia. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 1994; FRANCO, António L. Sousa; MARTINS, Guilherme D'Oliveira. A Constituição económica portuguesa: ensaio interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993; PATRÍCIO, José Simões. Bases gerais das empresas públicas. 3. ed. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 1991; MORAIS, Luís D. S. Privatização de empresas públicas: as opções de venda. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 1990; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Definição de empresa pública. Coimbra: Coimbra Editora, 1990; MIRANDA, Jorge. Direito da economia. Coimbra: Coimbra editora, 1988; CORDEIRO, Antonio Menezes. Direito da economia. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 1986; FRANCO, António L. Sousa. Noções de direito da economia. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 1982-1983; PINTO, Carlos Alberto da Mota. Direito económico português: desenvolvimentos recentes. Coimbra: Almedina, 1982; PATRÍCIO, José Simões. Curso de direito económico. 2. ed. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 1981; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Direito económico. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 1979; AMARAL, Diogo Freitas do. As modernas empresas públicas portuguesas. Lisboa: Petrony, 1971; ATAÍDE, Augusto de. Elementos para um curso de direito administrativo da economia. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1970; RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. Direito económico. Brasília: Fortium, 2005;

PETTER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004; TOLEDO, Gastão Alves de. O direito constitucional econômico e sua eficácia. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; BORGES, Alexandre Walmott. Preâmbulo da Constituição e a ordem econômica. Curitiba: Juruá, 2003; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo da economia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003; BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito econômico. São Paulo: Celso Bastos, 2003; TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003; FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2002; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito empresarial público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002; SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito constitucional econômico. São Paulo: LTr, 2001; BASTOS, Celso Ribeiro. Direito econômico brasileiro. São Paulo: Celso Bastos, 2000; GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000; SCOTT, Paulo Henrique Rocha. Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000; MUYLAERT, Sérgio Ribeiro. Estado, empresa pública, mercado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999; BENJÓ, Isaac. Fundamentos de economia da regulação. Rio de Janeiro: Thex, 1999; DANTAS, Ivo. Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 1999; VENANCIO FILHO, Alberto. A intervenção do estado no domínio econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; ATHIAS, Jorge Alex. A ordem econômica e a constituição de 1988. Belém: CEJUP, 1997; BITTENCOURT, Rubens. Instituições de direito econômico. Curitiba: Juruá, 1996; FARIA, José Eduardo. Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996; SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995; FARIA, José Eduardo. Direito e economia na democratização brasileira. São Paulo: Malheiros, 1993; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Breve introdução ao direito econômico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993; LONGO, Carlos Alberto; TROSTER, Roberto Luis. Economia do setor público. São Paulo: Atlas, 1993; MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito internacional econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993; VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993; WUILLAUME, Patrice Charles. Brasil: o desafio da abertura econômica. Rio de Janeiro: FGV, 1992; VAZ, Isabel. Direito econômico das propriedades. Rio de Janeiro: Forense, 1992; FARIA, Werter R. Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990; FILELLINI, Alfredo. Economia do setor público. São Paulo: Atlas, 1990; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direito constitucional econômico. São Paulo: Saraiva, 1990; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. A ordem econômica e financeira e a nova constituição. Rio de Janeiro: Aide, 1989; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988. Rio de Janeiro: APEC, 1989; WERNECK, Rogério L. F. Empresas estatais e política macroeconômica. Rio de Janeiro: Campus, 1987; RIANI, Flávio. Economia do setor público: uma abordagem introdutória. São Paulo: Atlas, 1986; SOUZA, Neomésio José de. Intervencionismo e direito. Rio de Janeiro: Aide, 1984; GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981; PEREIRA, Affonso Insuela. O direito econômico na ordem jurídica. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980; MUKAI, Toshio. Participação do estado na atividade econômica: limites jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979; MARIA, José Serpa de Santa. Sociedade de economia mista e empresas públicas. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1979; GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. Direito

uma perspectiva de aproximação substancialmente diferente: não se trata de verificar cada instituto em si, definindo o que seria serviço público e atividade econômica em sentido estrito, por exemplo. Nem tampouco de saber se o Estado brasileiro pode ou não intervir na economia e quando poderia o fazer. Ou mesmo, trazer à tona, a ordem econômica constitucional apenas. Visa-se traçar a nova configuração da atuação do Estado depois das transformações iniciadas no final do século XX, além, é claro, de estudar suas consequências e diferenças das distintas formas de intervenção econômica estatal.

Igualmente, é relevante assinalar que a intervenção do Estado na economia, forma disciplinadora das atividades de produção, circulação e de consumo de riquezas, que regulam os limites de intervenção do Estado na iniciativa privada, é tema clássico do Direito Público, por isso, é difícil trazer algo novo a seu estudo. Entendendo que, no Direito, é apenas possível estabelecer conexões modestamente inéditas de velhos fenômenos para que se possa compreendê-los melhor³, descarta-se, no presente trabalho, voltar aos assuntos já estudados por outras investigações, portuguesas ou brasileiras. Tem-se, aqui, a pretensão de estudar a atuação e intervenção do Estado na economia, consolidando o até

econômico. São Paulo: Saraiva, 1977; VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Teoria geral do direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977; COTRIN NETO, A. B. Da empresa pública no direito administrativo comparado. Rio de Janeiro: [s.n.], 1965; SANTAMARÍA, Jaime Abella. La ordenación jurídica de la actividad económica. Madrid: Dykinson, 2003; ORTIZ, Gaspar Ariño. Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada: Comares, 2001; MARTÍN, Eduardo Ortega. Derecho administrativo-económico. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000; UREBA, Alberto Alonso. La empresa pública: aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico. Madrid: Montecorvo, 1985; BADURA, Peter. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Athenäum, 1970; ZACHER, Hans F. Aufgaben einer Theorie der wirtschaftsverfassung. Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965; RITTNER, F. Wirtschaftsrecht. Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965; CARULLO, Antonio. Lezioni di diritto pubblico dell'economia. 3. ed. Padova: CEDAM, 2005; FRANZESE, Lucio. Ordine economico e ordinamento giuridico: la sussidiarietà delle istituzioni. Padova: Cedam, 2004; CUONZO, Lorenzo. Diritto pubblico dell'economia: profili generali. Bari: Cacucci, 1995; BENTIVENGA, Calogero. Elementi di diritto pubblico dell'economia. Milano: A. Giuffrè, 1977; CARREAU, Dominique; JUILARD, Patrick. Droit international économique. 2. ed. Paris: Dalloz, 2005; HUBRECHT, Hubert-Gérald. Droit public économique. Paris: Dalloz, 1997; LAUBADÈRE, André de; DELVOLVÉ, Pierre. Droit public économique. Paris: Dalloz, 1986; FARJAT, Gérard. Droit économique. 2. ed. Paris: PUF, 1982; JACQUEMIN, Alex. Le Droit économique. Paris: PUF, 1970; POSNER, Eric A. Law and economics. Aldershot: Ashgate, 2001; POSNER, Richard A; PARISI, Francesco. Law and economics. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 1997; KINDLEBERGER, Charles P. Economic law and economic history. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

3 NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000, p. 17.

hoje estudado, sustentando conhecimentos obtidos ao longo da vida acadêmica, desenvolvendo-os e aprofundando-os, dando uma posição crítica e pessoal sobre os mesmos, aplicando-os a um contexto de Estado Pós-moderno, ademais de refletir sobre as implicações e responsabilidades éticas e sociais que resultam desses juízos.

Enfoque através do qual se tentará responder a uma série de perguntas, tais como - Quais as distintas naturezas jurídicas existentes quando o Estado atua na economia? Pode o Estado atuar livremente na economia? Qual a efetiva zona de liberdade de atuação do Estado quando este decide ser acionista? É possível ou não reconhecer, no exercício dos poderes administrativos, uma zona de liberdade de conduta quando está se referindo à decisão de atuar diretamente na economia? Em caso afirmativo, quais são os limites impostos ao exercício dessa vontade de atuar diretamente na economia? Quais técnicas jurídicas devem ser utilizadas para a verificação do adequado cumprimento dos eventuais limites que venham a existir? Existem outras formas de atuação na economia que não sejam diretas? Quais? A prestação do serviço público diferencia-se quando se trata das evoluções que o Estado vem passando? Como foi e como está configurado o sistema francês de serviço público? Qual a configuração europeia dos serviços públicos? Essa configuração europeia pode ser caracterizada como uma nova configuração dentre os sistemas de serviços públicos existentes? Em sendo, Brasil a adotou? São os serviços públicos prestados em regime privado a tradução brasileira dos serviços de interesse econômico geral? Em caso afirmativo, é compreensível a adoção brasileira do sistema europeu? Quais as diferenças entre o serviço público prestado em regime público e aquele prestado em regime privado? O Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu tais formas de prestação de serviço público? Como se define atividade econômica em sentido estrito? Existe intervenção sem atuar diretamente na economia? É possível ao Estado concorrer com a iniciativa privada? Existem casos em que a Constituição ou a lei imponham ao Estado sua intervenção na economia? Quando o Estado apenas sinaliza alguma direção, sem exigir qualquer compromisso da iniciativa privada, está ele intervindo? Quais as consequências de uma intervenção em que o Estado pretenda o engajamento da iniciativa privada? Entre muitas outras questões.

Ressalta-se que o trabalho analisará um conjunto complexo de problemas, tentando passar uma visão didática sobre o tema, mas, em momento algum, tem a pretensão de fazer uma exposição completa e exaustiva do mesmo.

O trabalho foi realizado pensando-se na prática da Administração Pública, porém é certo que, mesmo no contexto da prática administrativa, a exposição científica de um trabalho, como o aqui pretendido, necessita de metodologia suficientemente didática para que o jurista possa utilizá-la.

No desenvolvimento do estudo, optou-se por uma metodologia que engloba fórmulas descritivas, indutivas, dedutivas, *ad auctoritate* e documentais. Por vezes, são relatados conceitos de publicistas renomados – alguns e não todos – procurando-se extrair deles um corte nuclear comum. Outras vezes, parte-se de noções gerais para específicas, tudo, com o intuito de tornar mais seguras as conclusões.

Com tais objetivos fixaram-se, de início, premissas que serviram para o desenvolvimento do trabalho. Demonstrar-se-á, no primeiro capítulo, o surgimento do Estado, os principais modelos até hoje existentes e seus distintos aspectos relacionados com a atuação e intervenção do Estado na economia. Também se abordarão as constantes transformações experimentadas atualmente pela humanidade, com a intenção de passar uma visão global dos atuais modelos estatais, expondo as funções e atividades do poder executivo que mudaram e tendem a mudar com a evolução para um Estado pós-moderno. Este capítulo, por fim, tratará da ordem econômica constitucional brasileira.

No segundo capítulo, verificar-se-ão as distintas formas de atuação do Estado na economia. Versará tal capítulo sobre os serviços públicos privativos e não-privativos. Irá se comparar os serviços públicos privativos prestados em regime privado com os serviços de interesse econômico geral da União Europeia, uma vez que se afirma ser o primeiro a versão brasileira deste; e com os serviços públicos prestados em regime público. Analisar-se-á esse novo sistema na estrutura prestacional de serviço público brasileira, enfocando se este é o melhor sistema e quais os cuidados que se deve ter na implementação deste no contexto brasileiro. Além disso, no capítulo, serão apontadas as diferentes modalidades de atividade econômica em sentido estrito, qual seja, a monopolizada e a não-monopolizada.

No terceiro e último capítulo, demonstrar-se-á que a intervenção do Estado na economia é uma forma de dever-poder discricionário do Estado e classificar-se-ão suas distintas formas. Será, então, averiguada a existência de uma intervenção em que o Estado atua na economia, chamada de intervenção prestacional. Nesta, evidenciar-se-ão distintas formas de intervenção: uma absorviva e outra participativa, cada qual com suas distintas subdivisões. A primeira podendo ser total, ou melhor, exclusiva, completa ou parcial. E a

segunda - concorrencial ou impositiva. Em cada uma dessas, o Estado poderá associar-se ao privado de forma colaborativa ou mediante outorga. Analisar-se-á, também, três formas de intervenção não-prestacional quando o Estado atua sobre a economia sem prestar qualquer atividade, sendo elas as formas indicativa, incitativa, imperativa. Respectivamente a cada uma dessas modalidades de intervenção, far-se-á uma análise particular depois da configuração global das mesmas.

Com a intenção de particularizar cada forma de atuação e algumas das formas de intervenção do Estado na economia, juntaram-se ao trabalho estudos de setores, descrevendo os mesmos e induzindo, pelos conhecimentos oferecidos na parte teórica, a uma realidade prática. Sua finalidade é produzir novos conhecimentos ao leitor, confirmando a teoria que já terá se estudado. Pretende-se com essa técnica, estudar e descrever certa realidade, evidenciando respostas a perguntas da investigação e proporcionando ao leitor uma visão mais prática dos distintos temas.

Em benefício da clareza, primou-se que o texto tratasse dos pontos principais que compreendem a matéria, reservando-se para as notas de rodapé as referências complementares, tidas como importantes para o desenvolvimento do trabalho, disponibilizando, sempre que a citação permita, ao leitor mais interessado a rápida localização das fontes.

Aclara-se que o trabalho tratará, essencialmente, do Direito brasileiro. Sendo evidente que muitos conceitos, indiretamente vinculados aos temas, devem ser previamente conhecidos pelo leitor, não se deixou de fazer referência, em notas de rodapé, a estudos que o definem, uma vez que se crê não ser, no presente trabalho, a sede própria para tratar deles. Por outro lado, outros conceitos também indiretamente vinculados ao trabalho serão definidos, pois são de extrema necessidade para a compreensão do que está sendo tratado.

De qualquer modo, por abordar apenas as formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia, também se reservarão às notas de rodapé, como não poderia deixar de ser, as referências ao Direito português. Em momento algum, tem o estudo a pretensão de realizar uma análise comparativa – de Direito Comparado – entre tais países, busca-se, tão somente, uma vez que a investigação foi realizada no âmbito do Mestrado em Administração Pública da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, trazer ao leitor pequenas referências doutrinárias a respeito de determinados assuntos abordados ao longo do trabalho.

Ademais, estão contidas, nas notas de rodapé, as jurisprudências⁴ do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais (das 5 regiões), analisadas até o dia 31 de dezembro de 2015. Isso feito, tendo-se a intenção de ilustrar a problemática estudada em casos concretos, bem como de fundamentar determinados entendimentos conforme a prática judiciária. A jurisprudência analisada, em sua grande maioria, foi transposta de uma maneira que o leitor não perca a noção completa do entendimento jurisprudencial, destacando-se as partes importantes para a investigação. No mais, muitas das jurisprudências citadas possuem precedentes idênticos nos tribunais analisados, no entanto, limitou-se a transpor apenas as jurisprudências mais recentes ou as que possuem importância ou determinância em torno da qual outras gravitam. Há de mencionar, também, que, em não poucos casos, repete-se a jurisprudência ao longo do trabalho, ressaltando, porém, outra parte da mesma.

Igualmente, acrescentaram-se jurisprudências de outros ordenamentos, analisadas até o dia 31 de dezembro de 2015, com intuito de melhor compreender o ordenamento em análise, qual seja o brasileiro. Far-se-ão referências às sentenças das cortes constitucionais ou equivalentes norte-americanas, inglesas, portuguesas, espanholas, francesas, italianas e alemãs. Por mais que a função das cortes constitucionais não seja essencialmente o controle da atuação administrativa, preferiu-se limitar a transpor a jurisprudência de tais cortes, vez que são esses os órgãos detentores das últimas palavras no âmbito jurídico. Não se busca com essas breves notas uma perspectiva de Direito Comparado, mas pretende-se descobrir elementos que, no Direito brasileiro, possam passar despercebidos. A ideia é que tais decisões possam transpassar as tradições constitucionais comuns dos principais Estados-membros na União Europeia, como fonte de inspiração para interpretar os diferentes objetos do estudo no trabalho.

Do mesmo modo, não se deixou de conhecer, ainda que de modo breve e sistemático, o Direito Comunitário e sua aplicação pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia – TJCE (atual Tribunal de Justiça da União Europeia - TJUE) e pelo Tribunal de Primeira Instância – TPI (atual Tribunal Geral - TG), já que estes exercem um importante papel no controle da Administração Pú-

4 Costuma-se dizer que a lei reina, mas a jurisprudência governa. E assim é porque a lei, por melhor que seja, não terá eficácia se não for corretamente interpretada e fielmente aplicada. Vale dizer que o legislador apenas cria a lei, mas esta, por mais ampla e perfeita que seja, não passa de um capítulo do Direito, dependente da atuação do juiz para alcançar sua completude.

blica. A ideia é confirmar uma determinada linha de interpretação ou prantear a possibilidade de soluções alternativas. Ressalta-se que apesar da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que altera o nome de ambos Tribunais, manteve-se no presente trabalho a denominação anterior, respeitando-se o nome originário, pois as jurisprudências mencionadas são anteriores a tal modificação.

E, ainda com relação à jurisprudência, serão analisados alguns entendimentos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Apesar do Convênio Europeu de Direitos Humanos e seus Protocolos Adicionais não terem reconhecidos expressamente o direito à livre iniciativa econômica, a importância que esse tem no ordenamento do Conselho da Europa e em todo mundo, além do fato deste ter, ao longo de sua existência, ampliado o conteúdo de alguns dos direitos lá estipulados para amparar bens jurídicos relacionados com a liberdade de empresa, levam a que tais jurisprudências também sejam de primordial importância.

Quanto à terminologia empregada, torna-se importante, já na introdução, esclarecer a existência de conceitos diversos sobre o mesmo fenômeno. Utiliza-se intervenção do Estado na economia, atuação do Estado na economia, intervenção no domínio econômico, intervenção do Estado na ordem econômica, intervenção estatal na economia, intervenção do Estado na atividade econômica, intervenção pública na economia, entre outras. A rigor existem diferenças semânticas entre os vocábulos, no entanto, todos reportam a um mesmo fenômeno, como se observará ao longo do trabalho. De todo modo, parece mais apropriada a expressão intervenção do Estado na economia, que significa ação e efeito do Estado de intervir na economia.

O mesmo passa com a terminologia livre iniciativa (econômica), que tem como sinônimos a iniciativa econômica (privada e pública), liberdade de empresa, liberdade de iniciativa (econômica), liberdade de indústria e comércio, entre outros. Adotar-se-á, salvo quando se realizar citação ou paráfrase de autores ou jurisprudência, a terminologia livre iniciativa com o significado de que essa assegura a todos o direito de ingressar, manter e sair do mercado, mas não se torna certo o direito de todos o fazerem sob iguais condições, repudiando-se, no entanto, qualquer forma de discriminação que instaure condições de competitividade diferentes.

Por fim, registra-se que o trabalho não representa proposta política-ideológica de reduzir o campo de atuação do poder judiciário ou mesmo de fundamentar a concessão de mais poderes à Administração Pública, busca-se simples e modestamente agregar valor à literatura existente, sem fazer mera compilação acrítica de textos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

Capítulo I

Estado Pós-Moderno, Administração Pública e Ordem Econômica

1.1 Estado, função executiva e Administração Pública

O homem é ser gregário que precisa do próximo para conviver e cooperar no alcance dos fins de sua existência, no entanto, cada qual possui a faculdade de transformar suas vontades em atos.

Poder é a energia que movimenta o homem e as sociedades para a realização de objetivos; é o que move indivíduos e grupos na busca de suas realizações⁵. Por óbvio, que, aos poucos, diversas instâncias sociais de poder colidem, fazendo-se necessários mecanismos que garantam segurança, como uma espécie de previsibilidade do curso dos acontecimentos. Nesse movimento, surgiu o conceito de ordem como forma de organização dos fenômenos do poder, de modo a assegurar tal previsibilidade, identificando-se, em paralelo, o estabelecimento

5 É fato que o poder é um fenômeno humano indissociável da sua personalidade. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5) o define assim: “no sentido antropológico, o poder é visto como um diferencial de capacidade entre os seres humanos, que habilita a vontade qualificada a produzir efeitos que não ocorreriam espontaneamente. No sentido sociológico, o poder é considerado a energia social que se transfunde na instituição para articular a vida coletiva. No sentido político, o poder aparece como o elemento essencial da relação comando-obediência, como energia inter-relacional que move os indivíduos e as coletividades para a realização de suas respectivas finalidades: individuais, grupais, nacionais e metanacionais”.

Mais adiante, o autor afirma que as relações de poder podem ser de antagonismos, cooperação ou defrontação. Argumenta que poderes, quando confrontados, se antagonizam, tendem a entrar em conflito, ocorrendo a dominação de um e a subordinação de outro, no entanto, eventualmente, podem se compor levando à cooperação, que resultará um esforço recíproco. Logo, uma relação de antagonismo pode levar à debilitação e à extinção de um ou de ambos os poderes em conflito; por outro lado, a construção de uma relação de cooperação, ao invés, pode levar, ademais do robustecimento de ambos, eventualmente, a uma nova e mais complexa forma de integração. Para o autor, também se pode vislumbrar um estado relacional intermediário, de simples defrontação, nem de confrontação nem de cooperação (ibidem, p. 7 e 8).

de uma ordem artificialmente criada, dotada de autoridade e de imposição coativa em todo o meio social.

É o Direito que, também de maneira simplificada, seria a técnica social criada para disciplinar, limitar e conter o abuso de poder. Em outras palavras, significa que é o conjunto de normas dotadas de autoridade, que institucionalizam comandos em determinada sociedade. Ambos – poder e direito – relacionam-se dialeticamente com a noção de liberdade.

Como o poder tende a manifestar-se por meio de instituições sociais, observou-se, ao longo dos tempos, ser imperativo transferir o exercício do poder (e não a titularidade) a um representante, o qual, agindo em nome da vontade de todos, zelasse pelo bom funcionamento da sociedade, atingindo-se a harmonia e o bem-estar geral⁶. Como se pode depreender, a sociedade se funda no reconhecimento de um polo de poder suficiente para impor, coercitivamente, comportamentos e assegurar convergências⁷.

Criaram-se, em virtude disso, as instituições políticas, que, em seu conjunto, abarcam a organização política de determinado povo, que produziu a modalidade institucional do Estado, a quem se reconhece a expressão de vontade popular, assentado em determinado território, instituindo um governo dotado de legitimidade para impor limites – maiores ou menores – à liberdade individual, em prol do interesse e da harmonia da coletividade⁸.

6 O fundamento deste poder citado varia conforme a época e o contexto histórico. Há quem sustente o fundamento teológico do poder, em que o poder do governante deriva de Deus, no sentido de que o poder máximo que este detém sobre os demais encontra sua justificativa no fato de que ele é uma manifestação do poder que Deus tem sobre o mundo. Outros sustentam que o poder deriva de um acontecimento histórico ou de uma determinada direção do desenvolvimento histórico, que concentra, numa pessoa, numa classe, num povo, a força para governar outros homens. Por fim, tem-se como fundamento do poder o livre acordo dos homens, que, num determinado momento histórico, decidiram a criação do Estado.

7 A sociedade, diferentemente da comunidade, de formação espontânea e regida pelo Direito natural, tem formação voluntária, regida pelo Direito Positivo. Estruturada por um poder dominante, é regida por um contrato, cujas leis encontram sua plenitude nos fins sociais.

8 Por exemplo, para Giorgio Del Vecchio (VECCHIO, Giorgio Del. *Teoria do Estado*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 100), o: “Estado racionalmente concebido é o ponto ideal de convergência dos direitos individuais, que lhe são logicamente anteriores, mesmo quando dêle esperam o positivo reconhecimento e a positiva confirmação. Em todos os momentos de sua ação, não pode o Estado prescindir daquela sua fundamental ‘razão de ser’, que representa, a um tempo, seu princípio e fim, entendendo êstes vocábulos, não em sentido empírico ou cronológico, mas na significação filosófica que lhes é peculiar”.

Nessa concepção, o Estado é *meio* para a consecução dos *fins* da sociedade, hoje, normalmente positivados na Constituição⁹. Tais fins constituem peça fundamental na ação governamental, estando os agentes públicos, que receberam a outorga de poder, adstritos ao seu cumprimento¹⁰.

De longa data, os agentes públicos possuíam a tarefa de administrar a vida social, resolvendo conflitos, amigavelmente ou por força, por meio de normas por eles emanadas. Aristóteles¹¹ identificou, primeiramente, o que hoje se entende como funções do Estado (deliberante, executiva e judiciária). Mais adiante, John Locke¹², que também observou três funções do Estado, recomendou que seus exercícios fossem realizados por órgãos independentes, respeitando-se a superioridade da função federativa¹³. Somente com Montesquieu¹⁴ que, sistematizando as lições de Aristóteles e John Locke, preconizou-se que o exercício

9 KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. Granada: Comares, 2002.

10 Conforme Aurora Arnaiz Amigo (AMIGO, Aurora Arnaiz. *Fines del Estado. Justicia*. São Paulo, v. 36, n.87, p. 163-187, out./dez. 1974, p.173): “*Los fines esenciales e integrales de un Estado determinado forman su acervo doctrinario y programático, que se encuentran en los principios políticos y en su organización. Ambos originan las Cartas Magnas de los Estados Modernos. Así, la política de los gobernantes y de los gobernados deberá tender a laborar una estructura social consecuente con los principios elaborados. En la acción política la exaltación de las plataformas pragmáticas suele encubrir el vacío de la improvisación, antesala de la anarquía. Sin principios que aplicar, y sin acción dirigida a la consecución de fines, no hay sociedad política. Podrá existir una comunidad detenida en el tiempo y atendida a un matriarcado social, sinónimo de elementos primigenios no desarrollados*”.

11 ARISTOTLE. La Constitución de Atenas (Athenaion Politeia). Tradução de Antônio Tovar. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1948. Escrito aproximadamente entre os anos de 330 a. C. a 320 a. C.

12 LOCKE, John. Two treatises of government. London: Whitmore and Fenn, and C. Brown, 1821 – 1ª edição de 1690.

13 John Locke (ibidem) estabelece uma distinção entre legislativo, executivo e federativo. O legislativo, denominado, por ele, de “*legislative power*”, faz o Direito, mas também inclui funções que, mais tarde, Montesquieu especificará dentro do judiciário (ibidem, p. 299): “*whoever has the legislative or supreme power of any commonwealth, is bound to govern by established standing laws, promulgated and known to the people, and not by extemporary decrees, by indifferent and upright judges, who are to decide controversies by those laws*”. John Locke concebe como “*executive power*” o respaldo da força “*remain in force*” às decisões do poder legislativo (ibidem, p. 314): “*because the laws that are at once, and in a short time made, have a constant and lasting force, and need a perpetual execution, or an attendance thereunto, therefore it is necessary there should be a power always in being which should see to the execution of the laws that are made, and remain in force*”. Finalmente o terceiro poder, “*federative power*”, reduz sua função à paz e à Guerra, liga e aliança (ibidem, p. 315): “*contains the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth*”.

14 MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, Baron de la Brede et de. De l'esprit des lois. Paris: Didot, 1803 - 1ª edição de 1748.

das três funções básicas do Estado deveria caber a pessoas distintas, cada qual atuando com independência no exercício de suas funções primordiais¹⁵; afinal, se o uso do poder levaria a abusos, somente o poder limitaria o próprio poder¹⁶.

A figura 1 representa o sistema de freios e contrapesos (“*checks and balances*”) atualmente aceito quando se refere às três funções básicas analisadas. Cada seta representa o controle de um dos poderes exercido em relação ao outro. Por certo que não se trata de um esquema exaustivo, mas vale citar alguns exemplos de controle recíproco¹⁷.

15 Montesquieu (ibidem, Livre XI, cap. VI, p. 293), no Livro XI, distingue três poderes que denomina: “Il y a dans, chaque État, trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil.

Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre, simplement la puissance exécutive de l'État.

La liberté politique, dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté: et, pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel, qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.

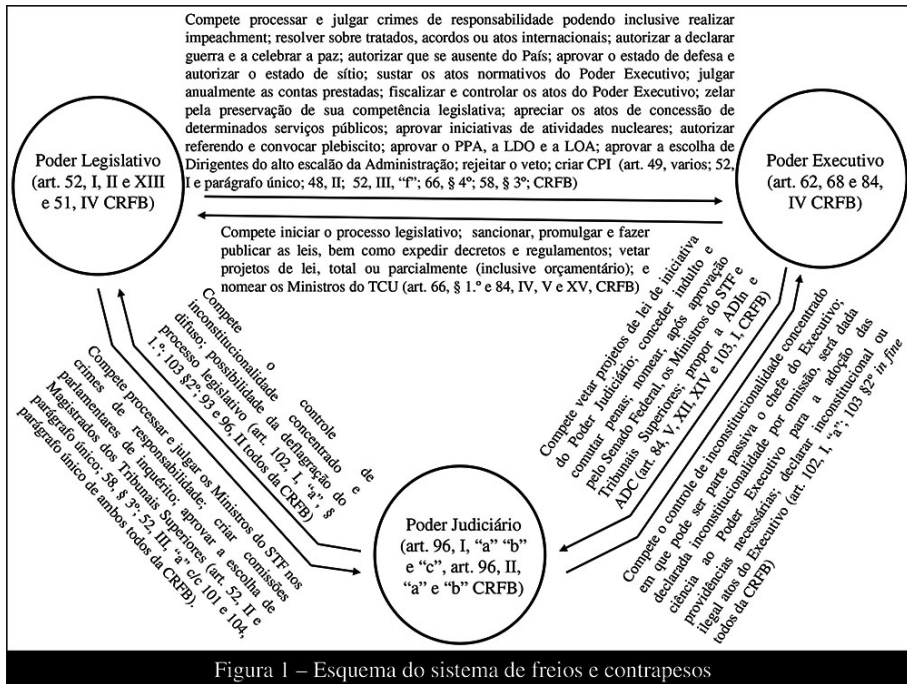
Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement.

Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative & de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers”.

16 Montesquieu (ibidem, Livre XI, cap. IV, p. 291) afirma: “mais, c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin de limites [...] Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers”.

17 Para maiores esclarecimentos, vide MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 26, n. 103, p. 5-26, jul./set., 1989.



Fonte: Elaborada pelo autor.

Como controle do poder executivo exercido em relação ao legislativo, pode-se citar a competência do Presidente da República para: iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos na Constituição; sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; vetar projetos de lei, total ou parcialmente (inclusive orçamentário); e nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União (art. 66, §1.º e 84, IV, V e XV da CRFB). Já quanto ao controle desse mesmo poder exercido em relação ao judiciário, têm-se outros exemplos como a competência do Presidente da República para: vetar projetos de lei de iniciativa do poder judiciário, total ou parcialmente; conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores; e propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 84, V, XII, XIV e 103, I da CRFB)

Ainda com relação a figura 1, observando-se o círculo do poder judiciário, pode-se verificar o controle deste exercido em relação ao legislativo (seta que

sai desde o círculo de um dos poderes ao encontro do outro). Exemplo básico desse controle é a competência do Supremo Tribunal Federal em processar e julgar: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; a arguição de descumprimento de preceito fundamental; ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, “a”, §1.º; 103 §2º da CRFB). Além do controle difuso e da possibilidade da deflagração do processo legislativo (art. 93 e 96, II da CRFB). O controle deste exercido em relação ao executivo vem exemplificado na, também, competência do Supremo Tribunal Federal em processar e julgar: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em que pode ser parte passiva o chefe do executivo. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art. 102, I, “a”; 103 §2º *in fine* da CRFB).

Por fim, a figura 1 termina sendo representada pelo controle do poder legislativo exercido em relação ao executivo, esse amplamente reconhecido na CRFB. São inúmeros os exemplos, mas, para citar apenas alguns, vale recordar que compete a este processar e julgar o Presidente e o Vice-presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e parágrafo único da CRFB). Ademais, cabe a ele resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais; autorizar a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; autorizar o chefe do executivo a se ausentar do país, quando a ausência exceder a quinze dias; aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas; sustar os atos normativos do poder executivo; julgar anualmente as contas prestadas pelo chefe do executivo e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; fiscalizar e controlar, diretamente, os atos do poder executivo; zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes; apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; aprovar iniciativas do poder executivo referentes a atividades nucleares; autorizar referendo e convocar plebiscito; autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; e aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares

(art. 49, I, II, III, IV, V, IX, X, XI, XII, XIV, XV, XVI e XVII da CRFB). Quanto ao controle do poder legislativo exercido em relação ao judiciário, pode-se citar que compete ao Senado Federal processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade podendo inclusive declarar o *impeachment* (art. 52, II e parágrafo único da CRFB), além da possibilidade de criar comissões parlamentares de inquérito (§3º do art. 58 da CRFB) e de aprovar a escolha de Magistrados dos Tribunais Superiores (art. 52, III, “a” c/c 101 e 104, parágrafo único ambos da CRFB).

Dentre as três funções básicas, a função executiva será mais aprofundada. Sendo a maior e mais complexa das três, emprega milhares de pessoas; movimenta fundos inimagináveis; possui um conjunto estrutural de extraordinária complexidade; realiza inúmeras e variadas tarefas que dão a essa uma posição privilegiada em comparação com as demais funções, uma vez que é ela quem executa a vontade da lei, ou melhor, do ordenamento jurídico. É, nesse poder, que se encontra a atividade administrativa¹⁸, desenvolvida pela Administração Pública.

Administração Pública é uma organização destinada ao serviço da sociedade, do bem comum, dos interesses públicos. Esses caracteres legitimam a atribuição à Administração de um conjunto de poderes, faculdades e prerrogativas de Direito Público. Tais atribuições são os instrumentos necessários para que a Administração possa desempenhar a função que tem constitucionalmente encomendada, a serviço da coletividade. Sem tais atribuições o Estado não poderia alcançar os fins a que se destina¹⁹.

18 Ressalta-se que o poder executivo do Estado possui 4 (quatro) grandes atividades: a administrativa, objeto do trabalho, a financeira, a política e a diplomática (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

19 São prerrogativas tradicionais da Administração Pública: a normativa, a de direção ou hierárquica, a sancionatória, a discricionária e a regulatória. Tais faculdades comportam algumas atividades, como a polícia administrativa, a prestação de serviços públicos, o ordenamento econômico e o ordenamento social. Para um aprofundamento de cada uma das prerrogativas tradicionais do administrador e das atividades que essas funções comportam, vide MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Vale ressaltar que, dentre as muitas ciências, duas interessam para o presente trabalho. A Ciência da Administração e a Ciência do Direito Administrativo. A primeira constitui ramo da ciência política e tem como realidade o social. Ocupa-se ela da administração como instrumento do poder, buscando o aperfeiçoamento das teorias administrativas sobre o aspecto das condicionantes, das

Dentre as atividades desempenhadas pela Administração Pública, interessa estudar aquelas que possuem alguma relação com o ordenamento econômico, pois é nele que a Administração disciplina a atividade de produção, circulação e consumo de riqueza. É onde se estuda a atividade econômica, o conjunto de normas e instituições jurídicas que realizam uma determinada ordem econômica, regulando os limites da atuação e intervenção do Estado na atividade privada²⁰.

Nesse sentido, a execução do ordenamento econômico pelo Estado significa: “[...] uma atividade da Administração de caráter disciplinativo ou substitutivo da ação da sociedade no campo da economia”²¹. Porém, nem sempre, tal possibilidade existiu.

A história demonstra que, com o transcorrer do tempo, a sociedade muda sua visão do mundo, seus valores básicos, suas estruturas políticas e sociais. Dentre essas mudanças, pode-se também verificar uma mudança no âmbito da intervenção do Estado na economia, afinal a ligação do sistema econômico ao sistema político não é algo aleatório²².

estruturas e do respectivo modo de funcionamento das organizações públicas. Tal ciência analisa um conjunto de conhecimentos sociais vinculado a uma abordagem específica: a administração. Já a Ciência do Direito Administrativo, que é intimamente ligada à primeira, é o ramo da ciência jurídica que estuda as regras que enquadram a Administração Pública, ou seja, as regras jurídico-administrativas do dever ser da Administração Pública, que está sempre na busca do equilíbrio entre as prerrogativas da autoridade e os direitos individuais. Sobre o tema, vide CAUPERS, João. Introdução à ciência da administração pública. Lisboa: Âncora, 2002; AMARAL, Diogo Freitas do. Direito administrativo e ciência da administração. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, 1978; MOITINHO, Alvaro Pôrto. Ciência da administração. 2. ed. Rio de Janeiro: P. de Azevedo, 1950.

20 O judiciário já teve oportunidade de afirmar que a “*interferência do Estado na ordem econômica objetiva o seu disciplinamento, os seus condicionamentos*”. Por isso, declarou, em caso concreto, inaceitável a exploração de um serviço de transporte coletivo não-autorizado pela Administração Pública (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 9501187470, Processo: 9501187470 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 27/8/1998 Documento: TRF100067131, Fonte: DJ DATA: 21/9/1998 PAGINA: 151, Relator: Desembargador Francisco de Assis Betti, Data Publicação: 21/09/1998).

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 115.

22 Manuel Afonso Vaz (VAZ, Manuel Afonso. Direito econômico: a ordem econômica portuguesa. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994): “*Os princípios fundamentais da organização econômica começam, na verdade, por serem exigências sistemáticas decorrentes da constituição política, pois que esta, com os seus princípios axiológicos fundamentais, fixa ampla e antecipadamente a margem dentro da qual devem mover-se as ordens concretas da economia*”.

1.2 Modelos de Estado e suas relações com a intervenção do Estado na economia

Desde que o povo transferiu o exercício do poder a um representante para que esse zelasse pelo bom funcionamento da sociedade – existindo um polo de poder dotado de suficiente concentração para impor comportamentos e assegurar convergências fundadas na coerção/imperatividade –, que se observam formas de intervenção por partes destes que detêm o poder na economia da sociedade que transferiu a ele este poder.

No entanto, tal papel, até certo ponto, foi mínimo, uma vez que suas técnicas de coerção e imperatividade eram primitivas. A sociedade medieval pluralista²³ se apresentava como uma estrutura de dominação, que objetivava, ao menos teoricamente, a defesa do território, a aplicação do Direito e a proteção da Igreja. Exercido, a princípio, por meio de técnicas patrimoniais, regido por um direito de propriedade, o representante exercia sobre os demais uma série de atividades interventivas, principalmente depois do final do século XI, quando houve uma ampliação das explorações e uma melhora dos sistemas de cultivo, que ocasionaram um excedente de produção agrário e possibilitaram o início das atividades comerciais e a ruptura da economia autárquica, base do sistema feudal.

A melhora das condições econômicas levou à reaparição de centros urbanos, onde se instalou a burguesia artesanal e comercial. Nessa época, já se observavam diferentes formas de intervenção dos que detinham a representação, mesmo entendendo ser tal intervenção como um direito divino dos representantes e uma obrigação dos representados. Tais intervenções se impulsionaram com o processo de consolidação dos feudos, que se deu basicamente por três motivos: pelas campanhas militares – ora por motivação religiosa ora por motivação econômica; pela arrecadação tributária como instrumento imprescindível para manutenção de um exército; e pela montagem de uma burocrática estrutura, para administrar ambos²⁴.

23 Pluralista, pois o Direito, sob a qual estava regulada, originava-se de diferentes fontes e estava organizado em diversos ordenamentos.

24 PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo general*. Madrid: Iustel, 2004, v. I.

Com a dissolução dessa sociedade medieval pluralista, nasceu o Estado moderno, sob a forma de um Estado absolutista (século XVI e XVII). Nele, o Monarca se converte no titular por direito próprio de todas as funções e poderes do Estado; todo poder emana dele e nele reside²⁵, desconhece qualquer outro ordenamento jurídico distinto ao não-estatal, bem como toda outra fonte jurídica estatal que não a lei²⁶.

Esse Estado deixou de lado o aparato puro de dominação, alheio à sociedade, para passar a se interessar ativamente pela harmonia dessa, intervindo de forma crescente não só na economia, mas também na vida social, intelectual, religiosa, etc. Por primeira vez, tentou-se organizar e dirigir a evolução da sociedade. Por isso, o nascimento de um Estado, chamado moderno.

Fácil é, portanto, visualizar que esse Estado precisou de organizações burocráticas de maiores complexidades (tesourarias, tribunais, assistência médica e religiosa etc.) e que o exercício do seu poder fatalmente levaria ao abuso. Afinal, a Administração Pública, aqui, não estava vinculada a qualquer tipo de norma que limitasse sua atividade, forçando os comuns a uma reação e o Estado a uma decadência. Em tal período, as intervenções, principalmente na economia, eram intensas e injustas, relembre-se o mercantilismo e sua política de acumulação máxima de metais preciosos, tráfico comercial, atividades de produção interior, exportação e contenção da importação.

Nesse processo, o modelo de Estado moderno evoluiu de um protótipo personalizado e absolutista, caracterizado pelo poder ilimitado do monarca,

25 Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. 2. ed. Brasília: Edunb, 1992, p. 13), nesse sentido, comenta: “*entende-se por que é possível dizer que o poder estatal é um poder absoluto: é absoluto porque tornou-se definitivamente o único poder capaz de produzir o direito, isto é, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade sobre a qual impera, e portanto, não conhecendo outros direitos senão o seu próprio, nem podendo conhecer limites jurídicos para o próprio poder. É um poder absoluto no sentido próprio da palavra, isto é, como legibus solutus*”.

26 Nesse movimento absolutista, é necessário considerar a doutrina do maquiavelismo, que lutou pela formação de um Estado absolutista sem limites jurídicos, mas também sem limites religiosos, morais, sociais, entre outros. Para essa doutrina, quando se proclamava que o príncipe estava acima das leis, significava dizer que ele estava também acima das leis divinas e morais. Estava acima do bem e do mal, acima dos mortais (MAQUIAVELO, Nicolás. El príncipe [comentado por Napoleón Bonaparte]. Tradução e notas Eli Leonetti Jungl. Madrid: Espasa-Calpe, 2006).

Há, também, a teoria da razão do Estado, que deve ser entendida como aquela em que o Estado tem suas próprias razões, as quais o indivíduo desconhece. Em nome dessas razões, o Estado pode atuar de maneira diferente ao indivíduo comum, pode atuar de modo diverso ao que o indivíduo comum atuaria. O Estado e o indivíduo comum possuem, portanto, morais diferentes. Aqui, o Estado não se obriga nem às leis jurídicas nem às leis morais.

para configurações mais avançadas, como a do tipo de Estado legalizado, sob a égide do Estado de direito²⁷, atento à legalidade, mas desinteressado da legitimidade; ou seja, qualquer que fosse a lei emanada do Estado, constituiria sempre o Direito²⁸.

O Estado de direito moderno nasce com a forma de Estado de polícia, mas é apenas com o Estado legislativo de direito, que o princípio da legalidade ganha projeção como critério exclusivo de identificação do Direito válido e antes ainda existente, com independência de sua valoração como justo. Apenas com a subordinação da legalidade à Constituição, ou seja, somente quando a Constituição foi definida como hierarquicamente superior às demais leis como normas de reconhecimento de sua validade, é que se teve uma mudança para um Estado constitucional de direito, em que a Constituição não somente disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe proibições e obrigações de conteúdo²⁹. Ambos os modelos, hoje, estão em crise, motivo pelo qual se vem falando de novo-constitu-

27 Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 22 e 23) refere que, pela concepção clássica do Estado de direito, seus pontos fundamentais são: “1. o reconhecimento da liberdade dos cidadãos, dotados de direitos fundamentais, universais, inalienáveis; 2. o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém pode ser afetado em sua liberdade senão em virtude de lei e que traz, como consequência, a vinculação da Administração Pública à lei; 3. o princípio da justicialidade, que exige a existência de um órgão independente para decidir os litígios; 4. o princípio da igualdade de todos perante o direito, vedado qualquer tipo de discriminação; 5. a concepção substancial do direito que, fazendo-o decorrer da natureza do homem, imprime-lhe caráter de justiça”.

28 O Estado moderno surgiu dessa reação, que teve como marco histórico as duas Revoluções Inglesas do século XVII e a Revolução Francesa do século XVIII. Vale recordar que existiu um Estado de direito pré-moderno, de formação não-legislativa, mas jurisprudencial e doutrinal, onde não existia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas, mas, apenas, uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes (império, Igreja, príncipe, corporações, entre outros), nenhum dos quais detinha monopólio na produção jurídica.

29 Recordar-se que o constitucionalismo teve duas tradições: a norte-americana, onde a Constituição era tida como regra de jogo, como pacto de mínimos que permite assegurar autonomia aos indivíduos, cujo poder constituinte do povo era o limitador do poder político, em especial, do legislativo, e cuja Constituição era tida como lei suprema (determinava quem mandava, como mandava e até onde podia mandar); e a francesa, em que a Constituição não se limitava a fixar as regras do jogo, mas queria participar diretamente do mesmo, sendo a vontade geral ilimitada (determinava quem deveria mandar). Vale mencionar que o chamado neoconstitucionalismo vem sendo definido como a reunião de ambos os modelos.

cionalismo/neoconstitucionalismo³⁰, nova teoria do direito/pós-positivismo jurídico e no novo Estado/Estado de Justiça Democrático de Direito³¹.

Nesse contexto, surgiram modelos de Estados, trazendo consigo fases evolutivas e cronologicamente distintas das formas de intervenção do Estado na economia.

1.2.1 Estado liberal ou mínimo e o desenvolvimento da intervenção do Estado na economia

A ideia de Estado, concebida pela Revolução Francesa, mais que implantar a Teoria da Separação de Poderes, marcou o advento do Estado liberal ou mínimo, definindo o fim do Estado mercantilista. Trata-se do Estado liberal de direito,

30 Vale diferenciar, bem sucintamente, o constitucionalismo do neoconstitucionalismo. De acordo com Paolo Comanducci (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 82): “El constitucionalismo, [...] es fundamentalmente una ideología, dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre Derecho y moral, y, por otro lado, tiene como adversario directo el positivismo ideológico. El constitucionalismo no es, sin embargo, relevante como teoría del Derecho: la teoría dominante en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX es sin duda la positivista, y no me parece que el constitucionalismo haya nunca intentado derrocar tal hegemonía con una diferente propuesta teórica.

El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista”.

31 K. Hesse (HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 17. ed. Heidelberg, 1990, p. 481) sustentava que, no moderno Estado social e democrático de direito, a divisão de poderes não constitui só um instrumento de afirmação do princípio democrático, como ocorria no Estado liberal, mas sim um sistema para um exercício equilibrado e funcionalmente adequado do poder.

que garantia precipuamente a livre iniciativa em proveito do empreendedor³², a

32 Curiosamente, a livre iniciativa ou liberdade de iniciativa econômica privada não foi inscrita na Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem, produzida após a Revolução Francesa. A sua primeira consagração expressa foi feita pela Lei d'Allarde, em 1791, sob a forma de "liberdade de comércio e indústria". André de Laubadere (LAUBADERE, André. Direito público econômico. Tradução de Maria Teresa Costa, revisada por Evaristo Mendes. Coimbra: Almedina, 1985, p. 232) relata que a sua não-consagração não implicava que a livre iniciativa não se encontrasse desde logo tutelada. O silêncio equivaleria ao reconhecimento implícito dessa liberdade, que se situava entre as liberdades de todos os cidadãos e que delas não se distinguia. Ressalta-se, que o *Conseil constitutionnel français* já teve oportunidade de afirmar que, entre os direitos e liberdades proclamados pelo art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão decorrem, em particular, a liberdade de empresa, a igualdade perante a lei e os encargos públicos, o direito ao emprego, ao direito de sindicalização e ao direito dos trabalhadores a participarem na determinação coletiva das condições de trabalho e gestão de empresas (FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 98-401DC. Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. NOR: CSCL9803034S. Votos: MM Roland DUMAS, président, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Yves GUÉNA, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M Pierre MAZEAUD et Mme Simone VEIL. Data: mercredi 10 juin 1998; FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2001-455DC. Loi de modernisation sociale. NOR: CSCL0205314S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: samedi 12 janvier 2002).

Deve-se ter em conta que a liberdade de empresa constitui, praticamente, um direito novo no contexto da proteção internacional dos direitos humanos. Atualmente, só há uma estipulação parcial no art. 6º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no que se protege o direito da pessoa a ganhar seu sustento mediante o trabalho que livremente eleja. Esse mesmo direito aparece no art. 1º, §2º, da Carta Social Europeia.

A livre iniciativa econômica, tão pouco, encontra-se entre os direitos reconhecidos expressamente no Convênio Europeu de Direitos Humanos e em seus Protocolos Adicionais. Apesar disso, o TEDH vem ampliando o conteúdo de alguns dos direitos para amparar bens jurídicos relacionados com a liberdade de empresa (CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Second Section. Sidabras and Džiautas v. Lithuania. Applications nos. 55480/00 and 59330/00, Date: 27/07/2004, em relação com o direito à vida privada e familiar). Analisando as sentenças sobre o direito de propriedade, verifica-se a existência de casos estreitamente relacionados com o exercício de atividades econômicas. Incluem-se, dentro do conceito de "bens", alguns interesses econômicos que se encontram conectados com o exercício de uma atividade empresarial, como as licenças administrativas que habilitam para o exercício de uma atividade econômica ou o fundo de comércio (CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Court (Plenary). van Marle and Others v. The Netherlands. Applications no. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, Date: 26/06/1986; CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Court (chamber). Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden. Applications no. 10873/84, Date: 07/07/1989; CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Court (chamber). Fredin v. Sweden. Applications no. 12033/86, Date: 18/02/1991; e CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Fourth Section. Posti and Rahko v. Finland. Applications no. 27824/95, Date: 24/09/2002). Em todo caso, pode-se dizer que a jurisprudência do TEDH ainda não possui aprofundamento suficiente no que toca ao princípio da livre iniciativa.

propriedade privada e a autonomia de vontade³³.

Para o TEDH, só no caso de que seja necessário garantir o exercício de outro direito fundamental, os órgãos judiciais podem limitar diretamente a liberdade de empresa. A jurisprudência desse Tribunal já reconheceu, em algumas ocasiões, o direito dos cidadãos a exercer a liberdade de informação em centros, contra a vontade de seus proprietários (CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Fourth Section. Appleby and Others v. the United Kingdom. Applications no. 44306/98, Date: 06/05/2003). Sobre o mesmo problema, ver também: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946). Argued December 7, 1945. Decided January 7, 1946. Full case name: Marsh v. State of Alabama. Citations: 326 U.S. 501. Prior history: None. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Harlan F. Stone. Laws applied: U.S. Const., amend. I, amend. XIV e ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Pruneyard Shopping Center v. Robbins, 447 US 74 (1980). Argued March 18, 1980. Decided June 9, 1980. Full case name: Pruneyard Shopping Center v. Robbins. Citations: 447 U.S. 74; 100 S. Ct. 2035, 64 L. Ed. 2d 741. Prior history: Writ of certiorari to the Supreme Court of California. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Warren E. Burger. Laws applied: U.S. Const.).

Vale mencionar que a inclusão da liberdade de empresa, em um dos artigos da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, aprovada pelo Conselho Europeu em Nice (2000), abriu uma nova etapa na evolução deste direito, afinal, antes, essa liberdade não tinha sido incluída dentro do catálogo de direitos esboçados pelo Parlamento Europeu, que fazia referência de forma expressa ao direito de propriedade ou à liberdade para eleger uma ocupação (vide Resolution adopting the Declaration of fundamental rights and freedoms - De Gucht report - of 12.04.1989 -A2-3/89, OJ C 120 of 16.05.1989- e Resolution on the Constitution of the European Union (Herman report) of 10.02.1994 -A3-0064/94, OJ C 61 of 28.02.1994-).

É bom tratar dessa nova etapa com reservas, já que a eficácia jurídica da Carta não se concretizou até a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, aliás, vale mencionar que o conteúdo do artigo que tratava do tema é aquém do esperado, vez que só reconhecia a liberdade de empresa como um direito que se protege de conformidade com o Direito comunitário e com as legislações e práticas nacionais. O trânsito a partir de um sistema de proteção baseado exclusivamente na jurisprudência do TJCE a outro em que a livre iniciativa tem uma norma expressa no Direito originário se encontra pendente do destino que tinha inicialmente o Tratado pelo qual se estabelecia uma Constituição para Europa (art. II-76) que reproduzia o art. 16 da Carta Europeia de Direitos Fundamentais.

Vale mencionar que a frustrada entrada em vigor do Tratado pelo qual se estabelecia uma Constituição para Europa não freiou a utilização da liberdade de empresa por parte do TJCE (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62004J0154. Acórdão de 12 de Julho de 2005. Processo apensos C-154/04 e C-155/04. The Queen, a pedido da Alliance for Natural Health e Nutri-link Ltd contra Secretary of State for Health (C-154/04) e The Queen, a pedido da National Association of Health Stores e Health Food Manufacturers Ltd contra Secretary of State for Health e National Assembly for Wales (C-155/04). Colectânea da Jurisprudência 2005 página I-06451).

- 33 A jurisprudência da Corte *Costituzionale italiana* tutela “l'autonomia contrattuale in quanto strumento della libertà di iniziativa economica, il cui esercizio può tuttavia essere limitato per ragioni di utilità economico-sociale (sentenze n. 268 del 1994; n. 241 del 1990; n. 159 del 1988)” (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 70 de 6-17 MARZO 2000, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 17 de marzo 2000. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” dell’22 marzo 2000. Pres. MIRABELLI, Massime: 25208).

Apesar de ter sido marcado pelo ocaso da conformação paleoliberal passiva do Estado na economia, sintetizada no “*laissez faire, laissez passer*”, certo é que esse modelo de Estado possui muitas formas de intervenção na economia. Além de muitas fórmulas indicativas e incitativas de intervenção não-prestacional na economia, foi durante o movimento da primeira industrialização – no período que vai do fim do século XIX ao final da década de 20 do século XX – que surgiu a Teoria do Serviço Público.

Desenvolvida pelo Conselho de Estado e pelo Tribunal de Conflitos Francês, doutrinariamente esboçada por Maurice Hauriou³⁴, continuada por G. Vedel, para em seguida ser complementada, ampliada e convertida na “*pedra angular do Direito Administrativo*”³⁵ por Leon Duguit³⁶ e, sobretudo por seu discípulo Gaston Jèze³⁷ e pela chamada escola de *Bordeaux*³⁸, até a tida crise da noção de serviço público, essa foi a forma mais intensa que o Estado liberal ou mínimo teve para intervir diretamente na economia.

Entendia-se que a função da Administração consistia na gestão dos serviços públicos. Assim, os doutrinadores fizeram, ou seja, sistematizaram o Direito Administrativo baseado nessa noção, porque o Conselho de Estado Francês necessitava aplicar um regime uniforme em questões contenciosas. Em efeito,

34 Foi Jean Rivero quem demonstrou a inicial defesa de Maurice Hauriou do critério de serviço público, até o ponto de poder considerar seu precursor (vide RIVERO, Jean. Hauriou et l'avènement de la notion de service public. In: MESTRE, Melanges. *L'évolution du droit public*: études en l'honneur d'Achilles Mestre. Paris: Sirey, 1956, p. 461 et seq.). Depois Lucien Sfez (SFEZ, Lucien. *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au Droit administrative français*. Paris: LGDJ, 1966, p. 134 et seq., em específico) revelou que traz a inicial defesa de serviço público, em 1892, por parte de Hauriou e seu posterior abandono, mesmo voltando, em 1899, a defender novamente o serviço público, para passar logo à última e definitiva etapa, que voltaria a botar os acentos nos meios, na teoria da “*puissance publique*”.

35 Essa teoria em “*competição*” com a teoria da “*puissance publique*” marcaram tanto o ramo Direito Administrativo que culminaram até a sua definitiva maturidade, tornando-se um ramo independente no mundo jurídico.

36 DUGUIT, Leon. *Les transformations du Droit public*. Paris: A. Colin, 1913.; DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Bocard, 1911, tomo I.

37 JÈZE, Gaston. *Principes généraux du Droit administrative*. Paris: Dalloz, 1925-36, 6 vols. (a primeira edição em um só tomo de 1904).

38 Entre muitos, pode-se citar: BONNARD, Roger. Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics. *Revue de Droit public*. Paris: [s. n.], 1925, p. 5 e 63; BONNARD, Roger. *Précis élémentaire de Droit administratif*. 4. ed. Paris: Sirey, 1943; ROLLAND, L. *Précis de Droit administratif*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1957; entre outros.

é o *arrêt Terrier*, de 6 de fevereiro de 1903³⁹, que consagra a tese de serviço público, já esboçada com anterioridade pelo Tribunal de Conflitos Francês, no celebre *arrêt Blanco*, de 8 de fevereiro de 1873⁴⁰. Tais decisões foram marcantes no surgimento da Teoria de Serviço Público, influenciando sobremaneira os doutrinadores que a desenvolveram.

Para Leon Duguit⁴¹, todo problema da atividade do Estado se resolvia por uma antítese: mandar ou servir. Para ele, enquanto, em um passado, a guerra, a política e a justiça eram as funções predominantes do Estado, por sua vez, era natural o direito de mandar, visto que essas funções eram funções de mando, de império. Porém, dessas funções, foi-se organizando uma complexa rede de serviços públicos, em que a função do Estado não é mandar, mas sim servir.

Partindo do conceito de governante, e não de Estado, Leon Duguit⁴² dita que o sistema de Direito Público somente tem realidade na medida em que sancione alguma regra que assegure a satisfação das necessidades sentidas pelos indivíduos de uma sociedade, em determinado momento. Afirma ele que, por vezes, os que detêm o poder não podem fazer certas coisas, assim como, por vezes, devem fazer certas coisas. E aqui é, precisamente, onde aparece a noção de serviço público que substitui o conceito de soberania⁴³:

Desde el momento en que se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponen a los gobernantes hacia los gobernados y que el cumplimiento de estos deberes es a la vez la consecuencia y la justificación de su superior fuerza. Eso es esencialmente la noción de servicio público. Lo que es nuevo es el lugar eminente que esta noción ocupa hoy en el mundo del Derecho.

Sob tal paradigma, serviço público seria uma obrigação jurídica que se impõe aos governantes – aos detentores do poder em cada momento – para asse-

39 FRANÇA. *Conseil d'Etat*. *arrêt Terrier*. Statuant au contentieux. N° 07496. Publié au recueil Lebon. M. Soulié, rapporteur, M. Romieu, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 6 febrero 1903.

40 FRANÇA. *Tribunal des conflits*. *arrêt Blanco*. N° 00012. Publié au recueil Lebon. M. Mercier, rapporteur, M. David, commissaire du gouvernement. Lecture du sábado 8 febrero 1873.

41 DUGUIT, Leon. *Traité de Droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Boccard, 1927, tomo I, p. X (1ª ed. de 1911).

42 DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del Derecho público*. Tradução com estudo preliminar de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Madrid: Francisco Beltrán, 1913, p. 33 et seq.

43 *Ibidem*, p. 39.

gurar sem interrupção o cumprimento de certa atividade. Ora, ao assegurar determinada atividade, está o Estado intervindo na economia, uma vez que limita a atuação de si mesmo na atividade privada, substituindo a ação da sociedade no campo da economia. Aqui, deixa de mandar e passa a servir ao povo.

Havia, pois, para Leon Duguit, uma clara correspondência entre posse de poder e obrigação de cumprir certas atividades, certos serviços públicos. E afirmava, no contexto de sua época, que a defesa, a segurança e a justiça bastaram um dia, mas não são mais suficientes. Afirmava que a consciência moderna desejava outras coisas de âmbito material, em linhas com as transformações econômicas⁴⁴. Por fim, como mensagem geral, dita Leon Duguit⁴⁵:

L'État n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru quelquel temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants.

Seu discípulo Gaston Jèze, toma essa noção vaga e imprecisa e aplica diretamente ao Direito Administrativo⁴⁶, definindo este como o conjunto de regras relativas aos serviços públicos. Logo, para Gaston Jèze⁴⁷, a Administração satisfaz uma série de necessidades de interesse geral, mas não todas. Existem necessidades satisfeitas exclusivamente pela Administração, com exclusão dos particulares, e outras que são satisfeitas, por sua vez, pela Administração e pelos particulares conjuntamente. Ou seja, existia intervenção prestacional absorviva e participativa. Pois bem, as necessidades de interesse geral, que são satisfeitas por qualquer uma dessas duas hipóteses, podem realizar-se por meio de dois

44 Leon Duguit (ibidem, p. 50): *"El derecho evoluciona ante todo bajo el influjo de las necesidades económicas. Hemos visto primero cómo la noción de soberanía ha sido sacudida cuando se ha comprendido que el Estado debía proporcionar a los gobernados algo más que la seguridad interior y exterior. Ahora nos damos cuenta que el objeto de las obligaciones del Estado y el sentido de su acción se hallan determinadas por la situación económica del país y las necesidades de sus habitantes. En suma, la noción de servicio público parece que puede formularse así: toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante"*.

45 DUGUIT, Leon. *Traité de Droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Boccard, 1927, tomo II, p. 59 (1ª ed. de 1911).

46 JÈZE, Gaston. *Principes généraux du Droit administratif*. 2. ed. Paris: M. Giard & E. Briere, 1914 (1ª ed. 1904).

47 Ibidem, p. 240 et seq.

procedimentos: o procedimento de Direito Privado e o procedimento de serviço público. Sobre esses procedimentos afirma⁴⁸:

Dire que, dans telle hypothèse, il y a service public, c'est dire que, pour donner satisfaction régulière et continue à telle catégorie de besoins d'intérêt général, il y a un régime juridique spécial et que ce régime peut être modifié à tout instant par les lois et règlements.

O problema, porém, que ele não conseguiu resolver, mas que pedia uma explicação era averiguar o que seria serviço público e o que não. Nesse sentido, afirmava categoricamente que aquilo que se deveria ter em conta seria unicamente a intenção dos governantes⁴⁹:

Sont uniquement, exclusivement services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer. L'opinion de tels ou tels écrivains est sans aucune espèce d'importance.

Com essa tese, duas noções de serviço público apareceram: uma ampla, que apontava o conjunto de fins sociais que a Administração devia garantir; e uma estrita, que fazia referência ao fato do Estado ter que assumir, de forma direta ou controlada, a execução de certas necessidades sociais sob a veste de um regime exorbitante de Direito Comum.

Porém, o que importa aqui mencionar é o fato da noção de serviço público, como se poderá verificar mais adiante, ter apresentado, durante esse período, contornos bem definidos: além de ser prestado apenas pelo Estado (elemento subjetivo)⁵⁰, tinha por objeto a satisfação de necessidades coletivas (elemento objetivo)⁵¹ e era sujeito a um regime jurídico exclusivo de Direito Público (elemento formal)⁵². Ou seja, o Estado, ao atuar na órbita da “*atividade privada*”,

48 Ibidem, p. 242.

49 Ibidem, p. 247.

50 Em sentido subjetivo, o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal.

51 De acordo com esse critério, o que define serviço público é a índole da necessidade pública.

52 Essa aceção traria o serviço público como aquele prestado sob regime de Direito Público derogatório e exorbitante do Direito comum.

estava prestando um serviço público. Inclusive, é na distinção entre serviço público e atividade privada que, em consonância com muitos autores, arraigava-se a pedra angular que distinguia o Direito Privado do Direito Administrativo.

Nesse contexto, é certo afirmar que existiam formas elementares de intervenção na economia. Não obstante, mesmo sendo regido por um modelo liberal de livre iniciativa, parece correto afirmar que a intervenção do Estado na economia começou a se desenvolver nesse período.

Certo foi que tal modelo liberal desconheceu a diferença entre indivíduos, o que levou o uso da liberdade a se transformar em instrumento de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos, passando o mesmo a ser reorientado pelo surgimento de uma conformação ativa, muito mais interventiva, inicialmente caracterizada por quatro aspectos mencionados por Sabino Cassese⁵³: a diferenciação legislativa (com a instituição de áreas geográficas diferenciadas, de processos de administração diferenciados e de órgãos diferenciados para canalizar ações do Estado), as políticas de obras públicas (para constituir uma infraestrutura pública objetivando o crescimento econômico), as empresas estatais (para suprir a falta de investimentos privados em setores específicos), e a previdência social (ao inaugurar uma relação tripolar: Estado-trabalhador-empresa).

Estava assentado o modelo do Estado intervencionista e seu tríplice aspecto – distributivo, produtivo e providencial – que se reforçaria mais para atingir seu auge na metade do século XX: primeiro, com a grande crise que abalou o mercado (o *crack* da Bolsa de Nova Iorque) e, depois, com as sucessivas guerras mundiais que o reforçariam política e militarmente (agregando os conceitos de mobilidade e de segurança nacional)⁵⁴.

53 CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997.

54 Mesmo alcançando seu auge na metade do século XX, tal modelo surgiu, efetivamente, a partir de 1917, com a Revolução Russa e a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos do mesmo ano. No entanto, como toda mudança, aqui, também, não há uma data limite, mas sim uma progressiva mudança, fruto de um processo descontínuo e intermitente ao que resulta difícil colocar uma data fixa de início e culminação. Um exemplo é o caso *Lochner v. People of State of New York* da U. S. Supreme Court, 198 U.S. 45 (1905), em que se situou o debate relativo à autonomia de vontade num caso relacionado à norma laboral ditada pelo Estado de Nova York, que estabelecia um máximo de 60 horas semanais para a jornada laboral de quem trabalhasse elaborando pão. Alegava-se ofensa à Emenda XIV que proibia os Estados de privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade “without due process of law”. Todos membros entendiam que a legislação restringia a liberdade de contratação e, por conseguinte, a liberdade de vontade, tanto do empresário como dos trabalhadores que podiam estar interessados em ganhar dinheiro extra trabalhando mais horas que as fixadas por lei. Mas discreparam sobre se a legislação estatal constituía um exercício justo, razoável e apropriado

1.2.2 Estado social de direito e o apogeu da atuação e intervenção do Estado na economia

As mudanças, à época, vivenciadas produzem uma infusão de valores humanísticos que plasmou o modelo liberal mencionado, sendo substituído, como uma espécie de antídoto, por dois modelos intervencionistas: o Estado social ou intervencionista, que tomou para si a tarefa de produção de riqueza e sua distribuição pela sociedade, desconheceu a propriedade privada, tal como tratada pelo Estado liberal clássico, e eliminou a autonomia contratual. Desconhecendo os mecanismos de concorrência, que fazem a comunicação entre fornecedor e consumidor, e uma série de outros motivos que não cabe aqui referir, deu-se o fracasso desse modelo. Aparece, então, o Estado bem-estar, que, equidistante do modelo liberal e social, buscou acolher seus elementos, tendo-se uma livre iniciativa com intervenção em proveito da sociedade, uma tutela da propriedade privada com função social e um dirigismo contratual para correção de assimetria⁵⁵.

Tais modelos, contudo, incorporaram estruturas estatais excessivas e caras para o atendimento da sociedade, alargando em muito o papel, o tamanho e o

do poder público ou, caso contrário, uma interferência arbitrária como a liberdade dos indivíduos. Enquanto quase todos entendiam que a lei transpassava a fronteira que a Constituição fixa entre os direitos individuais e o exercício legítimo do poder público, o voto particular do juiz Holmes manejou uma ideia mais ampla da margem de atuação do legislador. Ele criticou a decisão da maioria, pois considerava que deveria se manter uma interpretação mais flexível dos limites constitucionais frente à intervenção pública e declarou que a palavra liberdade se perverte quando se utiliza para evitar o resultado natural de uma opinião dominante na sociedade. A Corte só deve opor-se à vontade majoritária, manifestada por meio de lei, quando um homem justo admitiria necessariamente que a norma infringe princípios fundamentais (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Lochner v. People of State of New York*, 198 U.S. 45 (1905). Argued February 23–24, 1905. Decided April 17, 1905. Full case name: Joseph Lochner, Plaintiff in Error v. People of the State of New York. Citations: 198 U.S. 45; 25 S. Ct. 539; 49 L. Ed. 937; 1905 U.S. LEXIS 1153. Prior history: Defendant convicted, Oneida County Court, New York, 2-12-1902; affirmed, 76 N.Y.S. 396 (N.Y. App. Div. 1902); affirmed, 69 N.E. 373 (N.Y. 1904). Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Melville Fuller; Associate Justices, John M. Harlan, David J. Brewer, Henry B. Brown, Edward D. White, Rufus W. Peckham, Joseph McKenna, Oliver W. Holmes, Jr., William R. Day. Laws applied: U.S. Const. amend. XIV; 1897 N.Y. Laws art. 8, ch. 415, §110).

55 Por óbvio que esse Estado social de direito (incluindo-se aqui ambos os modelos) trouxe repercussões para o Direito, dando início à publicização do Direito Privado, criando como fundamento de todo o Direito Público o princípio da supremacia do interesse público, originando, por conseguinte, a fuga para o Direito Privado. Para maiores informações, vide: KEYNES, John Maynard. The end of laissez-faire. London: L. & Virginia Woolf, 1926.

custo da máquina estatal, gerando um cenário de mau atendimento e insatisfação. O Estado, por intervir, editava grande número de normas jurídicas. Além da socialização, houve um fortalecimento do poder executivo, fazendo com que o Estado assumisse um papel de prestador de serviços, que apesar de ter posto fim às injustiças sociais geradas pela aplicação dos princípios incorporados pelo Direito Civil, trouxe consigo a prerrogativa de limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo⁵⁶. Logo, paralelamente a tais transformações, observa-se, também, um acréscimo do Direito Administrativo, criando novos princípios e institutos que derogaram postulados básicos do individualismo jurídico⁵⁷.

As atividades assumidas por esse Estado prestador de serviços cresceram de tal modo, que passaram a abranger atividades de natureza social e econômica, antes reservadas, de certo modo, aos particulares⁵⁸.

56 Vale ressaltar a doutrina política do *New Deal*, programa de cinco anos instaurado em 1933, pelo então presidente dos EUA, Franklin D. Roosevelt, caracterizado pelo forte intervencionismo do Estado no mercado, para enfrentar a *Great Depression*. Importa aqui mencionar que, entre os anos de 1935 e 1936, o *U.S. Supreme Court* anulou um conjunto importante de medidas aplicando os princípios cunhados durante a era Lochner. Essa atitude provocou numerosas dúvidas de constitucionalidade sobre as medidas reformistas, pondo em perigo o programa do *New Deal*. Na sentença *Morehead v. New York*, 298 US 587 (1936) a Corte, por exemplo, anulou o estabelecimento do salário mínimo (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Morehead v. New York*, 298 US 587 (1936). Decided June 1, 1936. Full case name: Warden Morehead v. People of the State of New York. Citations: 298 U.S., 587. Prior history: None. Subsequent history: None. Laws applied: U.S. Const. Entre 1937 e 1942, a Corte abandonou a confrontação e acomodou sua doutrina à legislação do *New Deal*. A sentença que simbolizou o ponto de inflexão foi a *West Coast Hotel Co v. Parrish*, 300 US 379 (1937), em que se analisava novamente a constitucionalidade do direito a um salário mínimo (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *West Coast Hotel Co v. Parrish*, 300 US 379 (1937). Argued December 16–17, 1936. Decided March 29, 1937. Full case name: West Coast Hotel Company v. Ernest Parrish, et ux. Citations: 300 U.S. 379; 57 S. Ct. 578; 81 L. Ed. 703; 1937 U.S. LEXIS 1119; 1 Lab. Cas. (CCH) P17,021; 8 Ohio Op. 89; 108 A.L.R. 1330; 1 L.R.R.M. 754; 7 L.R.R.M. 754. Prior history: Judgment for defendant, Chelan County Superior Court, Nov. 9, 1935; reversed, 55 P.2d 1083 (Wash. 1936). Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Charles E. Hughes; Associate Justices Willis Van Devanter; James C. McReynolds, Louis Brandeis, George Sutherland, Pierce Butler, Harlan F. Stone, Owen J. Roberts; Benjamin N. Cardozo. Laws applied: U.S. Const. amend. XIV; Minimum Wages for Women Act, 1913 Wash. Laws 174).

57 Como, por exemplo: a criação de entidades públicas e privadas com personalidades jurídicas próprias, a atribuição de função social à propriedade privada; a imposição de normas de ordem pública para reger as relações contratuais; a ideia de risco na responsabilidade civil, entre outras.

58 A respeito do caráter social e democrático do Estado de direito espanhol, o *Tribunal Constitucional* desse país teve oportunidade de afirmar que sua configuração supõe a afirmação de um princípio que se ajusta a uma realidade própria do mundo ocidental, que transcende a toda ordem jurídica. Assim, a

Logo, a utilização isolada de qualquer dos critérios mencionados na noção de serviço público não ofereciam condições para solucionar o problema das novas ações estatais na prestação de serviços públicos. Afinal, ressaltando-se apenas um requisito, vê-se tão-somente parte da realidade. Portanto, os critérios apontados, considerados isoladamente, não atendiam a noção global de serviço público, o que explica, aliadamente às mudanças das funções estatais e à ampliação dos níveis de conscientização dos cidadãos, a constante crise da noção de serviço público, uma vez que o Estado passou a transferir a execução de grande parte dessas atividades a particulares, o que fez com que o elemento subjetivo da noção (prestação pelo Estado) e o elemento formal (regime jurídico publicístico) fossem profundamente afetados, ocasionando mudanças nas formas de intervenção do Estado na economia⁵⁹.

interação entre Estado e sociedade e o reconhecimento dos chamados direitos de caráter econômico e social levam a uma efetiva intervenção do Estado (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 18/1984. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 7/2/1984. Publicación BOE: 19840309 [«BOE» núm. 59]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. García-Pelayo, Latorre, Díez de Velasco, Begué, Gómez-Ferrer y Escudero. Ponente: don Rafael Gómez-Ferrer Morant. Número registro: 475/1982. Recurso tipo: Recurso de amparo).

- 59 Nota-se que a crise da noção de serviço público surgiu depois de mudanças de conceitos do próprio Estado. Apareceu, primeiro, quando surgiram os chamados serviços públicos industriais ou comerciais e a noção de serviços públicos de gestão privada, a partir, fundamentalmente, do *arrêt Société Commerciale de l'Ouest Africain* (mais conhecido como *arrêt Eloka*), de 22 de janeiro de 1921 (FRANÇA. Tribunal des conflits. *arrêt Société Commerciale de l'Ouest Africain*. N° 00706. Publié au recueil Lebon. M. Pichat, rapporteur, M. Matter, commissaire du gouvernement. Lecture du sábado 22 enero 1921), que trouxe a aplicação de um Direito Privado dentro do serviço público, e mais tarde com o *arrêts Vezia*, de 20 de dezembro de 1935 (FRANÇA. Conseil d'Etat. *arrêt Vezia*. Statuant au contentieux. N° 39234. Publié au recueil Lebon. ASSEMBLEE. M. Blondeau, rapporteur, M. Latournerie, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 20 diciembre 1935) e *Monpeurt*, de 31 de julho de 1942 (FRANÇA. Conseil d'Etat. *arrêt Monpeurt*. Statuant au contentieux. N° 71398. Publié au recueil Lebon. ASSEMBLEE. M. Porché, président, M. Chatenet, rapporteur, Ségalat, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 31 julio 1942), que delimitaram o conceito de empresa privada de interesse público e a gestão privada de serviços públicos em regime misto de direito. Segundo, por conta das nacionalizações conseguintes a II Guerra Mundial, que admitiram que a Administração Pública pudesse acudir a fórmulas privatísticas para gestionar serviços públicos, afirmando que estes poderiam ser prestados, não pela Administração, mas por empresa submetida ao Direito Privado. Monica Spezia Justen (JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003, p. 226) conclui seu trabalho enfocando a crise do conceito de serviço público. Refere ser uma consideração quase de caráter teutológico, já que, desde a sua primeira aparição como conceito jurídico, mais passou por crises do que por períodos de estabilidade. No entanto, evidencia que a atual crise pode ser considerada mais intensa. Carmen Chinchilla Marín (MARÍN, Carmen Chinchilla. *Servicio público, ¿crisis o renovación?* In: Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998) destaca que o serviço público constitui

Assim, desde o Estado social de direito (incluindo-se aqui o Estado intervencionista e o Estado bem-estar), tanto o critério subjetivo como o formal sofreram uma flexibilização. Apesar da titularidade dos serviços públicos continuarem nas mãos do Estado, sua execução foi delegada a particulares e o regime jurídico passou a ser total ou parcialmente de Direito Público.

Portanto, teve esse Estado que se moldar de forma diferente para regular as atividades econômicas, criando para tanto diferentes, variadas e complexas formas de intervir na economia⁶⁰.

Tal Estado fez com que instrumentos interventivos como o planejamento, a concorrência, o fomento e outras modalidades de instrumentos surgissem para que a nova concepção de serviço público pudesse se desenvolver.

O surgimento de inúmeros novos modos de atuar e intervir na economia, que ocasionou, como dito, mudanças nos elementos subjetivo e formal da noção clássica de serviço público, não impossibilitou a doutrina de formular conceitos do que passou a ser serviço público⁶¹. Tais noções englobam, apenas, os três cri-

um desses exemplos de noções chamadas fundamentais cujo conteúdo só pode ser precisado em breves períodos de tempos e cujo contorno é delimitado pelas leis e decisões jurisdicionais, dita ela que a história do serviço público demonstrou que: “*el único sentido del término es el que le dieron las fantasías titubeantes del legislador y los esfuerzos pragmáticos del juez*”. Caio Tácito (TÁCITO, Caio. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 197 e 198), ao falar sobre a crise da noção de serviço público, infere que essa noção não é estática, dependendo sempre das “*transações de ordem política que modificam a ação administrativa do Estado*”. Daí porque afirma ele que “*entre as mais árduas missões do jurista em direito administrativo, estava a de conceituar, adequadamente, o serviço público*”. Luis Martins Rebollo (REBOLLO, Luis Martíns. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. Revista de Administración Pública. n. 100-102, p. 2471-2542, enero-dic., 1993, p. 2511) refere ser a discussão sobre a crise do conceito de serviço público o final de toda uma época. Mas também é, paradoxicamente, o início do que Duguit havia previsto no princípio do século XX. Sobre esse ponto, abordar-se-á mais adiante. Vide sobre a crise da noção de serviço público: FALLA, F. Garrido *¿Crisis de la noción de servicio público?* In: MONTANER, Luis Cosculluela (Coord.). Estudios de Derecho Público Económico: Libro homenaje al Prof. Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Endesa-Ibercaja-Civitas, 2003.

- 60 Ressalta-se, no entanto, que os serviços públicos são prestados sob a influência de normas de Direito Público preponderantemente, mas não exclusivamente, pois, já como visto, há previsão normativa da execução de serviços públicos em regime preponderantemente privado, sendo esta a tendência e se observar, cada vez mais, a atenuação do rigor do regime das prestações de serviços públicos, com uma perceptível vocação à flexibilidade das normas regentes do pacto administrativo e à busca de uma maior consensualidade, fruto da parceria almejada entre o Estado e a iniciativa privada.
- 61 Sobre diferentes conceituações de serviço público, vide: LAUBADÈRE, André de. Manual de Droit Administratif. Paris: Dalloz, 1976, p. 21; CAETANO, Marcello. Manual de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970, tomo II, p. 1043; DIEZ, Manuel Maria. Manual de Derecho administrativo. Bueno Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1980, Tomo II, p. 16;

térios acima citados, variando de autor a autor a inclusão de outros elementos⁶². Isto se deve ao fato de que a noção de serviço público não é estática, e que muda conforme aspectos sociais, temporais, econômicos, políticos, entre outros⁶³.

Infere-se, desse modo, que a noção de serviço público passou a ser entendida como toda atividade que a Administração efetua de forma direta ou indireta sob normas e controles estatais, visando a satisfazer necessidades essenciais ao desenvolvimento da sociedade, objetivando sempre um interesse público, sobre regime jurídico total ou parcial de direito público, porém sempre com predominância deste último, com menção na Constituição, ou em lei, desde que em consonância com os princípios fundamentais, gerais e setoriais da ordem econômica e tendo o ente federativo a competência para a sua instituição⁶⁴.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 289; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 599; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 80; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direitos administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 257; MASAGÃO, Mário. Curso de Direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 268 e 269; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: Privatização, Concessões e Terceirizações. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 98; entre muitos outros.

- 62 Vale conferir, por todos, os ensinamentos de Enrique Sayagués Laso (LASO, Enrique Sayagués. Tratado de Derecho administrativo. Montevideo: [s. n.], 1953, Tomo I, p. 59-60), que analisou, há décadas atrás, a dificuldade conceitual do tema e a repercussão de tal crise sobre a Jurisprudência do Conselho de Estado Francês que, para o autor, seguiu dois caminhos: por um lado, admitindo cada vez mais atividades como serviços públicos industriais e comerciais regulados, pelo Direito Público, mas também pelo Direito Privado; e por outro lado, admitindo que, em certos casos, possa haver serviços públicos a cargo de particulares. Não é diferente o ensinamento de Jean Rívero (RIVERO, Jean. Direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1981, p. 491), ao asseverar que, tanto na jurisprudência como na doutrina, sabe-se da importância da noção de serviço público para o Direito Administrativo, mas que, igualmente, sabe-se das incertezas que essa noção suscita.
- 63 Fernando Herren Aguillar (AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviço público. São Paulo: Max limonad, 1999, p. 134) declara ser de pouca valia buscar um conceito jurídico de serviço público. Ressalta o autor que as contribuições doutrinárias para o conceito de serviço público têm apenas caráter didático. Caio Tácito (TÁCITO, Caio. Temas de Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 638) adverte que não há um conceito apriorístico de serviço público, pois o que ocorre é uma verdadeira elasticidade do conceito na medida em que o Estado se faz presente na vida social contemporânea. Sobre a ambiguidade do termo “*serviço público*”, vide: MEILÁN GIL, J. L. La “cláusula de proceso” en los servicios públicos. Madrid: IEA, 1968, p. 7-16.
- 64 A noção de serviço público adotada no Brasil tem origem francesa que não se confunde com o sistema norte-americano, das *public utilities*. A noção de serviço de utilidade pública (*public utility*) encontra-se vinculada a fatos históricos, uma vez que pode ser vista como traço da cultura e idealismos de um continente onde o capitalismo sempre fora o lema maior, e com isso a satisfação das necessidades de interesse geral estivera a

Dentro do contexto dos três critérios englobadores da noção de serviço pú-

encargo de empresas privadas, as quais foram impostas por lei, como obrigações públicas de acesso ao serviço por todos, tarifas razoáveis, qualidade, entre outros, e acompanhando de tanto um regime rigoroso em defesa da concorrência. A este propósito serviu a doutrina anglo-saxônica por meio do *common calling*, depois, o *common carrier*, que agora se engloba no termo considerado mais generalista do *public utilities*. Nesse modelo, o Estado reconhece o estatuto de utilidade pública à atividade, porém não publiciza a mesma, pois continua sendo exercida pelos privados.

Numa breve análise do *common calling*, vê-se que o elemento definidor das suas atividades não tinha como foco a prestação em si, mas a profissionalidade do prestador e o caráter lucrativo da mesma, era a obrigação de prestar o serviço de modo adequado a todos aqueles que solicitassem. Posteriormente, essa doutrina passou ao *common carrier* e os *common ing*. Nos Estados Unidos da América, foi a doutrina do *common carrier* que trouxe um título de intervenção e um quadro jurídico para a organização de serviço de interesse geral, que assim começaram a popularizar-se no século XIX, por meio dos serviços de água, luz, eletricidade, telefone, entre outros; depois, essa doutrina foi-se estendendo a qualquer tipo de atividade que fosse de interesse geral. Mais tarde, com as medidas de leis mais intervencionistas necessárias para o setor, com o fim de impedir a livre fixação de preços para aqueles que estavam em condição de monopólio frente às obrigações de interesse público, percebeu-se que não bastava ditar tais leis que impunham aos operadores o *public utilities*, as obrigações de interesse público, que consistiam em prestar serviço a todos aqueles que solicitassem, sem discriminação e a preços e tarifas justas e razoáveis, mas tornou-se necessária a criação de organizações públicas que garantissem a sua aplicação, então, foi assim, para esse fim, que se criaram comissões reguladoras *ad hoc* para cada setor, que foram as agências independentes investidas de poderes regulamentares, sancionadores e arbitrais, e como se vê hoje em dia, na Europa, nada mais do que o seguimento desse modelo norte-americano.

Odete Medauar (MEDAUAR, Odette. *Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org). Uma avaliação das tendências do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.118) apresenta o teor básico deste modelo: “as atividades que atendem as necessidades públicas devem ser providas de modo igual ao de qualquer outra atividade econômica, ou seja, devem ser providas por empresas privadas. Mas estas empresas privadas sujeitam-se ao controle de agências federais ou de agências dos Estados-membros, para que se obtenha o resultado decorrente de uma conciliação entre o objetivo privado da maximização do lucro e o atendimento do interesse público, expresso no fornecimento de serviço adequados com tarifas moderadas. Tais atividades devem ser realizadas em regime de concorrência”.

Logo, não há, no sistema norte-americano, uma ideia de serviço público propriamente dito, como no sistema francês adotado pelo Brasil. Toda atividade é, em princípio, privada. Todavia, algumas dessas atividades são de tamanho interesse público ou estão sujeitas a alguma forma de falha de mercado, que só podem ser exercidas se licenciadas pelo Estado.

Do exposto, resulta que serviço de utilidade pública não se confunde com serviço público. No entanto, vale mencionar que o conceito de serviço público francês é muito mais abrangente que o atualmente configurado no Brasil. Para se ter uma noção, na França, não se aplica a ideia da legitimidade para a instituição de serviços públicos e suas diferentes correntes (constitucionalista, essencialista e convencionalista-legalista). No *arrêt Association du Personnel Relevant des Etablissements pour Inadaptés (APREI)*, de 22 de fevereiro de 2007, o Conselho de Estado Francês trata, por exemplo, do “*méthode du faisceau d’indices*”, que versa sobre a qualificação de um serviço público, em função da intenção do criador do serviço (FRANÇA. Conseil d’État. *Arrêt Association du Personnel Relevant des Etablissements pour Inadaptés (APREI)*. N° 264541. Publié au recueil Lebon. Section du Contentieux. M. Stirn, président, Mme Fabienne Lambolez, rapporteur, Mlle Verot, commissaire

blico, surgem três correntes que cuidam da legitimidade para a instituição de serviços públicos⁶⁵. Trata-se da corrente constitucionalista, que entende o serviço público como aquele contido no corpo da Constituição, somente sendo possível instituí-lo mediante emenda constitucional; da corrente essencialista, que prefere enxergar serviço público onde houver necessidade relevante da população, a qual não possa ser atendida satisfatoriamente pela iniciativa privada. Identifica, na verdade, que a noção de serviço público será estipulada pela necessidade social; e da corrente convencionalista-legalista, a qual concebe que o conceito de serviço público depende de disposições constitucionais e/ou legais.

A primeira corrente (constitucionalista) afirma que não são apenas as características objetiva, subjetiva e formal que trazem o conceito de serviço público à tona. Resta saber se o serviço é inerente do Estado ou se é serviço por opção político-constitucional. Em sendo um dos dois, o serviço pode ser considerado como público. São serviços inerentes do Estado os que envolvem função estatal típica. São, portanto, aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do poder público e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares. Daí, também dispensa a previsão legal, pois decorre da própria existência do Estado. O serviço por opção político-constitucional é aquele que o constituinte, ao criar a Constituição, o define como tal, havendo, portanto, a necessidade de se ter previsão constitucional. Portanto, esta corrente entende que a Constituição, além de enumerar as atividades que decidiu serem serviços públicos, dispôs acerca da possibilidade genérica de delegação de sua execução a particulares, mediante concessão e permissão (art. 175, CRFB), e os repartiu entre os entes federativos (art. 21, XI e XII, 25, §2.º, e 30, V, todos da CRFB).

Sustenta, ainda, que existe a necessidade de tais serviços estarem elencados na Constituição; caso contrário, feriria o princípio da livre iniciativa, consa-

du gouvernement, LE PRADO; SCP NICOLAY, DE LANOUELLE; SCP BOULLEZ, avocats. Lecture du jueves 22 febrero 2007).

65 “Restaria perguntar: Pode o Estado qualificar – subentende-se, por via legislativa, como é obvio – qualquer atividade que deseje como serviço público, assumindo-a e submetendo-a ao “regime de direito público”? Ou é preciso que a atividade em tela possua uma “natureza”, uma “substância íntima de serviço público?” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação de serviços públicos e Administração indireta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 20). Através desses questionamentos que se enquadram essas doutrinas.

grado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inc. IV, CRFB), bem como da Ordem Econômica (art. 170, CRFB). Desse modo, essa doutrina entende que a lei não pode criar novas modalidades de serviços públicos. Além do que, se o serviço público fosse instituído por lei, feriria a repartição de competência adotada na Constituição brasileira, visto que, em tendo o Estado-membro da federação a competência remanescente, não poderia a União transformar uma atividade econômica em serviço público, por opção política, por meio de lei, em novos serviços não inerentes. Refere, ainda, que se fosse possível a instituição, por lei, de serviço público não definido na Constituição, seria necessário interpretar que a Constituição possui um conceito genérico de serviço público, o que não tem. Este seria apreendido pelo legislador ordinário, que converteria uma atividade econômica em sentido estrito em serviço público, autorizado, portanto, pela Constituição. Garantem estes doutrinadores que, independentemente de se aceitar ou não a tese de total impossibilidade de criação legislativa de novos serviços públicos por opção normativa, que o serviço público, por opção política, constitui, sem qualquer dúvida, restrição ao princípio da livre iniciativa. Ressaltam que a Constituição adotou dupla cautela, primeiramente, por ter enumerado as hipóteses de serviços públicos por opção normativa, referindo de forma expressa que o acesso dos particulares a elas só poderia se dar por meio de concessão ou permissão e, por outro lado, adotou dispositivos com redação específica, deixando claro tratar-se de atividades econômicas que, por variadas razões, foram retiradas da esfera dos particulares.

Em sentido oposto, tem-se a doutrina que afirma que o serviço público dependerá das necessidades sociais (essencialista), em função do que seja essencial para a sociedade, independente de lei ou da Constituição. O serviço público essencial constitui um conceito jurídico indeterminado, a ser interpretado e ponderado, no caso concreto, considerados os valores e interesses em jogo, se constitui ou não vulneração da dignidade da pessoa humana, entre outros, não se podendo desconsiderar que o serviço, embora essencial, pode ser explorado economicamente pela iniciativa privada, cuja manutenção de sua execução depende da contraprestação remuneratória, de modo a resguardar o direito à justa remuneração do concessionário e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Outra parte da doutrina considera que o serviço público pode vir a ser instituído por lei (convencionista-legalista), afirmando que este se materializa por meio da vontade legislativa, pois é o povo o seu titular. A lei, e só

ela, enquanto fruto da vontade popular, legitimada pelo voto, editada com observância do quadro constitucional estabelecido, consagrador da liberdade econômica, pode retirar determinada atividade do âmbito da livre iniciativa, ou seja, só a lei, como manifestação da vontade da sociedade, a partir de seus representantes no poder legislativo, pode retirar uma atividade do regime de livre iniciativa para convertê-la num serviço público, de iniciativa estatal. Há, portanto, para esta corrente, uma relativa liberdade ao legislador ordinário para submeter determinada atividade econômica a um regime de serviço público, liberdade relativa, pois o Estado deve respeitar as disposições concernentes à ordem econômica e social, em que se garante a livre iniciativa. Fato inquestionável é que o poder constituinte originário poderá transformar alguma atividade em serviço público; afinal, é o próprio povo que a constitui, forçando o conceito de que é a sociedade que transfere para o poder público a competência para a prestação dos serviços públicos. Remarque-se, entretanto, que a liberdade legislativa não é absoluta para a definição de determinada atividade como serviço público, nem mesmo a liberdade do constituinte derivada, devendo-se perquirir, a partir da dicção da própria Constituição, os limites implícitos e explícitos de tal discricionariedade⁶⁶. Em outras palavras, afirma-se que se a atividade não tiver uma “*finalidade pública e precípua*” (contornando-se o problema de se definir quem diz o que é finalidade pública) não poderá a lei instituir serviço público.

Dentre as três correntes mencionadas, adota-se um entendimento híbrido. Afilia-se ao que se chamará de corrente essencialista-legalista, uma junção da segunda e terceira corrente que entende os serviços públicos possíveis de serem configurados como tal, conforme sua essencialidade/necessidade e quanto às expressas disposições constitucionais e/ou legais, respectivamente. Ou seja, crê-se que se poderá qualificar como serviço público toda atividade que essencialmente necessária está expressamente disposta como tal na Constituição e/ou na lei.

É, também, imprescindível distinguir entre teoria do serviço público, técnica de serviço público e ideologia de serviço público para tentar desdobrar o alcance da noção: teoria de serviço público como teoria explicadora da essência do Direito Administrativo; técnica de serviço público, como técnica jurídica

66 Vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 152-153; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Prestação de serviços públicos e Administração indireta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 23.

que busca garantir a prestação de certa necessidade que conflui a um interesse público⁶⁷; e ideologia de serviço público, arraigada no convencimento de que há certas atividades que possuem um forte conteúdo de interesse público num contexto de solidariedade social, obrigando a seu desenvolvimento que seja objeto de especial atenção por parte dos poderes públicos aos efeitos de assegurar sua prestação a todos os cidadãos em determinadas condições.

Retomando a ideia de modelos estatais, há que se mencionar que ambos os modelos (Estado social/intervencionista e Estado bem-estar) entraram em crise na segunda metade do século XX, pois, como explica Sabino Cassese⁶⁸: “Se nos anos 30 estava difusa a idéia da falência do mercado, nos anos 60 se difunde a idéia da falência do Estado como regedor da economia”⁶⁹. Diante dessa dupla

67 De acordo com o *Tribunal Constitucional Español*, a livre iniciativa, sem sujeição à intervenção administrativa alguma, especialmente quando existem inevitáveis obstáculos fáticos nas sociedades modernas à existência do mercado, não garante, em grau suficiente, o direito fundamental dos cidadãos enquanto espectadores a receber uma informação livre e pluralista através da televisão, dada a tendência ao monopólio dos meios informativos e o âmbito nacional das emissões que a lei regula. Do mesmo modo que não se assegura o monopólio público televisivo. Nesse contexto, a noção de serviço público, para o TC, é uma “técnica que -al igual que otras constitucionalmente posibles- puede permitir al legislador ordenar una adecuada concurrencia de las televisiones públicas y las distintas televisiones privadas. Es, por lo demás, cierto que la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado (SSTC 37/1981, 88/1995, 37/1987, 17/1990, etc.); y, entre otras, por el sometimiento a una autorización administrativa que tutele distintos bienes constitucionales y los derechos de otros (STC 227/1993)” (ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 127/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 5/5/1994. Publicación BOE: 19940531 [«BOE» núm. 129]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Vicente Gimeno Sendra. Número registro: 1363/1988, 1364. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad).

68 CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997, p. 124.

69 O *U.S. Supreme Court* manteve sua atitude contida durante anos, existia uma deferência para com o legislador, a quem correspondia em exclusividade analisar as vantagens e inconvenientes da mesma no tocante à seara econômica. Dá-se por terminada a época na qual o *due process clause* da emenda XIV era utilizado para opor-se à regulação das atividades econômicas como o caso *Williamson v. Lee Optical*, 348 US 483 (1955), onde se discutia a proibição dos ópticos de venderem óculos sem a prescrição de um oftamólogo ou optometrista (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*. *Williamson v. Lee Optical*, 348 US 483 (1955). Argued March 2, 1955. Decided March 28, 1955. Full case name: Mac Q. Williamson, Attorney General of Oklahoma, et al. v. Lee Optical of Oklahoma, Incorporated, et al. Citations: 348 U.S. 483; 75 S. Ct. 461; 99 L. Ed. 563; 1955 U.S. LEXIS 1003. Prior history: Appeal from the United States District Court for the Western District of Oklahoma. Court membership: Chief Justice Earl Warren; Associate Justices Hugo Black, Stanley F. Reed, Felix Frankfurter, William O. Douglas, Harold H. Burton, Tom C. Clark, Sherman Minton, John M. Harlan II). A partir de então, os juízes deveriam limitar-se a comprovar que a lei

falência, não se teve alternativa a não ser partir para a reformulação dos dois modelos intervencionistas e, reivindicando então seus protagonismos, desenvolveram um modelo misto, temperando a organização e a disciplina até então atingidas pelo Estado, com as potencialidades inesgotáveis de criatividade própria das sociedades livres⁷⁰.

estabelecia medidas racionais para salvaguardar o interesse público (vide: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Ferguson v. Skrupa, 372 US 726, 730-731 (1963). Argued March 20, 1963. Decided April 22, 1963 e STRAUSS, David A. Why Was Lochner Wrong. University of Chicago Law Review. Chicago, v. 70, n. 1, p. 373-386, 2003).

A ponderação de princípios e normas constitucionais em conflito, para que se faça preponderar o mais relevante, já era, ao menos no âmbito econômico, aplicada pela Sentença *United States v. Carolene Products Co*, 304 U.S. 144 (1938). Nessa, o U. S. *Supreme Court* sustentava a constitucionalidade de uma lei federal que regulava o comércio de leite mediante estandartes de qualidade do produto, sobre a base de um mero controle de razoabilidade. Conferia-se ao legislador uma ampla margem de discricionariedade. Não obstante, na quarta nota, adverte-se que essa margem é muito menor e o controle de constitucionalidade é mais intenso quando se dão algumas das seguintes circunstâncias: a existência de uma proibição constitucional expressa, como sucede em muitos dos direitos reconhecidos nas 10 primeiras emendas; e quando, diante de cláusulas constitucionais muito mais abertas, como a *due process clause*, haverá que ter em conta o efeito da legislação sobre os procedimentos de representação democrática para controlar de forma mais intensa as normas que restringem direitos de participação política e aquelas outras que tenham como destinatário uma minoria religiosa, étnica ou racial. Deve a Corte assegurar que os poderes públicos tenham em conta suficientemente os interesses de todos os cidadãos (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *United States v. Carolene Products Co*, 304 U.S. 144 (1938). Argued April 6, 1938. Decided April 25, 1938. Full case name: *United States v. Carolene Products Company*. Citations: 304 U.S. 144; 58 S. Ct. 778; 82 L. Ed. 1234; 1938 U.S. LEXIS 1022. Prior history: Demurrer to indictment sustained, 7 F. Supp. 500 (S.D. Ill. 1934). Court membership: Chief Justice Charles E. Hughes; Associate Justices James C. McReynolds, Louis Brandeis, Pierce Butler, Harlan F. Stone, Owen J. Roberts, Benjamin N. Cardozo, Hugo Black, Stanley F. Reed. Laws applied: U.S. Const. art. I; U.S. Const. amend. V; 21 U.S.C. § 61-63 (1938) (Filled Milk Act § 61-63).

- 70 Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais (FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (coords.). Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo? Coimbra: Almedina, 2009, p. 14, 15, 19 e 21) afirma que na Europa ocidental a opção pela produção de bens conduziu a nacionalizações, à formulação de monopólios públicos ou, pelo menos, de extensos setores empresariais públicos. Afirma: “*diversos sectores fundamentais da economia europeia foram enquadrados por monopólios públicos ou, pelo menos, pela atribuição de direitos especiais ou exclusivos a certos operadores empresariais, desenvolvendo actividades consideradas especialmente importantes para a colectividade e que deveriam estar subtraídas ao livre jogo da concorrência devido ao receio de que fossem exercidas em sentido pouco conforme ao interesse geral*”. Segundo os autores, este modelo entrou progressivamente em crise por várias razões sendo as principais razões de ordem econômica-institucional (geral) e razões intrinsecamente ligadas à dinâmica jurídica e econômica da integração comunitária. Mais adiante, afirmam que duas categorias fundamentais conduziram a um processo de transformação que assenta em dois movimentos essenciais, a saber: “*um movimento intenso de privatização (especialmente privatização de empresas públicas)*;



Figura 2 – Esquema dos diferentes modelos de Estados

Fonte: Elaborada pelo autor.

A partir da figura 2 se resume cada um dos modelos até aqui visualizados. Identifica-se, comparativamente, a característica básica de cada um dos três modelos (centro da figura), e se evidencia que o Estado bem-estar acolheu elementos do Estado liberal/mínimo e do Estado social/intervencionista (setas com traços sólidos, originárias de cada modelo para com o Estado bem-estar), além, é claro, de demonstrar, por meio das linhas pontilhadas, que o Estado, na atualidade, vem passando por uma transição para o Estado pós-moderno.

Um movimento cada vez mais alargado de liberalização, em larga medida corporizado no desmantelamento gradual de direitos especiais ou exclusivos existentes nos Estados-Membros e que permitiram manter múltiplos sectores económicos essenciais desses Estados fechados à concorrência”.

Termina afirmando que o processo empreendido na UE de desmantelamento de anteriores monopólios públicos e de eliminação de direitos especiais ou exclusivos, forneceu um impulso para o desenvolvimento ex novo de um moderno corpo jurídico de regulação da economia: “trata-se, em síntese, de regulação jurídica da economia que visa directamente abrir determinados sectores económicos à concorrência e criar condições duradouras para o efectivo funcionamento aberto desses novos mercados, assegurando, em paralelo, que tal funcionamento concorrencial dos mercados é compatível com a disponibilização de um conjunto essencial de serviços de interesse económico geral”.

1.2.3 Estado pós-moderno e as mudanças na ordem econômica constitucional brasileira

Hodiernamente, busca-se um Estado eficiente, com menos custos e melhores resultados. Tendo-se em conta as transformações que se está vivendo, pode-se afirmar que o aparato do Estado tende a perder sua histórica configuração piramidal para adotar o modelo reticular da pós-modernidade. Uma das principais consequências é colocar em xeque velhos institutos de Direito Administrativo, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; a legalidade administrativa como vinculação positiva e negativa à lei (*positive e negative Bindung*)⁷¹; a ideia de um poder executivo unitário, fundada em relação de subordinação hierárquica entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo; a nova configuração da noção de serviço público; a intangibilidade do mérito administrativo consistente na incontornabilidade das eleições discricionais da Administração Pública; entre outros.

Assim, entende-se que as características gerais da nova configuração contemporânea, que vêm sendo identificadas por Estado pós-moderno⁷², apre-

71 Günther Winkler (WINKLER, Günther. *Der Bescheid*. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt. Manz'sche, Wien; Auflage: Unveränd. Nachdr, 1956) é o primeiro a tratar do sentido negativo do princípio da legalidade, o qual predispõe que a Administração pode fazer tudo aquilo que a lei não proíba. O senso positivo da legalidade tem o sentido de que aquela não pode atuar sem prévia e expressa habilitação desta, ou seja, a Administração pode fazer aquilo para o que a lei expressamente lhe habilite. Essa dupla face é a expressão do moderno princípio da legalidade. Desse modo, o moderno princípio da legalidade significa que a Administração, ademais de estar desde logo submetida à lei, não podendo violá-la, para atuar em certos âmbitos materiais, necessita uma lei formal prévia que determine e condicione sua atuação ulterior. Tal conceito se distingue do de legalidade em sentido amplo, conhecido e aceito como princípio de juridicidade, elaborado no seio da Teoria Normativista de Hans Kelsen (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo. Martins Fontes, 1987). Adolfo Merkl (MERKL, Adolfo. *Teoría general del Derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004, p. 212 et seq.) distingue entre o princípio da juridicidade da Administração e o de legalidade, sendo este “*un caso especial de aplicación*” daquele. Para o autor, o primeiro “*no prejuzga, en forma alguna, la clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa [...], es una ley jurídico-teórica que se funda en la naturaleza que posee todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas*”, mientras que “*el principio de legalidad es un postulado jurídico-político, que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva*”. Assim, todo bloco normativo determina a atividade e constitui o que se chama de juridicidade.

72 Jacques Chevalier (CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003) e Robert Cooper (COOPER, Robert. *The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century*. London: Atlantic Books, 2003) classificam o Estado contemporâneo em três grupos: os Estados “*pré-modernos*”, tais como Afeganistão, Somália, Libéria e quase todos Estados africanos, muito frágeis e demasiado

sentam, em sua concepção, uma reformulação do aparato estatal que abrange em si distintas gamas de Estados, unidas em quatro segmentos⁷³: um primeiro segmento que diz respeito ao fortalecimento de laços de interdependência, havendo-se o Estado enquadrado, o Estado competência e o Estado englobado; um segundo segmento que trata da redefinição das funções estatais, em que se tem o Estado garantia, o Estado regulador e o Estado protetor; um terceiro segmento relativo às atenuações ou mitigações das especificidades estatais, sinalizam ao Estado desmitificado, o Estado banalizado e o Estado reformado; e, por fim, um quarto segmento que é concernente à fragmentação da estrutura estatal, configurando-se o Estado policentrico, o Estado territorial e o Estado segmentado.

O Estado passa por um processo de modernização que exerce efeitos indissociáveis à noção de soberania, afinal, as transformações atuais reduzem a margem de liberdade dos Estados, favorecendo o surgimento de novos atores que desbancaram a noção de Estado-nação onde esse dispunha uma posição suprema, criando com isso um jogo complexo e multidimensional de interações.

pequenos para apresentar todos atributos de autênticos Estados; os Estados “modernos”, como Índia, China, Brasil, entre outros, atrelados à concepção tradicional de Estado e detentores de monopólios da força; e os Estados “pós-modernos”, aqueles em que a soberania tende a dar lugar a uma lógica nova de interdependência e cooperação, apagando a separação entre política interna e externa.

Ressalta-se que este novo Estado pós-moderno não se encontra em quase nenhuma Constituição atual, portanto, dependerá muito de uma evolução permanente introduzida pelo legislador reformador e pelos tribunais constitucionais, por meio de interpretações, produzindo por vezes a denominada mutação constitucional sem alteração no texto, e somente nas normas preceitos (ou normas regras) e não nas normas princípios, já que qualquer que seja a sua própria essência comportará uma infinita pluralidade de aceitações em confrontação ponderada com as demais congêneres, ou seja, nas normas princípios, nunca haverá mutação constitucional. Assim entende-se, pois são as mudanças constitucionais, seja por alterações do texto, função legislativa por meio de emendas (específicas) ou revisões (gerais), seja pela interpretação sem alteração do texto (mutação constitucional), função judicante, que mantêm vivas as constituições.

73 Jacques Chevalier (CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 30), após referir-se as transformações do Estado, afirma: “L'action combinée de tous ces facteurs tend à infléchir le modèle étatique, sur quatre points au moins: - D'abord, le processus de mondialisation en cours place l'État dans un contexte d'interdépendance structurelle, qui rend caduque la conception traditionnelle de la souveraineté; - Ensuite, la perte par l'État de la maîtrise d'une série de variables essentielles dont dépend le développement économique et social débouche sur une redéfinition de ses fonctions; - Corrélativement, la netteté et la précision des frontières entre le public et privé tendent à s'estomper, entraînant une banalisation de la gestion publique; - Enfin, alors que l'État avait été organisé sur un mode unitaire, on assiste à un mouvement de fragmentation et d'éclatement d'appareils de plus en plus hétérogènes”.

Esses efeitos fazem com que haja, hoje, um fortalecimento ou intensificação dos laços de interdependência e solidariedade⁷⁴.

Isso caracteriza um Estado enquadrado, ou seja, um Estado atrelado a uma nova inter-relação internacional, que se desenvolve por meio de interações entre Estados para a constituição de sociedades internacionais, de uma ordem transnacional que se constitui progressivamente sobre o conceito de Estado-nação⁷⁵. Ademais, tem-se um Estado competência, visto que o fato de que a ordem

74 LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES (ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008) defende a tese da existência de um direito administrativo sem Estado. Para o autor (Op. Cit., p. 31) o Estado deixa de se assumir como protagonista do ordenamento jurídico geral e passa a se exprimir sob novas formas institucionais, supranacionais e não estatais. O autor apóia sua tese na teoria da instituição de HAURIUO (Op. Cit., p. 33), mais precisamente na divisibilidade da *puissance publique* e não tanto na divisibilidade da soberania. Afirma: “*Se a puissance publique é fundamental à noção de Estado, a verdade é que pode haver puissance publique sem Estado e, portanto, direito administrativo sem Estado ou para além dele*”. Em suma, verifica-se uma desestatização material do próprio Estado, e assim é porque o Direito administrativo se originou da ideia de Estado como pessoa jurídica vinculada à legalidade. Não é por acaso, inclusive, que a desconstrução do Direito administrativo em nível interno se iniciou por tal princípio. Sustenta o autor (Op. Cit., p. 36) que o Direito administrativo é um elemento estruturante da ordem jurídica comunitária (UE), afirma que em quanto: “*o legislador nacional privatiza, enquanto o direito administrativo europeu publiciza*”. Assevera que a desadministrativização do aparato institucional da Administração e a abertura crescente aos instrumentos privatísticos pode conduzir a um novo modo de ser da função administrativa. Refere-se ao princípio da subsidiariedade horizontal, em virtude do qual a relação público-privado tende a confluir crescente desenvolvimento de funções públicas pelos privados. Segundo o autor (Op. Cit., p. 38): “*o princípio da subsidiariedade horizontal, levado às suas últimas conseqüências, comporta o germe de um neoliberalismo extremo que desresponsabiliza a Administração pública das suas tarefas fundamentais, nomeadamente de prestadora de serviços públicos essenciais*”. Tudo leva o autor à dizer que o Direito administrativo goza na atualidade de uma especificidade aberta e multiforme, onde o Direito privado, como forma, parece assumir um papel determinante. Esse Direito administrativo sem Estado, ou melhor, europeu, a final, a supranacionalidade analisada pelo autor é a europeia, é definida por ele com (Op. Cit., p. 69): “*o conjunto de princípios e de normas comuns existentes na Europa comunitária, filtrados pelo Tribunal de Justiça, a par de uma norma própria e autónoma que disciplina directa e crescentemente a Administração comunitária e as respectivas relações jurídicas com os particulares*. Ao lado das relações postas pelo direito administrativo nacional (condicionado pelo direito comunitário e que se estabelecem entre as Administrações dos Estados-membros com os seus cidadãos) estão as relações disciplinadas autónoma e directamente pelo direito administrativo europeu entre a Administração comunitária e os cidadãos europeus (dos Estados-membros). Estas novas relações jurídico-administrativas comunitárias são fruto do labor do legislador e da jurisprudência comunitária e constituem, segundo julgo, o núcleo duro do direito administrativo comunitário”.

75 Surge, no pós-guerra, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), que é hoje a maior organização internacional existente. Define-se como uma associação de governos global que facilita a cooperação em assuntos como o Direito Internacional, a paz e seguridade internacional, o

transnacional, em via de construção, sob o signo da heterogeneidade e complexidade, impõe aos Estados limitações que fazem com que seja necessário que esses posicionem-se mais além de sua autoridade, implementando estratégias autônomas, pois, como já não necessitam da “*autorização*” dessa ordem para ter acesso à vida internacional, os Estados são, de fato, obrigados a manter relações de interação e intercâmbio com eles, seja diretamente ou por meio de estrutura de cooperação que hajam criado. Por fim, esse fortalecimento ou intensificação de laços de interdependência e solidariedade traz consigo o Estado englobado, no sentido de que a globalização empurrou as fronteiras nacionais para mais longe, criando um espaço ampliado de regulação, qual seja, a regionalização e o multilateralismo, visto como uma lógica, mas também como uma necessidade⁷⁶.

Outra consequência do Estado pós-moderno é a redefinição das funções estatais, que buscam respeitar os princípios de um “*good governance*” edificado sob o conceito de Estado liberal ou mínimo. Consagra um regime de mercado, operando pelo tipo liberal do processo econômico, que somente admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de qualquer interferência, seja do próprio Estado seja da formação de monopólios ou do abuso do poder econômico, sempre na defesa da livre iniciativa. Isso significa que determinadas atividades devem ser desenvolvidas pela iniciativa privada, por força dos princípios da subsidiariedade e da abstenção⁷⁷.

desenvolvimento econômico e social, os assuntos humanitários e os direitos humanos. A ONU foi fundada em 24 de outubro de 1945, em São Francisco (Califórnia – EUA), por 51 países, ao finalizar a Segunda Guerra Mundial.

76 CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 31-45.

77 Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 72), sobre o princípio da subsidiariedade na União Europeia, enfatiza que a formação e reconhecimento expresso de tal princípio, no Tratado de Maastricht de 1992, foi uma grande e boa novidade. Assume o autor que tal tratado dispõe que, nos âmbitos que não sejam de sua competência exclusiva, a Comunidade intervirá conforme o princípio da subsidiariedade, somente na medida em que os objetivos da ação pretendida não possam ser alcançados de maneira suficiente pelos Estados-membros e, por conseguinte, possam lograr-se melhor devido à dimensão ou aos efeitos da ação contemplada, em nível comunitário. Chantal Millon-Delsol (MILLON-DELSOL, Chantal. *L'État subsidiaire*. Paris: PUF, 1992. Apud: CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 46) vai mais longe, ao afirmar que tal princípio significa que a intervenção estatal não é legítima em casos “*d'insuffisance ou de défaillance des mécanismes d'auto-régulation sociale (suppléance), étant entendu qu'il convient alors de privilégier les dispositifs les plus proches des problèmes à résoudre (proximité) et de faire appel à la collaboration des acteurs sociaux (partenariat)*”. E termina aduzindo que tal princípio é o coração da Pós-modernidade sob o signo do pluralismo e da diversidade.

A aplicação desses princípios comporta um Estado: garantidor de uma coesão social e da manutenção da ordem (seguridade), uma vez que, além de ver suas antigas funções de uso de força limitadas por uma progressiva consolidação de uma ordem transnacional, levando ao desenvolvimento das operações para estabelecer a paz e manter a ordem internacional, bem como de ver seus privilégios sobre o dinheiro e arrecadação de impostos gravemente fragilizados pelas limitações do sistema financeiro internacional e até mesmo devido à criação de uma moeda única, como é o caso do Euro, hoje, o Estado pós-moderno está obrigado a exercer uma relação com outros atores, externos e internos. Então, tornando-se um ponto de referência, aparecendo como garantidor e garante da continuação de uma série de tradições e valores em torno dos quais todos se reconhecem e se identificam, tendo a tarefa de “*produire du collectif*” (produção do coletivo) e a obrigação de “*recoudre un tissu social*” (costurar um tecido social), cuja evolução dinâmica das sociedades contemporâneas tende a rasgar permanentemente, além de estar obrigado a manter uma “*conception extensive du maintien de l’ordre*” (concepção extensiva da manutenção da ordem), mesmo com a aparição de novas modalidades de violência e criminalidade; e a proteção contra “*les risques de toute nature*” (riscos de toda natureza). É esse o Estado garantia; regulador do mercado, presente na economia como um “*stratège*” (estrategista) e não um “*pilote*” (piloto), essa nova função descaracteriza o Estado produtor e traz o fim de um dirigismo econômico, fazendo com que o Estado passe a especializar-se em diversos setores e segmentos, abandonando a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la à direção técnica, a interpretação de conceitos técnicos para implementação de políticas públicas por meio de atos normativos, executivos e judicantes: é o Estado regulador⁷⁸; e, por fim, protetor de uma nova lógica social e de solidariedade, afinal o anterior pensamento de um Estado social estava em crise (muito, devido à situação das finanças públicas), fazendo esse passar por um

78 Parece que aqui o Estado também atua como alocador de recursos, pois passa a desempenhar duas funções distributivas: uma externa (ou política), por meio de políticas sociais voltadas aos segmentos assistidos, e outra, interna (ou administrativa), que se executa por meio dos orçamentos públicos, na distribuição dos meios financeiros entre entes e órgãos – é o Estado distributivo, atuando em função alocativa; associado econômico, já que o Estado associa-se a iniciativa privada, convocando a sociedade para a colaboração, proporcionando incentivos a esta – é o Estado associado; e, fomentador econômico quando o Estado passa a ser impulsionador da iniciativa (fomento empresarial), promotor de oportunidade de trabalho (fomento laboral), incentivador de investimentos (fomento financeiro) e desbravador de novas alternativas econômicas (fomento científico-tecnológico) – é o Estado propulsivo.

processo de redefinição para ter uma maior congruência com o contexto de pós-modernidade: é o Estado protetor⁷⁹.

O terceiro segmento desse novo Estado pós-moderno trata das atenuações ou mitigações das especificidades estatais. A distinção de público/privado implica uma representação bipolar da vida social. A sociedade está formada por duas esferas distintas: de um lado, a esfera privada, baseada na livre iniciativa e estruturada em torno de informes de interação que se formam entre os indivíduos e os grupos; de outro lado, a esfera pública condiciona aos informes da autoridade. Essa distinção deu lugar a dois sistemas de valores com normas distintas, o público, dominado pelos interesses públicos; e o privado, pelos interesses privados.

A oposição existente entre essas duas esferas cria uma tensão dinâmica que a sociedade necessita para existir, além de portar consigo distintas modalidades de Estados. Um Estado desmitificado cujo mito “*interesse público*”, em que o Estado construiu sua legitimidade, perde sua força como resultado da convergência de dois movimentos: por um lado, decidiu, na noção de interesse público, preservar o atributo privado do interesse público e particular, tendendo um enfoque mais flexível. O interesse público não é mais considerado como um produto de uma geração espontânea, agora, sua base de formação, necessariamente, vem atrelada ao interesse particular dos indivíduos e grupos. Por outro lado, a ideia de que a esfera pública está totalmente dominada pelo culto do interesse público é errônea, pois parece não ser mais um monopólio do Estado. Tal crise da noção de interesse público se manifesta notoriamente no que concerne à gestão pública. Sua utilização como legitimadora de suas distintas ações não são mais suficientes, a ideia é que a Administração seja como o privado, ou seja, eficaz, almeja um “*new public management*”, que visa reduzir o peso do Estado transformando seus diferentes métodos de gestão pública com o fim de atingir uma administração de resultado⁸⁰. Também se configurou aqui o Estado banalizado, revestido como um novo particularismo dos diferentes mecanismos jurídicos e tendendo a impor um “*droit commun, qui est au cœur de la Rule of Law*”, que tivesse trazido uma ruptura, ou melhor, uma crise do Direito Administrativo que afeta a estrutura desse direito conhecida em todo o mundo,

79 CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 45-62.

80 Vide: POLLITT, Christopher. *Managerialism and the public services: the Anglo-American experience*. Oxford: Blackwell, 1990.

levando à “*fuga*” ao Direito Privado. Tudo revela um processo de banalização das instituições estatais. E, por fim, tem-se o Estado reformado que representa a reforma administrativa originada da penetração na esfera pública dos métodos de gestão privada, desenvolvendo uma nova gestão pública ligada à noção de “*gestion des ressources humaines*”, “*responsabilisation des gestionnaires*” e uma “*nuevelle perception de l’administré*”⁸¹.

O quarto e último segmento, diz respeito à fragmentação da estrutura estatal. A construção do Estado moderno repousou sobre o princípio fundamental de unidade orgânica, em que as máquinas administrativas eram solidárias e interdependentes, além de serem garantidas por mecanismos formais e informais de integração. Hoje, o Estado se converteu em uma enorme máquina com múltiplas articulações, possuidor de uma complexidade e diversidade inimagináveis em diferentes centros de poder.

O Estado tende a abarcar a diversidade dos contextos locais e o segmento de acordo com a variedade de problemas governamentais, por isso se afirma que a pós-modernidade trouxe um Estado policêntrico. A burocracia, fundada sobre a base da hierarquização, é desestabilizada pela proliferação das estruturas de um novo tipo, fora dos clássicos de gestão e mais além da influência da hierarquia. É visto pelo desenho de um novo princípio para o alívio do aparato estatal congruente com a ideia de pós-modernidade, que visa uma ação autônoma ou independente, onde as entidades do Estado já não estão unidas por laços de subordinação vertical, mas por relações horizontais de interação e interdependência. A figura pós-moderna de “*réseau*” (rede) tende a substituir a figura de “*pyramide*” (pirâmide). Ademais desse Estado policêntrico, o contexto da pós-modernidade também fez surgir o Estado territorial, em que se deixa de lado um contínuo movimento de centralização que se reflexionava na redução gradual da autonomia local, para passar a um “*fédéralisme coopératif*” (federalismo cooperativo), caracterizado por uma política de cooperação cada vez mais ambiciosa construída pelos Estados, que parece conduzir a um processo de “*dé-territorialisation*” (regionalização ou autonomização), o que resulta na integração gradual das áreas locais, que, por meio da desconcentração, descentralização e neofederalismo, trouxe formas de organização mais favoráveis à autonomia local. E, por fim, o Estado segmentado, que deixou a lógica da unidade da maquinaria interdependente e inter-relacionada do Estado para permitir brotar uma “*décentralisation*

81 CHEVALIER, Jacques. *L’État post-moderne*. Paris: LGDJ, 2003, p. 62-73.

fonctionnelle” (descentralização funcional), que fortalece uma política de responsabilização dos serviços gerenciáveis pelos administradores e uma espécie de “*déconcentration fonctionnelle*” (desconcentração funcional) para ampliar sua própria iniciativa, levando o aparato estatal cada vez mais a um heterogêneo conjunto de dispositivos com suas próprias racionalidades de funcionamento⁸².

Essa nova percepção de Estado, ou seja, de um Estado pós-moderno se encontra envolvido em um tripé juspolítico, que se caracteriza pelo novo constitucionalismo/neoconstitucionalismo⁸³, que possibilita a positivação das garantias fundamentais, a onipresença entre princípios e regras, a concessão de uma força vinculante/eficaz própria aos princípios, elevando-os ao patamar de uma categoria normativa autônoma, dotada de um sistema de eficácia própria; pela nova teoria do direito/pós-positivismo jurídico, que deslocou para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse

82 Ibidem, p. 73-84.

83 Para entender o desenvolvimento do neoconstitucionalismo e o próprio trânsito do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo, é necessário ter em conta o fenômeno denominado “*constitucionalización del derecho*”. Riccardo Guastini (GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73) traz sete condições para que se reconheça esse fenômeno. Sinteticamente: 1) a existência de uma Constituição rígida, que incorpore os Direitos fundamentais; 2) sua garantia constitucional, mediante um sistema de controle sobre a produção normativa infraconstitucional; 3) a força vinculante; 4) a sobreinterpretação constitucional, os argumentos a *simili*, a analogia e a invocação de princípios constitucionais que ampliam e intensificam a presença da Constituição no ordenamento até o ponto de fazer possível certa omnicompreensividade do Direito; 5) a aplicação direta da Constituição para regular as relações de Direito Privado; 6) a interpretação segundo a Constituição, a adequação das leis ao texto magno; e 7) influência da Constituição sobre as relações políticas, onde os princípios constitucionais, com sua forte importância moral e política, intervêm na argumentação política, regem as relações entre os poderes do Estado e, o que é mais relevante para o presente trabalho, permitem a órgãos jurisdicionais, como o Tribunal constitucional, examinarem a argumentação política que subjace às normas jurídicas.

Paolo Comanducci (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 75-98), utilizando a classificação de Norberto Bobbio para o positivismo jurídico (BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993), classificou o neoconstitucionalismo em: teórico, ideológico e metodológico. Porém, é Luis Prieto Sanchís (SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 123-158, p. 127) quem conclui que o neoconstitucionalismo reúne elementos de duas tradições constitucionais (a norte-americana e a francesa) e diz que o resultado pode resumir-se assim: “*una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces [...] Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. En cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos. Constituciones normativas garantizadas*”.

público, permanecendo com o legislador infraconstitucional a tarefa de especificá-lo; e pelo novo Estado/Estado democrático de direito, que submeteu uma organização política, simultaneamente, à lei, ao interesse social prevalecente e à moral⁸⁴.

Nesse panorama atual, pode-se dizer que o Estado passou a intervir de uma maneira muito mais equilibrada na economia. As diferentes formas de atuação do Estado na economia vêm passando por um profundo processo de mutação, processo esse que se passará a analisar.

1.2.3.1 Uma nova época para um Estado e suas transformações

Depois dos estudos de Odete Medauar⁸⁵, Jacques Chevalier⁸⁶ e Sandro Amorosino⁸⁷, muito se tem pesquisado sobre as transformações, mutações ou evoluções do Direito Administrativo. Tais estudos são e serão cada vez mais importantes para que, pouco a pouco, possibilitem a superação do acaso e do desenvolvimento crítico da Ciência. A ideia é desenvolver condições para estabelecer pesquisa prospectiva, de modo que se possa deixar de atuar *a posteriori*, passando a antecipar as soluções dos problemas⁸⁸.

84 Assim, se a legalidade tivesse sido o suporte do moderno Estado de direito, os direitos fundamentais, a subsidiariedade, a legitimidade e o conceito de Constituição como ordem de valores passaram a ser o suporte do pós-moderno Estado de justiça democrático de direito, ou seja, são os quatro pilares para a construção de uma democracia substantiva e logo do neoconstitucionalismo.

85 MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

86 CHEVALIER, Jacques. *Le Droit administratif en mutation*. Paris: PUF, 1993.

87 AMOROSINO, Sandro. *Le trasformazione del Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1994.

88 Sabino Cassese (CASSESE, Sabino. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza, 2003) no capítulo que trata das transformações do Direito Administrativo, sugere que as mudanças vividas sejam adotadas como valores de alcance retórico. Ele não quer dizer que as transformações não existam em si ou por si, nem que o ponto de vista de quem fala delas seja sempre necessariamente relativo ou subjetivo. Na verdade, quer dizer que a ideia de transformação está carregada de um excesso de valor. Para o autor, há duas características relacionadas às transformações vividas: a velocidade e a continuidade. As mudanças do passado precisavam de séculos. As atuais se produzem em curtos períodos de tempo, em uma grande velocidade. Nos anos mais recentes, tal velocidade se vê acompanhada da continuidade, o Direito Administrativo se rege por um desenho que muda continuamente, porque a reforma se converteu em uma função pública permanente. Além do que, recorda as contradições que estas rápidas mudanças produzem. A primeira deriva do fato de que as transformações não são gerais, mas que se produzem por setores, campos e zonas. A segunda contradição nasce da difícil combinação do novo Direito Administrativo com o velho Direito Constitucional. E a terceira contradição que menciona é a produzida pelo transformismo das transformações. Como as políticas de reforma ou modernização administrativa que já estão

Com o advir do tempo, a sociedade muda sua visão do mundo, seus valores básicos, suas estruturas políticas e sociais. É por mais uma dessas fases que se atra-

difundidas, e nenhum governo deseja subtrair-se às mesmas, não poucos mudam tudo para que nada mude, introduzindo reformas fictícias.

Ao tratar de tais transformações, traz o autor cinco características ou elementos originários do Direito Administrativo e a situação sofrida por tal Direito atualmente.

O primeiro elemento, a nacionalidade, já não é aplicável, pois o Estado já não é a única articulação do Direito Administrativo. Produziu-se uma crise da territorialidade do Estado e, correspondentemente, uma europeização ou internacionalização do Direito Administrativo. Em conclusão, o Direito Administrativo, primeiro, ligado a cada Estado, está hoje ligado a uma pluralidade de ordenamento jurídico e de direitos. LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES (ANTUNES, Luis Filipe Colaço. O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma?. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 66) é contra a tese da existência de um Direito administrativo global defendida por SABINO CASSESE (vide, também: CASSESE, Sabino. *Il diritto amministrativo globale. Una introduzione. Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano, n. 2, v. 54, p. 331-358, abr-jul, 2005). Segundo o autor, faltaria para tanto uma base constitucional e uma disciplina das fontes do Direito e, nessa medida, falta uma forma de legitimação do poder. Afirma: “cedo ainda para falar de direito administrativo global, pela inexistência de uma constituição formal, de um regime das fontes do direito e, sobretudo, pela ausência de um ordenamento jurídico geral a nível internacional. Do que não há dúvida, é que o direito administrativo sem Estado ou para além dele inclui também a internacionalidade das relações administrativas”.

Em segundo lugar, erodiu-se a supremacia do Direito Administrativo. Antes de tudo, deixa de ser um atributo permanente da Administração e do Direito Administrativo e se converte em um privilégio que deve ser concedido caso por caso, pela lei. Depois, supremacia e unilateralidade se substituem por consenso e bilateralidade. Finalmente, o cidadão não se situa já em uma posição de subordinação. A lista de seus direitos frente à Administração Pública se vê enriquecida pelas diversas leis. No entanto, este passo não reduz o poder administrativo a entidade de Direito comum.

Em terceiro lugar, entra em crise a diferença entre Direito Administrativo e Direito Comum, já que o Direito Administrativo se desenvolve, mas em forma privada. Tal fenômeno, para o autor, desenvolve-se pela pressão de duas forças, a dos interesses e a das ideologias. Os primeiros empurram o Direito Administrativo a assumir formas privadas para facilitar a ação administrativa, impedida pelos vínculos do Direito Público. As segundas operam no mesmo modo que as correntes liberais do século XIX, a favor da limitação do império do Direito especial e da substituição da Administração ao Direito Privado, considerado conforme ao regime de liberdades. O resultado destas forças não atua, no entanto, no sentido da simples substituição do Direito Privado pelo Direito Administrativo. O dualismo, para o autor, permanece, ainda que de forma distinta.

Em quarto lugar, produz-se um eclipse do governo dentro do Direito Administrativo. Este último estava, no passado, dominado pelos governos nacionais. Agora, o Direito Administrativo é menos governamental pela influência exercitada pela União Europeia, pela separação entre política e Administração produzida pela exigência de imparcialidade e pela ampliação dos poderes públicos, e, finalmente, pelo desenvolvimento das autoridades independentes no centro e dos poderes representativos locais na periferia.

Termina, em quinto lugar, dizendo que as Administrações se submeteram completamente ao juiz e este é cada vez menos um juiz especial. De fato, o juiz administrativo adquire muitos poderes jurisdicionais frente à Administração, enquanto que, antes, para respeitar a regra segundo a qual a Administração Pública estava submetida ao poder legislativo, sendo independente do judicial, o juiz tinha poderes limitados frente a mesma. Nesse sentido, o juiz administrativo é cada vez menos um juiz especial.

vessa, porém com uma peculiaridade evidente aos olhos de qualquer cidadão: são as transformações mais intensas e globais que jamais se vivenciou na humanidade.

Acerca desse contexto, de transferência da faculdade de transformação de vontades em atos do povo ao Estado e da necessidade de impor limites a este, faz-se necessário uma análise sucinta das transformações que estão ocorrendo no Estado.

Juan de la Cruz Ferrer⁸⁹ bem analisa estes aspectos. Afirma o autor que é indispensável: “*comprender la naturaleza y el alcance de las transformaciones e intentar intuir cuáles serán las grandes ideas fuerza que definirán el nuevo mundo*”. Cita transformações geopolíticas, políticas e econômicas que se reproduzirão, mas também acrescenta, sob esta tripla óptica, outros acontecimentos relevantes, sem a pretensão de exaurir todas as transformações, porém com a preocupação de compor um cenário compreensível da crise que levou à transição antes mencionada.

Com relação às transformações geopolíticas⁹⁰, o autor menciona primeiramente as guerras como um condicionante das instituições políticas, jurídicas e econômicas dos Estados, estabelecendo entre seus basilares princípios: a independência, a soberania nacional, a autossuficiência econômica, entre outros. Informa que desde o momento em que a guerra perdeu sua antiga razão de ser (ganhar território para a seguridade da própria população e obter recursos naturais para a prosperidade da própria economia), começou a abrir-se espaço à cooperação internacional, havendo com isso uma revisão para adaptar os fundamentos de ordem político e jurídico.

Depois, alude ao episódio de 11 de setembro de 2001 como marco de uma política terrorista, destacando que não se trata de um conflito bélico entre Estados para ganhar território, riquezas ou recursos naturais, mas sim da vontade de destruir para impor, por força, sem fundamentos racionais, determinadas ideias. E afirma que a resposta somente pode encontrar-se na negociação e na cooperação internacional.

Por fim, trata da experiência europeia de integração e cooperação. Dita que a experiência de atrocidades vivenciadas durante o século XX levou, pela primeira vez na história, com que personalidades e instituições da maioria dos países associassem e coordenassem seus esforços para criar instituições e processos de cooperação que se apoiavam na paz e cooperação econômica e social.

89 FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 26.

90 Ibidem, p. 28-33.

Acrescenta-se aqui a constante busca por um Direito universal, como um protoconstitucionalismo globalizado⁹¹, apto a superar as diferenças culturais entre povos e nações. Daí justifica-se a tentativa constante de aperfeiçoar as declarações de Direito⁹² como instrumento aglutinador dos direitos naturais inerentes a qualquer pessoa.

Também vale citar a setorialização do Direito, ou, como dizem alguns, do novo feudalismo jurídico⁹³, que reflete a imagem de vários sistemas paralelos e montados em arquipélago.

Estende-se também a essas transformações a elevada prosperidade do crime organizado, das máfias internacionais e da multiplicação de migrações desordenadas que, em síntese, marcam o advento da sociedade de risco⁹⁴.

Com relação às transformações políticas⁹⁵, hoje, o que se tem é um grande ciclo vicioso, em que existe uma estrutura global dividida em cinco níveis ou tipos de entidades, com capacidades distintas de regulação, gestão e atividade. No primeiro nível, aparecem os acordos multilaterais dos países desenvolvidos (ex.: G8)⁹⁶, que possuem de maneira ampla a função de modelação das políticas econômicas mundiais, por meio, por exemplo, do controle do câmbio, coordenação de políticas fiscais, coordenação de políticas monetárias e estabelecimento de regras sobre as transações financeiras. Em seguida, têm-se as agências internacionais constituídas por um número considerável de Estados, que podem tanto ter uma vertente de administração e gestão de conhecimentos

91 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

92 Tais como a Declaração de Direitos da Commonwealth da Virginia, a Declaração de Independência Americana (1776), a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos da Revolução Francesa (1789), a Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas (1948), dentre muitas outras.

93 DOMENICHELLI, Vittorio. Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?. Diritto processuale amministrativo. Milano. v. 22, n. 1, p. 1-13, 2004, p. 1 et seq.

94 LAGADEC, P. La civilisation du risque. Paris: Du Seuil, 1981; BECK, U. La société du risque. Paris: Aubier, 1986.

95 FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 34-37.

96 Tradicionalmente conhecido como o Grupo dos Sete, atualmente, é conhecido como o Grupo dos Sete e a Rússia, conhecido como G8. Trata-se de um grupo internacional que reúne os sete países mais industrializados e desenvolvidos economicamente do mundo, mais a Rússia. São eles: Estados Unidos, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Itália, Canadá e mais a Rússia. Essa última é assim tratada, pois não participa de todas as reuniões do grupo.

técnicos (ex.: UPU) ou de instituições de gestão econômica global (ex.: Banco Mundial, FMI e OMC). Depois, há os sistemas de integração econômica (ex.: UE, MERCOSUL), que detêm uma dupla função, tanto de desenvolvimento das políticas em todos seus aspectos como de influência nas agências internacionais antes mencionadas⁹⁷. No quarto nível, encontram-se as Administrações Públicas ou os Estados-nação, cujo principal papel é a implantação de políticas desenvolvidas pelo terceiro nível e a configuração global das políticas sociais. Por fim, têm-se os sistemas regionais e locais, que possuem a função básica de prestação dos serviços públicos e a provisão de estruturas e infraestruturas para que este resulte possível.

Como afirma Juan de la Cruz Ferrer⁹⁸, os primeiros protagonistas da cena política internacional eram os Estados-nação, mas hoje se perdeu, progressivamente, parte deste protagonismo para compartilhá-lo com outros níveis de governo, com maior aptidão para gestionar ou cooperar nas resoluções dos diferentes problemas⁹⁹.

Hoje, não é mais o Estado-nação¹⁰⁰ o precursor das políticas públicas, mas sim as entidades globais. Fora isso, têm-se, nessas estruturas globais, forças que

97 Tais níveis e tipos de governo – diga-se os três primeiros níveis – tornaram possível uma maior colaboração e sinergia entre os governos, a sociedade e o mercado, seja pela busca de um desenvolvimento, ou pela constante luta pela sobrevivência, visto que se está num mundo em que, caso as exigências não sejam atendidas a contento, exclui-se toda uma sociedade do plano global. Pouco importa quem presta o bem ou o serviço, o que se deseja é uma boa prestação, não se preocupa mais se a entidade é nacional, multinacional ou estrangeira, acabando com o velho conceito de nacionalismo.

98 FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 35 e 36.

99 Aqui o autor cita uma frase de Daniel Bell, que afirma que o Estado ficou demasiadamente pequeno para resolver os grandes problemas da vida e demasiadamente grande para resolver os problemas pequenos. Para tanto, os Estados vêm se unificando em grandes conglomerados, como a União Europeia, o Tratado de Livre Comércio entre Canadá, Estados Unidos da América e México, o MERCOSUL, o Pacto Andino, a ALCA e outras iniciativas de cooperação entre os mercados americanos, assim como os acordos promovidos no Sudeste Asiático e na Costa do Pacífico para a cooperação econômica e comercial entre diferentes mercados nacionais (Asia Pacific Economic Cooperation, APEC). Ao mesmo tempo em que se unificam em tais conglomerados, também, descentralizam suas funções estatais a favor das regiões e dos municípios.

100 De acordo com Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 61 e 62): “El Estado-nación fue una innovación europea que reemplazó al feudalismo y que progresivamente fue sometido al principio de legalidad y a la democracia. También progresivamente, los Estados-nación consiguieron integrar las economías locales en mercados nacionales, gracias a la inversión en infraestructuras y a la

possuem um grande papel no desenvolvimento do mundo, são elas as instituições jurídicas internacionais e as universidades¹⁰¹, visto que são as grandes pensadoras e idealizadoras dos modelos e institutos implantados pelos governos e pelas instituições globais acima referidas.

Testemunha-se, então, um enfraquecimento do conceito de soberania por conta da pluralização das fontes do Direito e da formação dessas novas organizações políticas extra e supranacionais.

Assim, dispõem-se: instituições globais para fomentar uma união mais estreita entre os governos; instituições jurídicas internacionais e universidades para pensar e idealizar novos modelos e institutos; governos para manter a ordem, a segurança e para promover a coesão social; mercado para gerar riqueza, inovações e uma atribuição eficiente de recursos; e sociedade, família, associações e Igreja para a formação e o desenvolvimento dos aspectos fundamentais da pessoa, onde não podem chegar os demais citados. Todos e cada um são imprescindíveis e complementares, logo, separados não podem funcionar nem conseguir seus fins.

Observa-se, também, a influência que o Direito derivado da supranacionalidade exerce sobre o Direito nacional ou interno. A atualidade demonstra que nenhum âmbito do Direito escapa a essa influência. Basta analisar e, para tanto, aqui, expor-se-ão, a título de exemplo, algumas influências no Direito Público para evidenciar o que se pretendeu focalizar. Entre elas, destacam-se: as tendências de extinção das empresas públicas, pelo fato de irem contra a livre concorrência; a maior transparência e participação cidadã na função pública; a evolução dos contratos públicos decorrente de uma extensão das regras de concorrência e reforço das mesmas; a abertura do exercício da função pública; as inovações na responsabilidade patrimonial da Administração, como a responsabilização decorrente de violação a compromissos internacionais; as emendas e reformas constitucionais decorrentes da aceitação pela ordem constitucional interna da criação de órgãos supranacionais, aos quais se podem atribuir competência que a Constituição atribui aos órgãos do poder público; a transposição do Direito

regulación y garantía de los derechos de propiedad, la contratación y la responsabilidad". Hoje, por conta da globalização, se crê que os Estados perderam a importância e, portanto, não são mais responsáveis pelo destino de suas comunidades.

101 As universidades, quando criadas, tinham a função de centros do pensamento universalista, mas, com o Estado nacional, elas nacionalizaram-se, abandonando a vocação globalista. Hoje, com a globalização, estas tendem a se universalizarem novamente.

derivado da supranacionalidade ao ordenamento jurídico interno; a ampliação de princípios como ocorrido com o da confiança legítima; a transformação na noção de serviço público e o surgimento dos serviços de interesse econômico geral; as mudanças na hierarquização das normas e o choque da soberania, vez que as normas ditadas pelos órgãos supranacionais não só possuem aplicação direta e imediata no Direito interno, como também se considerem parte integrante do ordenamento legal vigente, sendo aplicável preferentemente em relação à lei nacional que lhes oponham; o afastamento da compreensão de que a intervenção do Estado na economia era aceita apenas em caso de interesse público, sem qualquer controle jurisdicional para um modelo em que se obriga a demonstração concreta a que corresponde tal intervenção; a submissão dos Poderes Públicos ao Direito; o incremento da complexidade da distinção entre Direito Público e Privado; o enfraquecimento da produção de um direito jurisprudencial; entre muitos outros.

Por certo que o impacto dessa influência, que parece se exercer em todos os rincões do Direito, principalmente no Público, diferencia-se de país a país. Resta saber se tal influência afetará o equilíbrio essencial do Direito Público nacional e se, como tal, é ou não revolucionária em relação ao modelo atual. Além é claro de verificar se essa influência enriquecerá o Direito nacional ou interno, empurrando esse último a reflexões que culminarão numa modernização, desejável ou não.

Nesse contexto, há que imaginar uma maior participação nas tomadas de decisões supranacionais e globais. Ou seja, há que se almejar uma terceira via que não seja a de ficar fora do jogo, aceitando acriticamente o que vem de fora, ou simplesmente combater por combater as transformações. O que se almeja é uma maior participação estatal nas influências que os Direitos supranacional e global possam exercer, ou não, sobre o seu sistema. Caso contrário, o Direito supranacional e global orquestrará aos poucos mudanças que dissolverão por completo sistemas nacionais.

No entanto, não se questiona que o Estado continue sendo indispensável. Sempre foi, ele, uma necessidade “*necessária*” e vital do homem e da sociedade, principalmente nas economias de transição, que necessitam governos fortes que estabeleçam a ordem, a segurança, a liberdade e protejam os direitos de propriedade, dos contratos e dos danos¹⁰² como suporte fundamental do processo de liberalização econômica. Há de se ter definidos e imunes a qualquer ameaça tais direitos.

102 Richard A. Posner (POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 37) estabelece que o direito comum, em termos econômicos, é integrado por três partes, a saber: o direito da propriedade, o direito dos contratos e o direito dos danos.

Ou seja, o Estado se transforma, mas não perece. Ao contrário, expande-se, torna-se mais complexo e inclusive se desburocratiza na medida em que a sociedade ascende como coprotagonista da política e se apresenta como uma organização policêntrica, paralela e colaboradora de suas atividades¹⁰³.

Por desgraça, a realização destas funções fundamentais, em muitos Estados, deixa bastante a desejar, criando uma zona de desconfiança dentre os próprios cidadãos e investidores, o que acaba representando um obstáculo para o crescimento social e econômico. O Estado deve ser previsível e não contraditório em suas ações.

Deve-se proporcionar as bases institucionais imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade e dos mercados. Uma das principais instituições criadas pelos Estados e que tem este sentido são os entes reguladores independentes, que possuem como ideia fundamental e originária a criação de um ente administrativo técnico, altamente especializado e, sobretudo, imune às injunções e oscilações típicas do processo político, às quais, como se sabe, influenciam, demasiadamente, as decisões dos órgãos situados em cada escala hierárquica da Administração. Por esse motivo tais entes, ainda que mantenham vínculos com a Administração, possuem algum grau de independência¹⁰⁴.

Outra mudança que vale acrescentar diz respeito ao quadro organizacional, trazendo uma nova concepção das clássicas funções estatais. O legislativo perde o “*monopólio*” da legislação setorial para exercer o “*monopólio*” da política legis-

103 A respeito, recorda-se a consagrada visão de Manuel Castells (Castells, Manuel. A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999) sobre a sociedade e o Estado em rede.

104 Afinal, é certo que não existirá ente independente enquanto poderosas forças econômicas e políticas estejam envolvidas, principalmente em países onde a corrupção e o nepotismo imperam. É imprescindível chegar ao convencimento de que a corrupção pública e a fraude privada são cânceres que prejudicam enormemente todos os países. Miguel Ángel Fernández Ordóñez (ORDÓNEZ, Miguel Ángel Fernández. La competencia. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 125), sobre corrupção, dita que provavelmente é uma Administração eficaz e, sobretudo, não-corrupta que diferencia um país de outro com relação ao êxito de determinadas reformas. Assim o é, porque a corrupção ataca, segundo o autor, o coração do funcionamento da economia de mercado. Aduz que, além dos problemas ético e penal que a corrupção abarca, também, tem-se um econômico, normalmente esquecido. Afirma que é graças à corrupção que o empresário ganha dinheiro com relativa facilidade, uma vez que deixa de dedicar-se à sua tarefa essencial (reduzir custos e atender melhor os consumidores, por exemplo) para dar-se à obtenção de benefícios econômicos por meio de seus tratos com políticos ou funcionários. Por isso, assevera que: “*una Administración no corrupta es un elemento esencial que garantiza que la clase empresarial se dedique a las tareas que le son propias y que asimismo garantiza la no interferencia de la Administración en las decisiones empresariales*”.

lativa, que faz por meio de normais gerais e da deslegalização/delegificação¹⁰⁵. O executivo perde a herança autocrática e vê enfraquecido o postulado da supremacia do interesse público para ganhar amplitude na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, no emprego da discricionariedade e no exercício da regulática de setores deslegalizados/delegificados. E o judiciário deixa de ser mero intérprete da lei para passar a ser, ou melhor, voltar a ser intérprete do Direito, guardião da justiça e dos valores jurídicos da sociedade.

O Estado, também, deve estabelecer e fazer respeitar um ordenamento jurídico básico para que, com este, tenha um mínimo de ordem e segurança, pois, sem tranquilidade, é impossível que exista a necessária estabilidade social e que se deem as bases para que se produza o esforço pessoal e coletivo e o crescimento econômico e social. Esse caráter dispositivo permite alcançar fins públicos sem que a intervenção administrativa anule ou limite as liberdades e sua criatividade, sendo que facilita aos indivíduos que superam os obstáculos derivados da falta de informação e dos custos de transação, que lhes impediram atuar, já que, quando existem, ampliam notavelmente os custos da iniciativa, da liberdade e da criatividade ao prestar segurança jurídica¹⁰⁶.

Por sua vez, também se mudou a forma de se relacionar com os cidadãos. Pode-se dizer que o Estado, como expressão da modernidade, difundiu-se planetariamente como modelo de organização do poder baseado no binômio: razão/indivíduo.

Assim, tudo seria seguro ao se falar de razão e o *locus* do indivíduo, como homem civilizado, não poderia ser outro que o Estado, postado como ápice do desenvolvimento do racionalismo na política, e nunca na sociedade, que,

105 Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho administrativo I. 13. ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 276 e 277) chamam de deslegalização a operação que efetua uma lei que, sem entrar na regulação material de um tema, até então regulado por lei anterior, abre dito tema a disponibilidade do poder regulamentar da Administração.

106 Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 126) afirma: “El ordenamiento jurídico de la economía resulta imprescindible para que los agentes económicos tengan «seguridad jurídica» o certeza respecto de las reglas del juego que deben respetarse en el mercado (derechos de propiedad, contratación, responsabilidad) y puedan reducir la incertidumbre y el riesgo a las decisiones estrictamente empresariales. Una de las funciones esenciales del Estado es desarrollar la base institucional y el ordenamiento jurídico básico sobre los que descansa cualquier actividad humana”.

como cadinho de interesses e de emoções, cercearia da seguridade da condução e da tutela do Estado.

Nesse contexto, vale ressaltar que a sociedade resgatou a cidadania, deixando as pessoas de serem tidas como súditos para se tornarem cidadãos, não apenas na acepção política, mas também econômica e social¹⁰⁷.

Hoje, almeja-se eficiência, não basta a eficácia, e mais, demanda-se por uma subsidiariedade, ou seja, passa a ser necessário que o atendimento prestado pelo Estado seja atribuído racionalmente aos entes ou órgãos mais aptos a atuar com racionalidade, presteza e proximidade, sendo esta desejável, sempre que possível.

Tal processo se agravou com o endividamento público intolerável, a inflação perversa e irredutível, o belicismo dos governos com suas corridas armamentistas, o peso crescente dos tributos ao ponto de se falar sobre uma voracidade fiscal do Estado e corrupção endêmica.

Outra transformação válida de destaque é a chegada a certo patamar de democracia, ao ponto de exigir novos processos de legitimidade ademais dos tradicionais processos de representação política. A velha democracia ateniense e, depois, a democracia realizada pelo critério da maioria de representantes escolhidos pelo povo, fundada no sufrágio de nomes, conhecida como democracia formal, onde o escolhido detinha legitimação, sem importar quais decisões viesse a tomar e, por consequência, as decisões tomadas, por ele, eram igualmente legítimas, não importando se conduziam ou não a resultados socialmente desejados ou indesejados, já não é mais um modelo plausível. Tais foram substituídas

107 O judiciário vem demonstrando que a preocupação com o administrado-cliente é ostensivamente imposta pelo ordenamento jurídico brasileiro, encontrando amparo inclusive no Texto Constitucional. Além de ser preceito-guia da ordem econômica, a proteção ao consumidor é detalhada em legislação específica, que se impõe, dentre outros direitos, seja ao consumidor plenamente esclarecido quanto aos preços dos serviços que adquire. No campo da Administração Pública, particularmente, enfatiza-se a necessidade de participação do usuário no acompanhamento da prestação dos serviços públicos de que é destinatário. A previsão de execução de serviços públicos por terceiros, que não o ente estatal, viabilizada através das concessões, permissões e autorizações, é acompanhada de determinação legal no sentido de que aos usuários seja garantido serviço adequado, conceituado, pelo próprio legislador, como o que se executa em respeito aos princípios da generalidade (serviço para todos), da continuidade (serviço perene), da eficiência (serviço qualitativa e quantitativamente ótimo), da cortesia (serviço humanizado) e da modicidade (serviço pelo qual se cobram preços razoáveis) (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AGRSEL - Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Liminar - 3582/01, Processo: 20050500018255201 UF: RN Órgão Julgador: Presidência, Data da decisão: 27/07/2005 Documento: TRF500099060, fonte: DJ - Data: 03/08/2005 - Página: 802 - Nº: 148, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data Publicação: 03/08/2005).

por um processo de legitimação do poder político, ou seja, por um recuperado conceito de democracia substantiva ou material, que passou a exigir visibilidade das ações estatais (transparência), participação¹⁰⁸ nas escolhas das políticas – e não mais de nomes – e para a confirmação de que elas estão sendo executadas a contento, sempre que possível, e, sobretudo, a eficiência estatal nas prestações públicas a seu cargo, ou seja, a aferição de resultados¹⁰⁹. Em resumo: a democracia material vai muito além do mero sufrágio de nomes (legitimidade originária) e, mesmo, de programas (legitimidade finalísticas e teleológica), isto é, de quem

108 É a conhecida democracia participativa. O que se denomina de democracia material tem este suporte como um de seus suportes fundamentais. Esta é a participação política aberta aos cidadãos ou a qualquer pessoa física ou jurídica, em todos os poderes e órgãos constitucionalmente autônomos do Estado, para que tenham acesso à informação, para que sejam admitidos em manifestar sua opinião, para que possam influir na formulação de políticas públicas, dentre outros.

109 Atualmente, observa-se uma preocupação com a maior participação popular nos atos de governo. Busca-se uma democracia livre, com direta manifestação da vontade do cidadão, e não mais apenas a expressão da vontade popular nas urnas. Quer-se uma participação direta e pessoal do cidadão na formação dos atos de governo (SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 51).

A problemática é estudada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 7): “A consciência de que a democracia não pode ser apenas o cumprimento de um ritualismo eleitoral, ou seja, uma receita de legalidade, tornou-se mais difundida à medida que os estudos cratológicos mostraram que a política agonal, isto é, a que trata da disputa pelo poder, não é mais que uma fase de todo o ciclo do poder.

Na verdade, este ciclo começa pela destinação do poder, passa por sua atribuição, pelo seu exercício, pela sua distribuição e por sua contenção, até chegar a seu último aspecto, a detenção. Situar a democracia apenas nesse momento do poder – a detenção – tornou-se, no mínimo, uma mutilação de um conceito integral de democracia, e, em muitos casos, sua contrafação”.

E continua, em outra obra (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito político: uma democracia em vias de transformação*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2000, v. VI – Direito Político, p. 175): “A participação é manifestada como uma exigência inelutável sempre que são elevados os índices de informação e de educação da sociedade, despertando maior CONSCIÊNCIA SOCIAL. Por isso, as pessoas não se conformam apenas em fazer a tradicional escolha dos cidadãos que serão seus governantes mas, cada vez mais, demandam ser ouvidas nas decisões que envolvam diretamente seus interesses individuais e metaindividuais específicos. [...]”

Está-se, de certo modo, diante de uma tendência de maior peso que as demais e diretamente influente sobre a LEGITIMIDADE das decisões políticas, representando uma retomada da ação e da responsabilidade da sociedade na condução desses processos, durante tanto tempo sacrificadas sob o influxo avassalador das ditaduras, das ideologias de esquerda e de direita, das burocracias e das tecnocracias que marcaram o século vinte”.

vai governar e com que fins, para exigir a manifestação de consenso¹¹⁰ popular sobre como eles querem ser efetivamente governados¹¹¹.

Assim, se a legalidade havia sido o suporte do moderno Estado de direito, os direitos fundamentais, a subsidiariedade, a legitimidade e o conceito de Constituição como ordens de valores, transformaram-se no suporte do pós-moderno Estado de justiça democrático de direito, ou seja, passaram a ser os quatro pilares para a construção de uma democracia substantiva, por conseguinte, do neoconstitucionalismo.

Destaca-se, também, a mudança da função da lei, que já não é somente *constitutio*, mas também *actio*; não somente o mecanismo por excelência de garantia da liberdade e da propriedade, mas também instrumento de direção ou programação da ação administrativa. Por isso, em muitos setores, a lei se limita a estabelecer critérios materiais, princípios, padrões, objetivos, transferindo a decisão de fundo a outros poderes, os quais irão criar as regras (gerais ou de caso concreto) aplicáveis¹¹². Isto é, ocorre um esgotamento do positivismo para a abertura de um espaço dedicado aos valores no Direito, introduzindo nele os princípios, entendidos, não apenas como expressão de núcleos de valor ou de referência doutrinária integrativa, mas como normas dotadas de eficácia própria e vinculação, aptas a operarem de vários modos os seus efeitos¹¹³.

110 Afinal, é muito melhor ter o avanço da sociedade por meio da cooperação do que por meio do antagonismo, somente a cooperação pode trazer um desenvolvimento saudável, como a tolerância e confiança, que possibilitam a concentração de vontades e o surgimento do consenso.

111 De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59), é extremamente benéfico à política e ao Direito a renovada preocupação com o consenso, pois, segundo o autor: “*contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)*”.

112 MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 34.

113 O enorme desenvolvimento técnico-científico que caracteriza o mundo atual vem influenciando o processo decisório ao ponto de formularem-se previsões de uma inelutável e progressiva erosão da politicidade das decisões em favor da sua tecnicidade e cientificidade. Sua importância é tal que a *Corte Costituzionale italiana*, nas sentenças 226/1974, 202/1976 e 148/1981, admitiu que a falta de adequação da legislação aos progressos técnicos pode determinar a inconstitucionalidade da mesma, depois de ter sido inicialmente considerada conforme à Constituição (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 226 de 9 LUGLIO 1974, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 10 de Luglio 1974. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale”. Pres. BONIFACIO, Massime:

Não basta, portanto, que o Estado se submeta ao Direito conformado pelas leis, que é seu próprio produto; é necessário que estas leis se submetam ao Direito, que é produto da sociedade. A lei deixou de ser única, suprema e racional fonte do Direito.

Outra tendência ocasionada foi a competição entre as sociedades, em sentido *lato*, já que todos os níveis de governo estão competindo. Isso ocorre por conta do processo de integração econômico internacional que a globalização gerou. A competição entre governantes, que antes era adstrita à eficiência bélica e à dominação dos mercados coloniais e outros tão importantes, converteu-se numa competição entre sociedades, muito mais voltada à eficiência econômica, coadjuvada pela eficiência política da atuação estatal nas relações internas e externas, bilaterais e multilaterais; a eficiência administrativa na execução de políticas públicas; e, ainda, sob outro ângulo, até mesmo uma qualificada eficiência social, que consiste em eliminar a exclusão econômica e em resguardar e promover a qualidade de bens e serviços públicos ou privados.

Outras transformações, também, a serem destacadas são as realizações de mais ponderações do que subsunções nas interpretações jurídicas; uma maior onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos a favor de uma opção legislativa ou regulamentária; uma maior onipresença judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário; e a coexistência de uma constatação plural de valores, às vezes, tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno de vários princípios coexistentes entre si e à volta, sobretudo, das sucessivas opções legislativas.

Finalizando, Juan de la Cruz Ferrer trata das transformações econômicas¹¹⁴ e explica que as mudanças econômicas podem se sistematizar em dois eixos. De uma parte, a economia industrial perdeu sua importância, dando lugar à sociedade de conhecimento e de informação, impulsionada por uma nova

7416, 7417, 7418, 7419, 7420 7421; ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 202 de 15 LUGLIO 1976, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 28 de Luglio 1976. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale". Pres. ROSSI, Massime: 8512, 8513, e ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 202 de 14 LUGLIO 1981, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 29 de Luglio 1981. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale". Pres. GIONFRIDA, Massime: 9462, 9463, 9464, 9465).

114 FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 37 e 38.

hegemonia do capital humano e das tecnologias da informação. Doutra parte, os mercados nacionais veem cair as barreiras que os protegiam da competência estrangeira impulsionando, tanto em nível continental como mundial, mercados transnacionais que supõem novas exigências de competitividade às empresas e aos países.

O autor também menciona três revoluções econômicas (a clássica revolução de 1776, a revolução do final do século XIX, que se deu com o desenvolvimento da eletricidade e da sistematização da investigação industrial, e a atual, como os avanços na microeletrônica, informática, telecomunicações, ciência de materiais, robótica, biotecnologia e outras) e aborda algumas transformações significativas no mundo, como a menor importância dos recursos naturais para a economia mundial, por conta da revolução da ciência de materiais e do princípio da substituição tecnológica; o caráter imprescindível das infraestruturas que formam o capital social básico para o crescimento econômico; novos modelos de produção, como a produção distributiva, feita em diferentes partes do mundo; um novo conceito de mercado, onde não se tem o mercado físico, mas sim em rede; e o capital humano.

Aduz o autor, como não poderia deixar de ser, sobre o processo de globalização econômica. Deixa claro que a economia da globalização é o grande motor das mudanças do Estado. As barreiras ao comércio começaram a ser contestadas e combatidas, proliferando a integração econômica em todos seus níveis, acelerando e barateando as relações e transações, beneficiadas, sobretudo, pela celeridade dos meios de comunicação disponíveis. Nesse novo cenário globalizado, passam a ser necessários novos mecanismos de regulação extraestatais, que passam a conviver com os tradicionais mecanismos de regulação intraestatais.

A globalização inflige profundo impacto no Estado, influenciando fortemente suas mudanças, mas, principalmente, a economia. No entanto, distintamente do que se possa superficialmente imaginar, ressalta-se que ela não conduz a uma homogeneização das sociedades e dos países, pois seu processo apresentará sempre resultados diversos segundo o contexto social, cultural, econômico e local de cada sociedade¹¹⁵.

115 A respeito, recorda-se Samuel Huntington (Huntington, Samuel. *Le choc des civilisations*. Paris: O. Jacob, 1966), com seus neologismos explicativos, a *globalization* e a *glocalization*, que exprimem movimentos simultaneamente centrípetos e centrífugos.

Nesse contexto globalizado, acrescenta-se que a moeda deixou de ser entendida como um bem do Estado para ser considerada como um bem da sociedade, que lhe infunde valor com a produção de seus bens e serviços. Com isso, o Estado se vê compelido a cada vez menos dispor politicamente da moeda para limitar-se apenas a dirigi-la administrativamente, desse modo, assegurando sua confiabilidade e estabilidade, sem poder abusar desses consentimentos administrativos nem exercê-los em desconformidade com as regras científico-técnicas aplicáveis. Abre-se, com isso, um imenso espaço de crescimento da competitividade e da mobilidade financeira internacional, com seus aspectos positivos e negativos demandantes dos institutos que o Estado não mais tem condições de desenvolver, salvo operando de forma associada e global.

O comércio internacional que segue a mesma tendência com a ampliação da competição, altera, por sua vez, os sistemas de produção e de exportação de bens e de serviços, tornando inútil, na maioria dos países, qualquer esforço do Estado para reverter situações comerciais adversas.

Ademais, vem ocorrendo uma separação da administração política, que se utiliza de discricionariedade pura e que remanesce com os órgãos de direção puramente político-partidários, da administração técnica e precisa, que se vale predominantemente da chamada discricionariedade técnica e que, por esse motivo, comete-se aos órgãos dotados de autonomia funcional e de independência constitucional.

O progresso, no fim, deixa de ser assunto exclusivo dos Estados modernos; e as sociedades começam a sentir a necessidade de outras instituições, mais especializadas, mais sofisticadas, mais flexíveis, preferentemente autogovernadas e globalizadas para atender a estes novos desafios.

O que decorre hoje é uma maior busca por competição e eficiência, fazendo associações num plano interno com sociedades solidarizadas pela democracia e, ainda, em um plano externo, atuando por meio de Estados associados.

Atualmente, empresas globalizadas (transnacionais e multinacionais) chegam a representar um terço da produção mundial de bens e serviços, dessa forma, concentrando poder econômico que raros Estados podem emular.

No meio de todas estas transformações, está o homem, imerso em sociedades cada vez mais complexas, como um grão de areia em uma praia, um micro-organismo dentro de um macro-organismo rodeado de transformações, à busca da realização de seus objetivos pessoais, que mais e mais se defrontam e se entrecruzam com finalidades externas e adversas, as quais se expandem e

ameaçam seu espaço pessoal de liberdade. Este se vê cada vez mais limitado, na complexidade da vida social contemporânea, recluso, preso, contido em meio a transformações que fogem de seu controle.

Assim, no enfoque dessas transformações, sobretudo, das transformações que a atuação e intervenção do Estado na economia vêm incrementando, que o presente trabalho se enquadra. Trata-se de uma análise sobre a “fuga” do Direito Administrativo¹¹⁶. Motivo pelo qual passa-se a analisar conceitos como legalidade, legitimidade e licitude, no contexto do Estado pós-moderno, uma vez que entende serem pressupostos indispensáveis para entender e analisar as formas de atuação e intervenção do Estado na economia de forma mais clara.

1.2.3.2 Poder executivo e interesse público: legalidade, legitimidade e licitude

O poder tem a vocação de servir a determinado interesse. Como se disse, poder é a faculdade de transformar determinada vontade em atos desejados. Como cada homem possui sua vontade individual – logo, um poder individual – este tenta impô-la aos demais, o que ocasiona conflitos, motivo pelo qual se transferiu o exercício do poder (e não a titularidade) a um representante, o qual, em nome da vontade de todos, zele pela boa marcha da sociedade, alcançando harmonia e bem-estar geral, o que se designa como interesse público.

A legalidade como ordem ético-jurídica, de estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas aos cidadãos; a legitimidade como ordem ético-política, de estabilização do poder em torno de valores consensualmente

116 No Estado de justiça democrático de direito, o Direito Administrativo vem servindo de obstáculo para o avanço da Administração Pública, motivo pelo qual vem ocorrendo uma procura pelo regime de Direito Privado ou, ao menos, um regime jurídico administrativo mais flexível, que imprima maior liberdade na atuação administrativa. Ora, é certo que as normas publicísticas não estão sendo afastadas por completo, mas também é certo que está ocorrendo uma maior aproximação do Direito Administrativo com o Direito Civil, Comercial, do Trabalho, entre outros. Portanto, é fato a necessidade de novos paradigmas para velhos institutos do Direito Administrativo, o que desvenda certa curiosidade, pois, ao mesmo tempo que tal ramo é enriquecido pelo surgimento de novos institutos e princípios, por outro, esse mesmo ramo é tratado como um obstáculo a uma Administração de resultado, especialmente pela aplicação do princípio da legalidade. Vide: VILLA, Jesús Leguina. A Constituição Espanhola e a fuga do Direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. a. 2, n. 6, p. 637, jul.-set., 1995; ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito privado*: contributo para o estudo da actividade de Direito Privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

aceitos; e a licitude como ordem ético-moral, de estabilização do poder em torno de uma moral de resultado voltada sempre às finalidades públicas, convergem, necessariamente, para alcançar o interesse público, detalhando e precisando, de várias formas e níveis, o conteúdo desse interesse, porque tais ordens representam disposições estáveis do poder na sociedade¹¹⁷.

A legalidade, inicialmente, expressa como a vinculação do agente público, em todas as atividades, aos mandamentos da Constituição, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo poder público, hoje, é entendida como a possibilidade de ele somente realizar o que lhe é permitido fazer em conformidade com o ordenamento jurídico em geral¹¹⁸.

A legitimidade plena e, por conseguinte, a plena realização da democracia contemporânea, isto é, da democracia material, caracterizada pelos valores consensualmente aceitos pela sociedade, é, hoje, mais que a mera escolha dos representantes (legitimidade originária) ou a escolha do programa de gover-

117 No plano do Direito Político, o reconhecimento desses três institutos derivados da legalidade ampla corresponde a três etapas de juridicização do Estado: primeiro, o Estado de direito, que vem a ser o Estado submisso à legalidade; depois, o Estado democrático, que é o Estado submisso à legitimidade; e, finalmente, o Estado de justiça, *in fieri*, que será o Estado submisso à moralidade. É a complementaridade desses três institutos que leva à construção do conceito de Estado de justiça democrático de direito. Sobre o tema vide: WEBER, Max. *On law, economy and Society*. New York: Simon and Schuster, 1954, sección 6, p. 5; BOBBIO, Norberto. Sur le principe de légitimité. *Droits. Rev. Franç. de théorie*. Paris, n. 32, p. 147-155, 2000; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 7 e 8.

118 Não são poucos os casos em que o judiciário brasileiro tratou da questão da legalidade administrativa. Cita-se um caso sobre importação de veículos usados, em que se questionava a competência da carteira de comércio exterior do Banco do Brasil S/A para expedição de guias de importação, de acordo com diretrizes do departamento de comércio exterior do Ministério da Economia Fazenda e Planejamento. O caso em questão evidenciou ser odiosa eventual discriminação entre veículos novos e velhos por ferir não só o princípio da isonomia como também o da legalidade. Deixou claro que “o princípio da legalidade, quanto a administração pública, tem dimensão diferente da evidenciada quanto aos particulares, vez que fixa, com precisão, os exatos limites da ação administrativa, sendo mínima a esfera de liberdade, restrita, ainda que se cuide de atos discricionários”. E ainda recordou que a livre iniciativa, além de estar consagrada na ordem econômica constitucional, é um dos fundamentos da própria República, podendo atuar o particular com total liberdade, ressalvadas apenas as proibições legais. Não se tolera restrição a tal liberdade, sem o devido respaldo legal (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Quinta Região*. Classe: AMS - Apelação em Mandado de Segurança – 27765, Processo: 9305160271 UF: CE Órgão Julgador: Segunda Turma, Data da decisão: 03/08/1993 Documento: TRF500011422, Fonte: DJ - Data: 27/09/1993, Relator: Desembargador Jose Delgado, Data Publicação: 27/09/1993).

no (legitimidade finalística ou teleológica)¹¹⁹. Agora, abre-se espaço político às pessoas físicas e jurídicas para que possam fazer escolhas orientadoras e vinculantes, auxiliando a corrente fiscalização do desempenho dos representantes¹²⁰.

119 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 92-94) afirma que a legitimidade pode ser dividida em dois grandes grupos. A legitimidade material (pactual, moral e pragmática) e a legitimidade formal (processual e eleitoral).

A legitimidade material se caracteriza pela existência de uma harmonização de fundo quanto às propostas de poder em questão em determinado grupo. Poderá ser pactual, moral e pragmática. A pactual resulta da concordância expressa, explícita ou tácita, do grupo social com as propostas de poder (concentração, atribuição, distribuição, acesso, exercício e controle). A moral é menos ampla que a consensual, pois resulta apenas de uma suficiente coincidência de valores no grupo social relativamente às propostas de poder em questão. Essa coincidência pode se limitar tanto ao plano dos valores instrumentais quanto ao plano de valores finalísticos, assumindo, por tanto, imensa variedade tipológica consoante o valor ou valores tomados como suficientes para a aceitação de uma proposta de poder (concentração, atribuição, distribuição, acesso, exercício e controle). E, por fim, a legitimidade pragmática é a que reduz o consenso do grupo a um exercício de avaliação de resultados (futuros, correntes e pretéritos) em relação às propostas de poder. Essa avaliação do grupo se concentra sobre a eficiência que poderá ser lograda (futuro), que está sendo obtida (presente) ou que foi realizada (passado) com uma decisão a respeito de qualquer proposta de poder. Dessa característica decorre que tal modalidade é também designada de legitimidade pela eficiência. Poderá ela apresentar-se conforme a referência temporal, como legitimidade originária (em referência ao título para o exercício do poder, ou seja, o agente público o será por algum título, este nas democracias se justifica por um consenso explícito ou implícito), a legitimidade corrente (em relação ao próprio exercício do poder, pelo desempenho, logo tem a duração do ato de investidura, já que, logo que o detentor do poder passa a tomar decisões, passa a ser necessário confrontar seu desempenho com as expectativas dos governantes, ou seja, é uma legitimidade aferível a cada momento em que dure a detenção do poder, portanto é a modalidade em que deve haver a confirmação material de que, nas realizações concretas dos governos eleitos, as presunções formais que precederam à investidura política, o que, ao final, revela-se no consenso popular contemporâneo sobre o resultado do emprego do poder, realmente, foi cumprida, daí a vantagem da democracia sobre os demais regimes) e a legitimidade finalística ou teleológica (em relação ao resultado do exercício do poder, ou seja, quando houver a confrontação entre o que deveria realizar, a partir de sua proposta, e o que de feito realizou). A legitimidade formal é o meio pelo qual se cristaliza o consenso sobre um determinado ritual ou procedimento, com desistência de fazê-lo quanto ao conteúdo da proposta de poder que poderá dele resultar, dando, portanto, como suficiente, o atingimento do consenso sobre os instrumentos a serem empregados. Poderá ser processual e eleitoral. A legitimidade processual é a obtida pela realização de atos ou de sequência de atos geralmente públicos ou semipúblicos, que são tidos pelo grupo como o suficiente consenso validatório das decisões que deles resulta quanto às propostas de poder que neles se contenham. A legitimidade eleitoral é uma variedade da anterior, que se destaca pela sofisticação e especialização dos procedimentos, de modo que, por meio dela, pessoas ou grupos de pessoas poderão expressar específicas escolhas quanto às propostas de poder, notadamente quanto às pretensões de acesso (escolha de pessoas), podendo ser teoricamente estendido a qualquer outra proposta de poder (escolha de decisões).

120 O judiciário já vem ganhando o entendimento moderno de que o princípio da legalidade atualmente possui uma compreensão mais ampla que há alguns anos. Em um caso de afastamento temporário de

A licitude vinculadora da moralidade administrativa passou a servir não apenas como fundamento autônomo para a anulação do ato administrativo, passando a admitir a utilização do conceito de improbidade administrativa, como espécie de imoralidade administrativa legalmente qualificada, como um *standard* comportamental a ser observado pelo agente responsável pela gestão ante os riscos a que está sujeita. Decorre daí a exigência de correto manejo dos recursos, cuidado, moderação, para que se evitem as situações de risco previsíveis, que possam comprometer o interesse público. Nesse aspecto, nenhum risco pode ser ignorado ou negligenciado pelo gestor público, que deve esforçar-se para executar uma gestão sem riscos¹²¹.

Esses três parâmetros fazem com que o Estado se subordine ao interesse público. A busca do interesse público é de difícil conceituação, dada a sua fluidez e temporalidade. Por isso, a Administração desfruta de margem de livre decisão

servidora federal para realização de cargo em comissão de chefe da procuradoria fiscal do Estado do Amapá, o judiciário declarou inaplicável dispositivo legal sobre incompatibilidade da função. Afirma tal decisão que o fim do Direito (a justiça) deve prevalecer sobre a literalidade da lei, sustentando que o “*princípio da legalidade adquire, atualmente, compreensão mais ampla, para significar princípio da constitucionalidade (Juarez Freitas), princípio da legitimidade (Diogo de Figueiredo Moreira Neto) ou princípio da juridicidade (Eduardo Soto Kloss)*” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200001000827437, Processo: 200001000827437 UF: AP Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 10/6/2002 Documento: TRF100133040, Fonte: DJ DATA: 12/7/2002 PAGINA: 147, Relator: Desembargador Antonio Ezequiel, Data Publicação: 12/07/2002).

Outra decisão judicial no mesmo sentido declarou que, recentemente, o princípio da legalidade, para a Administração, vem ganhando compreensão mais flexível (no sentido de princípio da juridicidade, princípio da legitimidade e princípio da constitucionalidade), de modo que o indeferimento de inscrição de uma auxiliar de radiologia, não exatamente o de operador de Raio X no Conselho de Radiologia, em situação anterior à Lei n. 7.394/85, não constituiu ilegalidade flagrante e grave, apta a gerar indenização por danos morais, apesar de ser-lhe assegurado, excepcionalmente, direito a inscrição no Conselho (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 200038000349930, Processo: 200038000349930 UF: MG Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 25/10/2002 Documento: TRF100140394, Fonte: DJ DATA: 14/11/2002 PAGINA: 271, Relator: Desembargador João Batista Moreira, Data Publicação: 14/11/2002).

121 A licitude, também, é tratada pelo judiciário como decorrência do princípio da moralidade pública, que determina, se apurada qualquer ilegalidade, a adoção das providências cabíveis (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 667534, Processo: 199961180016565 UF: SP Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Data da decisão: 11/06/2007 Documento: TRF300120891, Fonte: DJU DATA:28/06/2007 PÁGINA: 390, Relator: Desembargadora Eva Regina, Data Publicação: 28/06/2007).

quanto ao *modus faciendi*, o que justifica recentes transformações na Administração, buscando-se hoje uma administração de resultados¹²².

Apesar do interesse público já ter gravitado sobre diversas órbitas¹²³, entende-se que o mesmo não é o somatório de interesses individuais de cada cidadão e dos grupos. Esses devem buscar por si seus interesses, em caso contrário, ter-se-á, de um lado, um Estado paternalista e poderoso; e de outro, uma sociedade dependente, desestimulada, acomodada e debilitada.

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

Como ressaltado, a expressão interesse público possui sentido amplo, em que são espécies: o interesse geral, afeto a toda a sociedade; o interesse coletivo, que diz respeito a um grupo de pessoas determinado ou determinável; e

122 Atua a ideia da Administração de resultados como justificativa legitimadora da inaplicabilidade do princípio da legalidade administrativa. Os critérios fundamentais para aferir o bom funcionamento da máquina administrativa se reconduzem à *eficácia* e à *eficiência* e não já ou não tanto ao cumprimento pontual e estrito das prescrições legislativas. Diz-se que a Administração deve produzir resultados, independentemente do cumprimento formal da lei; nesta visão, *gestionária* ou *gerencial*, a obtenção de resultados – em concreto, a satisfação final da população – constitui o elemento fundante do aparelho administrativo. Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*: no centenário do seu nascimento. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, 2 v.) sustenta que atualmente procura-se articular legalidade e eficiência. Refere-se o autor ao que chama de “*legalidade do resultado*”. Assinala que, mesmo ainda existindo um certo compromisso com a legalidade, há uma significativa diminuição da intensidade legislativa e a passagem para um modelo de “*normatividade principialista*”, propendendo a substituição de um “*Direito de regras*” por um “*Direito de princípios*”. Para esse autor, no futuro, a lei limitar-se-á a definir os objetivos públicos e os resultados a atingir, confiando à Administração Pública uma ampla liberdade de escolha das medidas que, em concreto, mostrem-se adequadas, eficazes e eficientes para a produção dos efeitos desejados. Sobre a Administração de resultados e a articulação entre legalidade e eficiência, vide: IANNOTTA, Lucio. Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare). *Diritto processuale amministrativo*. Milano, v. 23, n. 1, p. 1-51, 2005, p. 1 et seq.; SPASIANO. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003, especialmente p. 255 et seq.

123 Inicialmente, confundia-se o interesse do rei com o interesse público. Passou por um positivismo jurídico que continha, nas legislações ordinárias, sua definição e atualmente com o pós-positivismo, tem-se deslocado para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público, remanescendo ao legislador ordinário a tarefa de especificá-los.

o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizado pela indeterminação e indivisibilidade¹²⁴.

É na vida em sociedade organizada que surge o conceito de interesse público que importa, pois fez brotar necessidades coletivas - interesse coletivo geral que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, por meio de ações públicas juridicamente embasadas, ou por meio de ações jurídicas politicamente fundadas¹²⁵.

Assim, entende Marcelo Rebelo e Sousa¹²⁶:

A administração e o direito administrativo só podem compreender-se como recurso à idéia de interesse público. O interesse público é o norte da Administração Pública; [...]. Sendo a função administrativa uma função secundária do Estado, o que se traduz na sua subordinação ao princípio da legalidade, não cabe à Administração qualquer papel na escolha dos interesses públicos a prosseguir, aquela está vinculada a prosseguir o interesse público tal como primariamente definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei, através da identificação dos contornos das necessidades colectivas a satisfazer, da decisão da sua satisfação por processos colectivos e da definição dos termos mediante os quais tal satisfação deve processar-se. O princípio da prossecução do interesse público constitui, portanto, um dos mais importantes limites da margem de livre decisão administrativa, assumindo duplo alcance.

124 Os interesses difusos têm para o judiciário brasileiro os seguintes caracteres: a indeterminação dos sujeitos (agregados só eventualmente); a indivisibilidade do objeto (de impossível repartição em prol de grupos ou pessoas); e a intensa litigiosidade (controvérsias de massa) (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 200336000102750, Processo: 200336000102750 UF: MT Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Data da decisão: 5/6/2006 Documento: TRF100230951, Fonte: DJ DATA: 30/6/2006 PAGINA: 142, Relator: Desembargador Luciano Tolentino Amaral, Data Publicação: 30/06/2006).

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

126 SOUSA, Marcelo Rebelo de Matos. Direito Administrativo Geral: Introdução e Princípios Fundamentais. Lisboa: Don Quixote, 2004, Tomo I, p. 201.

É evidente, portanto, que convergidos à ordem juspolítica-moral (legalidade, legitimidade e moralidade), ter-se-á o interesse público, porém tal interesse apenas vinculará à Administração quando definido pela Constituição e sendo objeto de concretização pela lei.

José Carlos Vieira de Andrade¹²⁷ afirma que o interesse público é um interesse que, sendo coletivo, pertence a um grupo indistinto e não se identifica com o interesse próprio de eventuais membros. O autor acrescenta que o interesse público é valor que justifica e dá fundamento à atividade da Administração Pública, corporizando os fins às tarefas que lhe cabem realizar na divisão constitucional dos poderes, e que o interesse público depende da matriz política de cada governo. Na mesma linha de pensamento, o autor¹²⁸ leciona:

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

[...]

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

127 ANDRADE, José Carlos Vieira de. In: José Pedro Fernandes (Dir.) Dicionário jurídico da Administração Pública. 2. ed. Lisboa: [s. n.], 1993, v. V, p. 275.

128 *Ibidem*, p. 276.

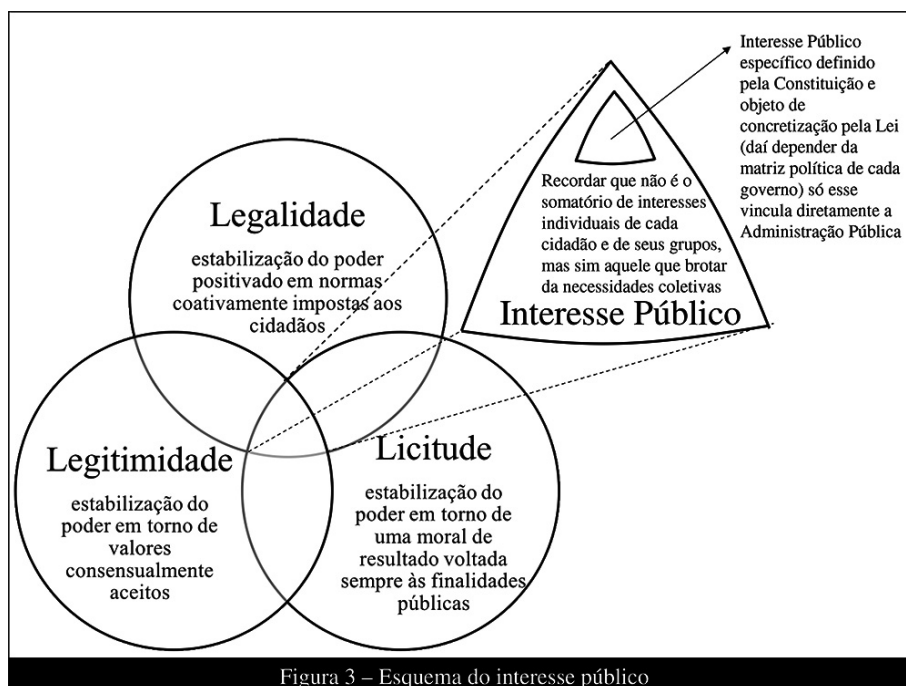


Figura 3 – Esquema do interesse público

Fonte: Elaborada pelo autor.

São essas as posições que se veem refletidas na figura 3. Ilustra a mesma que há uma interseção da ordem juspolítica-moral (legalidade, legitimidade e licitude), que é o interesse público geral, aquele que é convergido por normas coativamente impostas, por valores consensualmente aceitos e por uma moral. Uma vez que um determinado objetivo unifica essas três estabilizações do poder, ter-se-á um interesse público que não se confunde com o somatório de interesses individuais de cada cidadão e de seus grupos, mas brota das diferentes necessidades coletivas surgidas no contexto de uma sociedade que decidiu unir-se para viver em conjunto.

A figura 3 também evidencia que a interseção da ordem juspolítica-moral (ampliação da interseção), aqui, denominada de interesse público geral, possui dentro de si um interesse público específico, definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei. Apenas esse vincula diretamente a Administração Pública, devendo essa, portanto, respeitá-lo, afinal, esse é o seu norte, que justifica e dá fundamento à atividade administrativa. Sem embargo, parece que, na atualidade, o espaço existente dentro do interesse

público geral, mas fora do específico, também, vincula a Administração, porém de forma indireta.

Para identificar o interesse público é, portanto, imprescindível uma democracia material fundada na visibilidade das ações (transparência), para que se alcance maior participação dos cidadãos e para que os mesmos possam confirmar que estão sendo executadas a contento¹²⁹. Além disso, apesar de vaga e imprecisa, a noção de interesse público, quando *in concreto*, cria a possibilidades de concluir o que é o interesse público com mais facilidade.

Nesse contexto, vale mencionar o critério da finalidade administrativa e dizer que o interesse público pode ser alcançado de três formas: pela promoção, pela realização e pela recuperação. A promoção do interesse público decorre da função decisória administrativa, em abstrato ou em concreto, como manifestação de vontade primária da Administração Pública; a função de satisfação do interesse procede da função executiva das decisões abstratas ou concretamente tomadas; e a função de recuperação do interesse público resulta da função judicante administrativa, em que se reaprecia a juridicidade das decisões administrativas, das execuções e mesmo das decisões judicantes de que caibam recursos.

Num esforço de contextualização da análise, é pertinente assinalar que, com a evolução dos tempos, depois de muito sangue derramado, lutas por direitos e estudos com o fim de entender melhor a magia dos tempos, definiu-se que cabia aos políticos a arte de interpretar os interesses da sociedade e chegar a uma decisão capaz de satisfazê-los; ao Direito, cabia a arte de cristalizar, em normas de observância geral e obrigatória, as vivências sociais, o que se caracteriza, como mencionado, de legitimidade e legalidade, respectivamente.

Hodiernamente, procura-se conciliar esses aspectos, pois a busca do interesse público possibilitou o surgimento de uma organização política, submetida

129 A *Corte Costituzionale italiana*, além de afirmar que a livre iniciativa econômica privada não é absoluta e que o art. 41 da Constituição italiana deve ser analisado como um todo, recorda a indispensabilidade da consulta a distintos grupos, que representarão os interesses de distintas classes, além de trazer igualdade e legitimidade à decisão. Sugere também que seja ouvido o prefeito, em nome do interesse geral da população e das associações de defesa dos consumidores em relação aos diferentes tipos de necessidades das localidades (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 133 de 16 DICEMBRE 1968, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 20 dicembre 1968. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 329, del 28 dicembre 1968. Pres. SANDULLI - Rel. OGGIONI, Massime: 3051 e 3052).

simultaneamente à lei – o Estado de direito – ao interesse social prevalecente – o Estado democrático – e à moral – o Estado de justiça.

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

Assim, a legitimidade e a licitude sempre são mais amplas que a legalidade, pois ao Direito é impossível definir legalmente todas as hipóteses de interesse público. Essa limitação, no entanto, não confere às decisões políticas espaços livres de atuação; pelo contrário, mesmo na lacuna da lei, o agente público sempre estará vinculado a um resíduo de apreciabilidade em face do interesse público, sendo certo que haverá sempre uma graduação da legitimidade e da licitude¹³⁰.

Desse modo, o interesse público, definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei, vincula diretamente a Administração Pública e aquele convergido pela ordem juspolítica-moral a vincula indiretamente (Figura 3)¹³¹.

130 Não é de hoje que o judiciário sustenta ser o interesse público um limite à discricionariedade. As decisões judiciais afirmam que a discricionariedade permite uma certa margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para escolha, dentre as alternativas oferecidas, daquela que melhor atenda ao interesse público específico (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: Classe: AC - Apelação Cível – 386568, Processo: 200583000151322 UF: PE Órgão Julgador: Quarta Turma, Data da decisão: 11/07/2006, fonte: DJ - Data: 16/08/2006 - Página: 1073 - Nº: 157, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data Publicação: 16/08/2006).

131 Quanto a esse dever de observância ao interesse público no âmbito da intervenção do Estado na economia, a *Corte Costituzionale italiana* teve oportunidade de fazer uma análise comparativa dos arts. 41, 43 e 21 da Constituição italiana, que dizem respeito, respectivamente, à liberdade de empresa, intervenção direta do Estado na economia e liberdade de expressão e comunicação. Tratava da instalação e operação de redes locais de televisão por cabo e pôde afirmar, na ocasião, que eventual intervenção do Estado na economia deve ser de acordo com o “*interesse público*”. Relata que o Estado pode avançar sem proibir o privado de explorar a televisão por cabo e sem comprimir as liberdades garantidas pelos arts. 21 e 41 da Constituição. Isto não significa, para a Corte, que o legislador não pode, por lei, regular a instalação e operação de redes privadas de televisão por cabo, como a instalação ou funcionamento estreitamente ligados ao interesse geral e, portanto, deve ser aplicado em harmonia e não em conflito com esses interesses. Portanto, mesmo se não existem redes locais de televisão por cabo, por razões de interesse público, justifica-se uma reserva para o Estado. Para esse efeito, pode ser determinado que a instalação e operação estejam sujeitas à aprovação administrativa (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 226 de 9 LUGLIO 1974, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 10 luglio 1974. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 187 del 17 luglio 1974. Pres. BONIFACIO - Rel. DE MARCO, Massime: 7416, 7417, 7418, 7419, 7420 e 7421).

Note-se que o positivismo jurídico restringiu o conceito de interesse público, mas, com o avanço do neoconstitucionalismo, com as Constituições pós-modernas, deslocou para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público, remanescendo ao legislador ordinário a tarefa de especificá-lo. Depreende-se daí que não cabe ao legislador restringir o elenco do interesse público.

Com tal deslocamento, considerou-se o resultado como parte essencial do conceito de interesse público, ou seja, a eficiência e a realização da “*buona amministrazione*”¹³² passaram a ser essenciais. Os valores cívicos e democráticos,

O art. 128 da Constituição espanhola estabelece, em seu apartado primeiro, que toda a riqueza do país, em suas distintas formas, seja qual for sua utilidade, está subordinada ao interesse público, e seu apartado segundo declara que, por lei, pode acordar-se a intervenção de empresas quando assim o exigir esse interesse. O *Tribunal Constitucional español* afirma que a intervenção de empresas, figura contemplada no art. 128.2 da CE e legitimada constitucionalmente, quando assim o exija o interesse público, não está impedida à ação do Decreto-lei. De acordo com o TC, a expressão “*mediante Ley*” que utiliza o mencionado preceito, além de ser compreensiva de leis gerais que disciplinam com caráter geral a intervenção, permite a lei singularizada de intervenção que, mediando uma situação extraordinária e urgente necessidade e, claro, sendo um interesse público legitimador das medidas, está aberta ao Decreto-lei, por quanto a menção à lei não é identificável em exclusividade com o de lei em sentido formal (ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 111/1983. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 2/12/1983. Publicación BOE: 19831214 [«BOE» núm. 298]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Díez de Velasco, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Truyol y Pera. Ponente: don Jerónimo Arozamena Sierra. Número registro: 116/1983. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad).

132 Vale ressaltar que a União Europeia centrou-se na necessidade de configurar a boa administração como direito; por ser uma saída à irreidade de muitos direitos que resultavam reconhecidos legalmente, no entanto, de difícil exercício e, em ocasiões extremas, irrealizáveis, e todos eles provocados por demoras administrativas desnecessárias, abuso de poder, falta de informação por parte dos órgãos públicos, atividades e condutas discriminatórias, isto é, tudo aquilo que mentalmente vem à cabeça quando se pronuncia o termo má administração.

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

Fato é que o direito a uma boa administração aparece recolhido ao longo do TFUE; art. 125.1, art. 128.1 e 2 referidos a campos determinados da Administração. A via estatutária constituiria uma boa oportunidade para concretizar e formular este direito e incidir em um maior compromisso por parte dos poderes públicos no exercício de suas funções para com os cidadãos, porque, sem nenhuma dúvida, a boa administração contribuiria a melhorar o *status* de cidadão, carregado de direitos, em ocasiões, um tanto irrelevantes, se não media uma prestação efetiva.

Vide: FREITAS, Juares. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007; MUÑOZ, Xaime Rodríguez-Arana. *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006; MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: Instituto Nacional del Administración Pública, 2004; SOLÉ, Juli Ponce. *Deber de buena administración y*

além da eficiência, são exigíveis a todos que exercem o poder público. Por isso que Jaime Rodríguez-Arana¹³³ entende que o bom governo e a boa administração de instituições públicas “*es menester que ese poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible*”.

Deve o aparato público deixar de ser um fim em si mesmo para recuperar sua consciência de instituição de serviço à comunidade, o que ocorrerá somente quando a Administração almejar o interesse público. Para um resultado positivo de suas ações deverá ajustar sua atuação a uma série de parâmetros e características previamente concretas e determinadas. Só assim o direito do cidadão a um bom governo e a uma boa Administração Pública será algo razoável e adequado. Boa Administração, portanto, significa conduzir e manejar de forma adequada uma série de critérios mínimos previamente estabelecidos.

Logo, ademais da dogmática clássica que tinha como característica jurídica a existência, a validade, a eficácia e a eficiência dos atos do poder público, demonstraram-se insuficiente para a adequada descrição desses atos no atual contexto de um Direito ampliado por uma juridicidade de três dimensões: legalidade, legitimidade e licitude. Restava mais uma característica, a efetividade, ou seja, o atendimento satisfatório do interesse público. Essa nova preocupação, ademais de se preocupar com o processo de decisão, passou agora a se preocupar com o resultado do decidido, quer dizer, a adição dessa quinta característica, a efetividade, destina-se a verificar se a ordem dos fatos reproduz, enfim, a contento, o que foi disposto na ordem jurídica.

Assim, para o agente público, ao qual cabe aplicar a Constituição e as leis dela derivada para promover os interesses públicos confiados ao Estado, a legitimidade e a licitude tanto poderão estar integralmente contidas na legalidade, cabendo-lhe, tão somente, praticar atos vinculados, como apenas parcialmente nela contida, necessitando praticar atos em que lhe cabe fazer, abstrata ou concretamente, opções legítimas.

Visto que ao constituinte cabe a positivação originária, sendo que sua percepção é de natureza política (legitimidade e licitude), e ao legislador ordinário

derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid: Lex Nova, 2001.

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

cabe produzir uma positivação derivada, cuja percepção é parte jurídica (legalidade), calcada naquilo que a Constituição já definiu como parte política (legitimidade e licitude), no amplo campo de opções disponíveis, sendo o primeiro a expressão do interesse público ou do bem comum, e o segundo aquele que deve atender imediatamente ao bem comum, cumpre, ao agente público, por meio de atos administrativos, seu atendimento mediato, pois necessita dessa prefiguração abstrata para orientá-lo na satisfação de interesse público concreto.

Considerando-se as três características (legalidade, legitimidade e licitude), o poder estatal tem natureza juspolítica-moral, intimamente ligada à liberdade, já que a sociedade estabeleceu os limites de sua atuação¹³⁴. A concentração de poderes na esfera dos representantes, produzida e justificada pela destinação de atender o interesse público, exige que o Estado oriente seus atos no sentido da destinação social na concretização do interesse público. No caso de sua atuação ou omissão apresentar-se contrária ou estranha a essa finalidade, estar-se-á diante de um abuso ou desvio de poder a ele confiado. Por isso, não se admite liberdade absoluta na ação do Estado¹³⁵.

Com fundamento no que foi exposto, pode-se concluir que o interesse público, que tem como pilares a legalidade, a legitimidade e a licitude, deve ser

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

135 O judiciário brasileiro, também, evidencia o interesse público como um dos limites da Administração. Define que, embora a atividade administrativa tenha como objetivo próprio concretizar o interesse público, é certo que não se pode confundir tal interesse com o de eventuais interesses próprios das entidades públicas. Diferencia, portanto, interesses primários da Administração (que são os interesses públicos propriamente ditos) e os seus interesses secundários (que se limitam à esfera interna do ente estatal) (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 799883, Processo: 200501955430 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 17/05/2007 Documento: STJ000751065, Fonte: DJ DATA: 04/06/2007 PÁGINA:311, Relator: Ministro Luiz Fux, Data Publicação: 04/06/2007).

onipresente nas atividades do Estado. É a razão de ser e justificação deste, onde sua capacidade de atuar estará sempre vinculada a esse fim, ainda que, em um sentido figurado ou amplo, haja a alusão ao termo “*liberdade*” no exercício de suas funções juspolíticas-morais.

1.3 A ordem econômica brasileira e a reforma do Estado

Vista as fases evolutivas e cronologicamente distintas das diferentes formas de atuação e intervenção do Estado na economia e sendo sabedor que o Estado está sempre atrelado ao interesse público, passa-se a analisar a ordem econômica da Constituição brasileira de 1988¹³⁶.

136 O Direito português sempre que trata da ordem econômica faz referência as sete revisões constitucionais (1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005) que se operaram a partir da Constituição de 1976. Tais revisões alteraram-na de tal maneira que se pode falar numa verdadeira metamorfose ou transfiguração de seu sentido original.

A primeira revisão ocorreu em 1982 (Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de setembro) e se preocupou principalmente com a clarificação política, diminuindo o componente ideológico-programático que caracterizava a versão primitiva da CRP. Por meio dela, implementou-se certa neutralidade ideológica de vários preceitos constitucionais, com o estabelecimento de normas programáticas de índole social e maior flexibilização do sistema, mediante a atenuação da intervenção pública na economia. No âmbito econômico, tal revisão não foi muito frutífera, uma vez que houve a manutenção do modelo econômico plasmado no primitivo texto, apesar da clarificação realizada. A principal alteração foi o deslocamento do n.º 1 do anterior art. 85 (iniciativa econômica privada) para o art. 61 (Direitos Fundamentais).

A segunda revisão, realizada em 1989 (Lei Constitucional nº 1/89, de 8 de julho), representou profunda alteração na Constituição econômica portuguesa, na medida em que aboliu o princípio da irreversibilidade das nacionalizações, tendo reforçado significativamente a proteção ao direito de propriedade e à iniciativa privada. Logo, passou a consagrar um regime de mercado, aberto e concorrencial. Ademais, atenuou o regime da reforma agrária, o papel do planejamento, assim como eliminou o princípio relativo à transição para o socialismo, mantendo-se tão-somente a referência à democracia econômica participativa.

Após estas grandes alterações na área econômica, seguiu-se a revisão extraordinária de 1992 (Lei Constitucional nº 1/92, de 25 de novembro), que se destinou a permitir a ratificação do Tratado de Maastricht, que instituiu a União Europeia. Conforme entendimento de Eduardo Paz Ferreira (FERREIRA, Eduardo Paz. Direito da economia. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 2001, p. 137), tal alteração pode ser considerada minimalista, visto que não almejou harmonizar a Constituição portuguesa com o modelo econômico comunitário, mas apenas dar respostas a questões cruciais. Nesse sentido, considerando-se a criação de um futuro banco central europeu e de uma moeda única, modificaram-se as atribuições do Banco de Portugal, o qual deixou de ter competência exclusiva de emissão de moeda. Ademais, clarificou-se que a lei pode reconhecer a estrangeiros residentes tanto capacidade ativa como passiva para a eleição dos titulares dos órgãos das autarquias locais. Também se consagrou expressamente a possibilidade de a lei atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em

Portugal o direito de elegerem e serem eleitos deputados ao Parlamento Europeu. Além de incluir o reforço do papel da Assembleia da República no acompanhamento e apreciação de Portugal no processo de construção da União Europeia.

A 4ª revisão, operada em 1997 (Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de setembro), foi uma revisão larga e muito mais incaracterística que as anteriores na medida em que não existiu uma ideia força dominante. Existiram revisões em sede de direitos, liberdades e garantias (a constitucionalização do direito a decisões judiciais céleres, bem como a meios processuais aptos a proporcionar a tutela efetiva dos direitos, liberdades e garantias, a introdução de regras sobre organização e financiamento de partidos políticos), houve a consagração do direito de ação popular quando estejam em causa direitos dos consumidores ou relativos à preservação do ambiente, bem como a consagração da possibilidade de as autarquias disporem de poderes tributários. No capítulo da organização do poder político, sublinham-se as alterações referentes à atribuição de capacidade eleitoral ativa aos emigrantes nas eleições presidenciais, verificados os laços de efetiva ligação à comunidade nacional; à matéria das eleições para a Assembleia da República, aos poderes das regiões autónomas, ao referendo, ao processo de regionalização e à organização do poder local. As regiões autónomas viram reforçadas as suas autonomias por meio de um alargamento de competência legislativa autonómica, uma vez que se permitiu a elas legislar sobre matérias do seu interesse específico, obedecendo aos princípios fundamentais das leis gerais da República. Também existiram grandes alterações no que diz respeito aos referendos regionais e nacionais. Porém, em matéria económica, que aqui interessa, tal revisão pode ser caracterizada pelo desaparecimento da imposição constitucional da existência de setores vedados à iniciativa privada. Enquanto o anterior art. 87, n.º 3 expressamente impunha ao legislador a obrigação de vedar certos setores à atividade privada, o atual n.º 3 do art. 86 limita-se a admitir a possibilidade de o legislador estabelecer tal proibição. Esta alteração suprimiu o último fator de rigidez e favorecimento do setor empresarial do Estado.

Extraordinária foi a 5ª revisão, de 2001 (Lei Constitucional nº 1/2001, de 12 de dezembro) que ocorreu também em necessidade de adequar certos princípios e normas constitucionais às novas exigências da construção europeia no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça e da coesão económica e social. Assim, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e em condições de reciprocidade, Portugal pode convencionar o exercício em comum ou em cooperação dos poderes necessários à concretização daqueles objetivos. Ademais, aceitou a jurisdição do Tribunal Penal Internacional; proibiu-se a extradição em determinados casos; concedeu-se aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa, com residência permanente em Portugal, determinados direitos; flexibilizou-se o princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio durante a noite; permitiu-se restringir, por lei, o exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança; e finalmente, consagrou-se o Português como língua oficial.

A 6ª revisão constitucional, de 2004 (Lei Constitucional nº 1/2004, de 24 de julho), abriu as portas ao primado do Direito da União Europeia sobre o Direito interno; aprofundou as regras que concretizam o princípio da limitação do número de mandatos sucessivos que poderão ser cumpridos em cargos de relevo político, designadamente executivos, sem que o preceito constitucional enuncie quais os cargos que ficam sujeitos a tais limites; criação de uma entidade administrativa independente de regulação da comunicação social; aprofundamento das autonomias regionais, por meio da clarificação e consolidação dos poderes legislativos regionais: reconhecimento da competência de órgãos das regiões para a transposição de atos jurídicos da União para a ordem jurídica interna; e, a consagração do poder de dissolução das respectivas assembleias legislativas pelo Presidente da República fora do quadro anômalo da dissolução-sanção.

O sistema adotado no Brasil é formado pelo princípio constitucional da livre iniciativa¹³⁷, razão pela qual não pode o Estado aleatoriamente definir um serviço como público se este, substancialmente, insere-se naquelas atividades que devem ser desenvolvidas pela iniciativa privada, por força dos princípios da subsidiariedade e da abstenção¹³⁸, sendo plenamente sindicável a exigência de tal enquadramento estatal aos limites implícitos e explícitos definidos na Constituição¹³⁹.

Por fim, a 7ª revisão constitucional, de 2005 (Lei Constitucional nº 1/2005, de 12 de agosto), também extraordinária, destinou-se simplesmente a permitir a possibilidade de realização de referendo sobre a aprovação de tratado que vise à construção e aprofundamento da União Europeia.

- 137 Segundo José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 767), originariamente, a liberdade de iniciativa econômica significa garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens. Por outro lado, representava, ainda, garantia da autonomia jurídica, de desenvolver livremente a atividade escolhida e de regular suas relações de modo mais conveniente, sem a intervenção estatal. Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 85 e 86), por sua vez, afirma que o princípio de liberdade de iniciativa econômica enseja a reserva de um campo, uma parcela da atividade econômica a ser explorada pela empresa privada. Observa-se, dessa maneira, que a liberdade de iniciativa econômica é liberdade de acesso ao mercado, sem qualquer ingerência estatal. Mas não é só isso, é também a liberdade de permanência no mercado.

No Direito português, António de Sousa Franco (FRANCO, António de Sousa. Notas sobre o princípio da liberdade económica. Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, n. 355, p. 11-40, abr., 1986, p. 17) alude que a liberdade de iniciativa econômica privada é “primeiro, o direito de produzir, com acesso à produção e exercício livre da actividade produtiva; e é também o direito reflexo de criar e gerir empresas”. Aduz que essa liberdade não se confunde com a liberdade de empresa (ibidem, p. 21), embora dela esteja próxima, pois “a iniciativa económica abrange todas as formas de produção, individuais ou colectivas, e as empresas são apenas as formas de organização com características substancial e formal (jurídica) de índole capitalista, normalmente contempladas, como objecto principal ou exclusivo, pelo Direito comercial”.

Já José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 327) afirmam: “a liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido. Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma actividades económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e actividade de empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário)”.

- 138 Ignacio García Vitoria (VITORIA, Ignacio García. La libertad de empresa: ¿un terrible derecho? Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 103) refere que a “libre iniciativa económica no puede ser caracterizada como una libertad que pueda hacerse efectiva simplemente mediante la abstención de los poderes públicos. Antes al contrario, la libertad de empresa establece un mandato dirigido a los poderes públicos para eliminar las trabas que impiden el libre desenvolvimiento de la iniciativa privada”.

- 139 Em recurso de inconstitucionalidade contra a Lei Canária 10/1987, de 5 de maio, conhecida como Lei de Águas de Canárias, o Tribunal Constitucional espanhol teve a oportunidade de afirmar que a natureza jurídica, pública ou privada, do empresário, configura-se apenas como mais um entre os critérios de preeleição para a seleção de concessionário, não supondo um atentado contra a liberdade de empresa que reconhece o art. 38 da CE, “ya que en nada queda afectada esta

Logo, entende-se que a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado, optando pelo processo econômico do tipo liberal, que só admite intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências¹⁴⁰, quer do próprio Estado quer da formação de monopólios ou abuso de poder econômico, sempre na defesa da

libertad por el hecho de que, junto a otras circunstancias, en la adjudicación de las concesiones pueda atenderse al carácter o naturaleza pública o privada de los solicitantes de las mismas". Na mesma sentença, afirmou o TC que a declaração do transporte d'água como serviço público supõe, em efeito, uma "publicación" de uma atividade que até aquele momento estava no âmbito da plena disponibilidade da iniciativa privada. De acordo com o TC, não cabe apreciar nenhuma dificuldade de ordem constitucional na publicação, posto que se trata de atividade que recai necessariamente sobre um bem público. Por isso não há lesão alguma, para o TC, à livre iniciativa. De acordo com o TC: "*la declaración de servicio público no incide directamente en la propiedad de los bienes -conducciones e instalaciones-, sino en el ejercicio y desarrollo de la actividad servicial prestada hasta entonces por los particulares. La declaración de servicio público y la asunción de la titularidad del mismo por la Administración elimina la libre iniciativa económico-privada, pero tal eliminación, en rigurosos términos, no supone necesariamente la privación de los elementos patrimoniales que posibilitaban el ejercicio de la actividad*" (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 17/1990. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 7/2/1990. Publicación BOE: 19900301 [«BOE» núm. 52]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rubio, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina, López, de los Mozos, Rodríguez y Gimeno. Ponente: don Carlos de la Vega Benayas. Número registro: 1077/1987. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad).

- 140 Gaspar Ariño Ortiz (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 42) assevera que existem três razões para a intervenção do Estado na economia. A primeira é o fracasso do mercado e a necessidade de recriar tal mercado. A segunda consiste nos critérios de equidade na distribuição e, por fim, a terceira razão, aliás, a mais criticável, é a que consiste na obtenção rápida de determinados objetivos da política econômica e na luta contra o ciclo da economia. Quanto à primeira razão, esta enfoca a garantia da livre competição, dando consistência ao mercado. O Estado, na verdade, adentra no mercado, pois se assim não o fizesse iria propiciar a criação de mecanismos perturbadores do adequado funcionamento do mercado, como a existência de monopólios naturais, de estruturas de mercado não-competitivas (monopólio de fato, abuso de posição dominante...), bens públicos e externalidades. Quanto à segunda razão, torna-se necessária a intervenção do Estado para se eliminar as desigualdades. O Estado assume o compromisso de atuar na justiça distributiva, buscando uma justa distribuição de renda. No que se refere à terceira razão, o Estado passa a exercer a função empresarial com o fim de conseguir mais prontamente metas que só demoradamente seriam alcançadas pelos particulares.

livre iniciativa¹⁴¹. Desde que respeitadas as competências constitucionais atribuídas a cada ente federativo¹⁴².

A ordenação geral da economia, no entanto, faz possível a atuação e intervenção do Estado (União) por meio de medidas econômicas em setores ma-

141 Vale especificar que a constitucionalização da livre iniciativa teve uma singular relevância no caso da Constituição norte-americana, por vir acompanhada do desenvolvimento de um sistema de controle jurisdicional. O primeiro caso em que o *U.S. Supreme Court* declarou a inconstitucionalidade de uma lei estatal foi o caso *Fletcher v. Peck*, 10 US (6 Cr) 87 (1810), que tratava de escândalo de corrupção em caso relativo à cessão de “*fincas*” que os parlamentares tinham interesses econômicos nas empresas beneficiárias ou haviam recebidos subornos. Descoberto e devido a protestos dos cidadãos, a assembleia decidiu, em 1796, voltar atrás e anular a concessão de terras. Entretanto, as sociedades implicadas haviam vendido parte dos imóveis a terceiros de boa-fé, que recorreram à constitucionalidade das leis que revocava seus títulos de propriedade. O *U.S. Supreme Court* resolveu o caso sustentando que a Constituição protegia os direitos adquiridos dos compradores de boa-fé. Empregando-se a “*contract clause*” para recortar a margem de atuação do legislador e salvaguardar a segurança jurídica das transações (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*. *Fletcher v. Peck*, 10 US (6 Cr) 87 (1810). Argued February 15, 1810. Decided March 16, 1810. Full case name: Robert Fletcher v. John Peck. Citations: 10 U.S. 87; 10 U.S. (6 Cranch) 87; 3 L. Ed. 162; 1810 U.S. LEXIS 322. Prior history: Demurrer overruled, D. Mass. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice John Marshall; Associate Justices: William Cushing, Samuel Chase, Bushrod Washington, William Johnson, Henry B. Livingston. Laws applied: U.S. Const. art. I, § 10, cl. 1). Em relação com essa cláusula vide: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*. *Dartmouth College v. Woodward*, 17 US (4 Wheat.) 518 (1819). Decided February 2, 1819. Full case name: Trustees of Dartmouth College v. Woodward. Citations: 17 U.S. 518; 4 L. Ed. 629. Prior history: ERROR to the Superior Court of the State of New Hampshire. Court membership: Chief Justice: John Marshall; Associate Justices: Bushrod Washington, William Johnson, Henry B. Livingston, Thomas Todd, Gabriel Duvall, Joseph Story. Laws applied: U.S. Const. Art. 1, Sec. 10 e ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*. *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 US (11 Pet) 419 (1837). Argued January 19, 1837. Decided February 14, 1837. Full case name: The Proprietors of Charles River Bridge, Plaintiffs in Error v. The Proprietors of Warren Bridge, and others. Citations: 36 U.S. 420; 36 U.S. 420. Prior history: None. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Roger B. Taney, Associate Justices, Joseph Story, Smith Thompson, John McLean, Henry Baldwin, James M. Wayne, Philip P. Barbour. Laws applied: Article One of the United States Constitution).

142 A Constituição portuguesa dedica toda sua Parte II à ordem econômica, estando essa subordinada aos princípios políticos conformadores da República portuguesa. Dentre estes princípios, destacam-se os Direitos Fundamentais, inclusos, neles, a liberdade de escolha de profissão ou de gênero de trabalho (art. 47), a liberdade de iniciativa econômica privada (art. 61) e o direito de propriedade privada (art. 62). Além dos direitos fundamentais, tem-se o interesse geral que assegura um direito de iniciativa pública na área econômica, legitimando a intervenção direta do Estado na economia, o da igualdade, da democracia participativa e da legalidade.

A Ordem Econômica portuguesa assegura um Estado intervencionista em várias áreas da economia ao mesmo tempo em que defini regras imperativas para o desenvolvimento da atividade econômica privada, assim denominada a livre iniciativa pela Constituição portuguesa de 1976.

Muitos são, no Direito português, os enunciados constitucionais que tratam sobre a intervenção do Estado na economia, são eles: art. 47, 61, 62, 80, 82 e 86.

terialmente atribuídos à competência dos Estados-membros da federação. No entanto, estas não podem em nenhum caso esvaziarem-se de conteúdo a causa da intervenção estatal, que, a sua vez, chegará até aonde exija o princípio que instrumenta, limite este cuja observância se deduz partindo da finalidade perseguida pela medida em cada caso adotada¹⁴³.

Portanto, a ordem econômica é a disciplinadora das atividades de produção, circulação e de consumo de riquezas. São os conjuntos de normas ou institui-

143 O *Tribunal Constitucional espanhol*, em relação à competência estatal de “ordenación general de la economía”, tem estabelecido que a respeito da mesma encontram-se cobertas tanto as “normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 95/1986. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 10/7/1986. Publicación BOE: 19860723 [«BOE» núm. 175]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina y López. Ponente: don Jesús Leguina Villa. Número registro: 744/1983. Recurso tipo: Conflicto positivo de competencia e ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 213/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 14/7/1994. Publicación BOE: 19940818 [«BOE» núm. 197]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Pedro Cruz Villalón. Número registro: 1184/1988, 174. Recurso tipo: Conflicto positivo de competencia).

Expõe que dita competência estatal não pode estender-se até incluir qualquer ação de natureza econômica, se não possui uma incidência direta e significativa sobre a atividade econômica geral (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 186/1988. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/10/1988. Publicación BOE: 19881107 [«BOE» núm. 267]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina y López. Ponente: don Angel Latorre Segura. Número registro: 34, 430 y 503/1984 (acumulados). Recurso tipo: Conflicto positivo de competencia e ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 133/1997. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 16/7/1997. Publicación BOE: 19970806 [«BOE» núm. 187]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez, Gabaldón, García-Mon, Gimeno, de Mendizábal, González, Cruz, Viver, Ruiz, Jiménez de Parga, Vives y García. Ponente: don Rafael de Mendizábal Allende. Número registro: 1712/1988, 1716. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad; 1.527/1989 y 1.924/1989, conflictos positivos de competencia - acumulados), pois, se não for assim, “se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 112/1995. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 6/7/1995. Publicación BOE: 19950803 [«BOE» núm. 184]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez, Gabaldón, García-Mon, Gimeno, de Mendizábal, González, Cruz, Viver, Ruiz, Jiménez de Parga, Delgado y Vives. Ponente: don Vicente Gimeno Sendra. Número registro: 1170/1988. Recurso tipo: Conflicto positivo de competencia).

Vide também: ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 21/1999. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 25/2/1999. Publicación BOE: 19990317 [«BOE» núm. 65]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Cruz, Viver, de Mendizábal, González, Jiménez de Parga, Vives, García, Cachón, Garrido Conde, Jiménez y Casas. Ponente: don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Número registro: 1078/1989 y 1079. Recurso tipo: Conflictos positivos de competencias.

ções jurídicas que realizam uma determinada ordenação econômica, em sentido concreto, regulando os limites de atuação do Estado na iniciativa privada. Daí porque Vital Moreira¹⁴⁴ define Constituição econômica como:

o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica¹⁴⁵.

144 MOREIRA, Vital. Economia e constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 41.

145 Declarou o *Tribunal Constitucional espanhol* que a imposição de um dever ou obrigação *ex lege* à parte no contrato de transporte viola a liberdade de empresa garantida pela CE. De acordo com o TC, o art. 38 da CE, que reconhece “*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”, deve ser interpretado em conexão com outros da CE e estabelece os limites dentro dos que, necessariamente, há de mover-se os poderes envolvidos na adoção de medidas que incidam sobre o sistema econômico. Conforme o TC, esses direitos possuem uma dupla garantia: “*la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial (art. 53.1 de la Constitución)*”. Para o TC, a CE não determina qual é esse conteúdo e afirma que eventuais controvérsias devem ser resolvidas pelo TC, que, como intérprete supremo da CE, corresponde, em último termo e para cada caso concreto, levar a cabo essa determinação. Na ocasião, o Magistrado Luis Díez-Picazo formulou voto particular ao que se aderiram os Magistrados Manuel Díez de Velasco Vallejo e Plácido Fernández Viagas, onde esclareceu que o texto do art. 38 da atual Constituição espanhola tratou de introduzir o que se chama de Constituição econômica. Afirma que: “*El concepto de constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos*”. E acrescenta: “*Si la llamada libertad de empresa es un principio inspirador de la línea del orden económico, sólo puede hablarse de un «contenido esencial» de la libertad de empresa para aludir a un determinado contenido, más allá del cual se adopta un sistema económico que ya no se ajusta a los parámetros constitucionalizados. Como hemos dicho más arriba, el marco constitucional permite sistemas económicos diferentes y si no es preciso que todas las actuaciones de las empresas y de los empresarios sean libres, mientras el orden económico se desenvuelva dentro de los principios de libre empresa y economía de mercado, las medidas de coerción tendentes a favorecer la libre empresa o la economía de mercado, aunque limite la libertad de los empresarios, no alteran los términos del art. 38*”.

Conclui dizendo que a imposição de uma obrigação de contratar ou de uma contratação forçosa, como a que resulta no caso debatido na sentença, não atenta contra o princípio da liberdade de empresa quando tem por objeto precisamente defender os pequenos empresários privados, como empresários livres e dar transparência ao mercado em que se move (ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 37/1981. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 16/11/1981. Publicación BOE: 19811128 [«BOE» núm. 285] . Sala: Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Díez de Velasco, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Fernández y Truyol. Ponente: don Francisco Rubio Llorente. Número registro: 184/1981. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad).

Em caso relativo à criação de um direito real de aquisição a favor do rendeiro, nos casos de arrendamento rural, em que as terras tenham sido dadas de arrendamento no estado de incultas

Já Christian Alberto Cao¹⁴⁶, prefere o termo constituição socioeconômica e o define como:

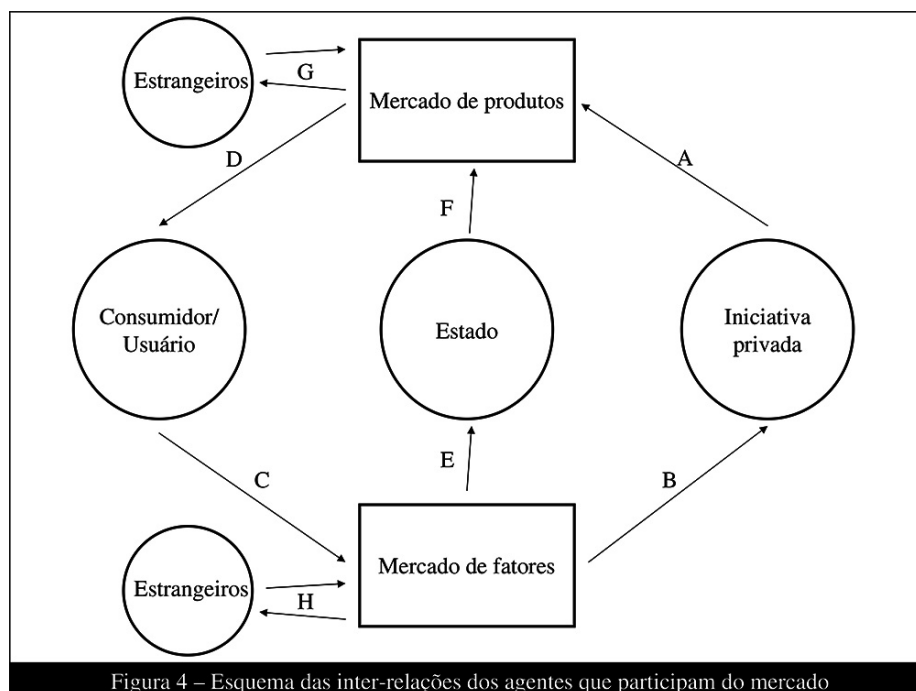
[...] el bloque de normas y principios inter-relacionados de jerarquía suprema que incluye el reconocimiento de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales y las garantías para su efectivo cumplimiento; el poder estatal de intervención en la economía (técnicas e instrumentos articulados por los órganos competentes) en el subsistema recaudatorio y financiero de generación de recursos, el cual a su vez fija un orden socioeconómico determinado orientado a satisfacer las necesidades de la sociedad o bien la satisfacción del espectro de derechos antes señalados (orientación del gastos público).

Esse conjunto de preceitos e instituições existe para instituir uma forma de organização da economia que, vale ressaltar, possui uma enorme inter-relação entre os agentes que participam do mercado¹⁴⁷.

e se tenham tornado produtivas por ação do rendeiro, o *Tribunal Constitucional português*, ao analisar tal possibilidade com uma eventual violação do princípio da propriedade, sustentou que a especial densidade que a Constituição portuguesa confere à estrutura econômica do país leva a que a chamada “*Constituição Económica*” seja uma fonte importante de limitações ao alcance do direito de propriedade. Tais limitações podem assumir especialmente relevância no que toca à propriedade rural, dado que os arts. 93 a 98 espelham um objetivo constitucional de transformação da realidade agrícola e florestal, admitindo, explicitamente, constrangimentos à propriedade fundiária, incluindo a forma extrema de privação total (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 159/2007, Proc. nº 537/99, Plenário, Relator: Conselheira Maria Helena Brito, Data: 6 de Março de 2007).

146 CAO, Christian Alberto. *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales*: estudio comparado entre los casos de España e Argentina. Buenos Aires: Ediar, 2015, p. 144.

147 A *Grundgesetz*, que se limitou, em seu primeiro capítulo, aos direitos fundamentais clássicos, não contém nenhuma fixação ou garantia imediata de uma determinada ordem econômica. Diferentemente da Constituição de Weimar (art. 151 et seq.), a *Grundgesetz* também não normatizou princípios constitucionais concretos para a configuração da ordem econômica. Ao contrário, ela deixa tal configuração ao legislador, que, considerando os limites a ele impostos pela mesma *Grundgesetz*, é livre para decidir que modelo econômico irá adotar, sem que necessite de uma legitimação mais ampla do que a sua legitimação democrática geral. Por tal motivo, o *Bundesverfassungsgericht* alemão afirma que a *Grundgesetz* é neutra do ponto de vista político-econômico: o legislador pode perseguir qualquer política econômica que lhe pareça apropriada, contanto que ele respeite a *Grundgesetz*, sobretudo os direitos fundamentais (ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 4, 7 - Investitionshilfe. Urteil des Ersten Senats vom 20. Juli 1954 -- 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54). Assim ocorre, a despeito de o claro dispositivo do art. 20 consagrar o princípio do Estado social. Mas o princípio do Estado social não é o único a influenciar a constituição da ordem econômica, não indicando a escolha de um modelo econômico próprio de uma determinada política econômica. No mesmo



Fonte: Elaborada pelo autor.

A figura 4 resume esses tipos de inter-relações. Observam-se quatro grupos distintos de agentes: consumidores/usuários; iniciativa privada; Estado; estrangeiros. Ilustra que a iniciativa privada, por meio das pessoas físicas ou jurídicas (empresa ou grupo de empresas), oferece bens e serviços no mercado de produtos (seta A) e compra fatores de produção nos mercados de fatores (seta B)¹⁴⁸. Os consumidores participam no mercado oferecendo fatores de produção (seta

patamar hierárquico, está o princípio do Estado de direito e a outorga de direitos fundamentais clássicos de cunho liberal, como a liberdade profissional (empresarial) do art. 12 I GG e o direito de propriedade do art. 14 I GG. Ambos foram outorgados, porém, por sua vez, com limites; o segundo, sobretudo, encontra um limite qualificado pela determinação do vínculo (social) da propriedade (ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 50, 290 - Mitbestimmung. Urteil des Ersten Senats vom 1. März 1979 auf die mündliche Verhandlung vom 28., 29., 30. November und 1. Dezember 1978 -- 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78).

148 Tanto a definição de empresa como de produção de bens e serviços e a de mercado de produtos são difíceis de serem estabelecidas, pois é quase impossível obter um conceito único que seja útil a todos os âmbitos econômicos existentes na atualidade. Por tal motivo, normalmente se definem de forma, essencialmente, econômica.

C) e comprando bens e serviços finais (seta D). O Estado também participa no mercado de fatores (seta E) e no de produtos (seta F). Por fim, os estrangeiros participam oferecendo importações, comprando exportações (seta G) e comprando e vendendo recursos (seta H). Alerta-se ao fato de que as distintas figuras geométricas evidenciam os mercados básicos de seus agentes. A seta que vai desde o Estado ao mercado de produtos, logo, aos consumidores serve para recordar que este é um intermediário que produz para a própria população. Ademais, a seta D põe em ênfase que os consumidores/usuários, por definição, não oferecem produtos, considerando, portanto a pessoa física que oferece um produto integrante da iniciativa privada. Essa distinção é válida para destacar

Tomando como base o *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, o que importa para considerar uma instituição como empresa é que, nessa determinada vantagem ou benefício, valore-se um conjunto de recursos pessoais, materiais e imateriais, que estejam habitualmente relacionados ao desenvolvimento de uma atividade econômica (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61990J0041. Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 23 de Abril de 1991. Processo C-41/90. Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH. Colectânea da Jurisprudência 1991 página I-01979), não importando a forma jurídica que adote o titular da empresa, sendo irrelevante ao fato a hora de determinar a existência de uma empresa (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61982J0323. Acórdão de 14 de Novembro de 1984. Processo 323/82. SA Intermills contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 1984 página 03809), bem como quando se está diante de uma empresa pública, entendida como aquela atividade genuinamente econômica que o Estado desenvolve, ou privada (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61976J0078. Acórdão do Tribunal de 22 de Março de 1977. Processo 78-76. Steinike & Weinglig contra República Federal da Alemanha. Colectânea da Jurisprudência 1977 página 00595. Edição especial portuguesa página 00203), ambas, com ou sem ânimo de lucro.

Vale ilustrar, mesmo que de maneira antecipada, que a *Corte Costituzionale italiana* teve a oportunidade de analisar a possibilidade de aplicar o art. 41 da Constituição italiana em caso relacionado com a fixação, mediante convênio coletivo, de uma idade a aposentadoria forçosa. O juiz que solicitou a questão de inconstitucionalidade sustentava que o princípio da livre iniciativa garantia o direito dos trabalhadores de negociar de forma individual com o empresário a resolução da relação trabalhista. A sentença respondeu que a livre iniciativa se exerce normalmente em forma de empresa. Acrescentou que quem subscreve o contrato de trabalho com um empresário não assume uma iniciativa econômica própria, mas sim aceita ser incluído dentro de uma organização produtiva constituída pela decisão da outra parte (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 268 de 22-30 GIUGNO 1994, Giudizio: Giudizio Di Legittimita' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 30 de Giugno 1994. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" dell' 06 luglio 1994. Pres. CASAVOLA, Massime: 20554, 20555, 20556, 20557, 20558).

Quanto ao mercado de produtos, pode-se defini-lo como qualquer lugar no qual se compram e se vendem bens e serviços (produtos) acabados; e mercado de fatores é qualquer lugar no qual se compram e se vendem fatores de produção. Ressalta-se que nem um nem outro constituem uma estrutura única e identificável. O termo mercado refere-se simplesmente a qualquer lugar que se realiza um intercâmbio econômico, ou seja, que se inter-relacionam comprador e vendedor.

o papel dos consumidores/usuários como destinatários finais de todos os bens e serviços produzidos.

Nesse contexto, no Brasil, a livre iniciativa figura como um princípio fundamental e como princípio geral do Estado¹⁴⁹. A atual Constituição, logo

149 Ignacio García Vitoria (VITORIA, Ignacio García. *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 97-102), depois de uma aproximação histórica do conceito de livre iniciativa privada dentro do direito espanhol, percebe que a constitucionalização da livre iniciativa responde a dois grandes grupos de argumentos “*la libertad del individuo y el progreso de la economía*”, depreende algumas características. A primeira delas é que a livre iniciativa possui um “*sólido fundamento constitucional*”. Pertence ao grupo de direitos e liberdades reconhecido de maneira constante ao longo do Constitucionalismo, às vezes, de forma expressa; outras, através de um entendimento amplo do direito de propriedade. Afirma, também, que, na maioria dos casos, opta-se por “*incluir la libertad de empresa dentro del catálogo de derechos*”, existindo, em consequência, uma forte aparência de “*fundamentalidad*”. Por fim, conclui que a natureza jurídica da livre iniciativa é a de um Direito Fundamental.

Sobre a natureza de Direito Fundamental, muitos tribunais constitucionais já se manifestaram a respeito, dentre eles, o *Tribunal Constitucional espanhol* que declara expressamente que o “*art. 38 de la C.E. es ciertamente un derecho fundamental, pero no goza de la protección del recurso de amparo al sobrepasar los concretos límites a que se contrae el art. 53.2 fijando su ámbito material*” (ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 46/1983. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 27/5/1983. Publicación BOE: 19830617 [«BOE» núm. 144]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. García-Pelayo, Latorre, Díez de Velasco, Begué, Gómez-Ferrer y Escudero. Ponente: don Angel Escudero del Corral. Número registro: 31/1981, 52. Recurso tipo: Recurso de amparo).

O *Conseil constitutionnel français* também já teve oportunidade de dizer que entre estes direitos e liberdades proclamados pelo art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão decorrem, em particular, a liberdade de empresa, a igualdade perante a lei e os encargos públicos, o direito ao emprego, ao direito de sindicalização e ao direito dos trabalhadores a participarem na determinação coletiva das condições de trabalho e gestão de empresas (FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 98-401DC. Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. NOR: CSCL9803034S. Votos: MM Roland DUMAS, président, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Yves GUÉNA, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M Pierre MAZEAUD et Mme Simone VEIL. Data: mercredi 10 juin 1998; FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2001-455DC. Loi de modernisation sociale. NOR: CSCL0205314S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: samedi 12 janvier 2002).

Em caso a respeito de aplicação de coima no montante de €10.000, pela prática da contra-ordenação prevista no art. 6º da Lei n.º 65/77, de 26 de agosto, que diz respeito à proibição de substituição dos grevistas, o *Tribunal Constitucional português* pôde ressaltar o direito fundamental da liberdade de iniciativa econômica privada. Em conformidade, o Tribunal Constitucional já por diversas vezes observou, com esta previsão, que “*a Constituição deixa à liberdade de conformação do legislador o desenho do conteúdo de tal direito e a definição dos respectivos limites, salvaguardadas exigências constitucionais constantes de outros preceitos e impostas pelo interesse geral, e respeitado o 'conteúdo mínimo' respectivo (cfr., por exemplo, os Acórdãos n.ºs 76/85, 328/94, 187/2001, 471/2001, publicados no Diário da República, II Série, de 8 de Junho de 1985, de 9 de Novembro de 1994, de 26 de*

em seu art. 1.º, deixa claro que constituem fundamentos da República Federativa do Brasil os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (inc. IV), bem como quando trata da Ordem Econômica, onde elenca, no art. 170, seus princípios fundamentais¹⁵⁰. Deles, deve-se ressaltar, de imediato,

Junho de 2001 e de 17 de Julho de 2002, respectivamente.)”. Afirma que a liberdade de iniciativa não é um direito absoluto e que, portanto, a admissibilidade constitucional da limitação ao direito de liberdade de iniciativa econômica privada constante do art. 6º da Lei n.º 65/77 deva ser analisada à luz do regime previsto nos n.ºs 2 e 3 do art. 18 da Constituição, considerando aquele direito fundamental como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, quer se considere que está somente em causa uma limitação a um direito econômico, cuja admissibilidade há de também ser avaliada segundo critérios de proporcionalidade, exigidos pelo princípio do Estado de Direito (art. 3º da Constituição), sempre se tem de concluir pela não existência de qualquer obstáculo constitucional. Com efeito, decide o TC que “a proibição de substituição revela-se manifestamente adequada à garantia de eficácia prática da greve, necessária a evitar a sua inutilização e não excessiva (cfr. sobre esta tríplice exigência do princípio da proporcionalidade, o Acórdão n.º 634/93, Diário da República, II série, de 31 de Março de 1994), não lesando, “o conteúdo essencial” (n.º 3 do art. 18 da Constituição) ou o “conteúdo mínimo” do direito de liberdade de iniciativa privada, já que, como se viu, não é excluído o poder de direcção e gestão da empresa”. (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 15/2005, Processo n.º 862/04, 3.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, Data: Lisboa, 18 de Janeiro de 2005).

- 150 O Direito português consagra a liberdade de iniciativa privada (art. 61) e o direito de propriedade privada (art. 62) como direitos fundamentais, porém, não fazem eles parte do catálogo formal de “direitos, liberdades e garantias” enunciados no Título II da Constituição portuguesa de 1976, estando inseridos no Título III, que se refere aos “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”. Tal fato faz com que tais liberdades econômicas não sejam entendidas como direitos absolutos, invioláveis, de conteúdo naturalmente determinado, porém sendo aplicável, por força do art. 17 da Constituição referida, o regime jurídico dos “direitos, liberdades e garantias” expresso no art. 18 da Constituição. Isso significa dizer que, no Direito português, tais liberdades econômicas podem conhecer limitações/restrições constitucionais (limites imanentes), que fixam o conteúdo constitucional do direito ou limitações/restrições legais, quando expressamente previstas na Constituição, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (cfr. art. 18, n.º 2). Tal previsão de limitações às liberdades econômicas aparecem nos próprios preceitos que as definem (art. 47, 61 e 62) e é pressuposta em todos aqueles princípios e normas inseridas na Organização Econômica da Constituição que impõem ao Estado tarefas de conformação econômica e social. Os limites/restrições legais, além de terem que ser impostos por lei (exigência formal), devem respeitar o conteúdo essencial da liberdade de empresa (exigência material). Por certo que tal conceito (essencial) é um conceito jurídico indeterminado, porém isso não impede de dizer que existem setores abertos à iniciativa privada, que não têm que suportar restrições à sua liberdade. Daí porque o constituinte português, adotando a teoria alemã absoluta e restritiva sobre os conteúdos essenciais, exigiu um conteúdo essencial intocável (n.º 3, do art. 18), acrescido de um requisito de necessidade da restrição “para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (n.º 2 do art. 18). Portanto, o caráter absoluto do conteúdo essencial exige que se preserve a liberdade de exercer ou deixar de exercer a atividade, afinal, uma coisa é a imposição de limites, outra é a proibição ou obrigação de exercício. Acrescente-se a essa exigência, a apreciação dos demais princípios jurídicos, conforme o presente trabalho expõe. O poder de restrição é um poder excepcional, deve o legislador se basear num outro valor constitucional. Caso tal valor não exista, ou não existe tanto quanto o legislador

a menção expressa que novamente é feita à livre iniciativa (*caput* do art. 170). Essa representa, pois, um dos fundamentos mais importantes da Ordem Econômica, reforçada de forma mais abrangente ainda pelo inciso IV do referido artigo, que prevê a livre concorrência¹⁵¹.

Portanto, pela livre iniciativa, assegura-se a todos o direito de ingressarem no mercado, mas não se torna certo o direito de todos o fazerem sob iguais condições, repudiando-se, no entanto, qualquer forma de discriminação que instaure condições de competitividade diferentes¹⁵². Inclui não apenas ingres-

alegue, então, a restrição será ilegítima ou imoral. Trata-se de um conteúdo elástico só em concreto determinável (vide: VAZ, Manuel Afonso. *Direito econômico: a ordem econômica portuguesa*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 139-143, 151, 152, 158-163).

- 151 Em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) contra uma lei estadual de São Paulo, sobre a meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimento de ensino para casas de diversão, esporte, cultura e lazer. O Supremo Tribunal Federal (STF) sustentou que a ordem econômica na Constituição brasileira opta por um sistema em que a livre iniciativa joga um papel primordial, onde a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “*iniciativa do Estado*”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Afirmou que essa circunstância não legitima a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais, julgando improcedente a ADIn. Nesse caso, o STF realizou uma ponderação entre a livre iniciativa e a garantia de um efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto e, na composição entre esses princípios e regras, julgou haver a necessidade de preservar o interesse da coletividade, interesse público primário, dando maior atenção a efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1950 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02235-01 PP-00052, Relator: Ministro Eros Roberto Grau, Data Publicação: 02/06/2006).

Em sentido idêntico, é o seu pronunciamento em caso de lei estadual que garante meia entrada aos doadores regulares de sangue, em que sustentou não haver qualquer recompensa financeira à doação ou estimulação a comercialização de sangue (fato proibido pela Constituição - art. 199, §4º). Para o STF, na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida, há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário, por isso julgou a ação direta de inconstitucionalidade improcedente. (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 3512 UF: ES - ESPÍRITO SANTO, Fonte: DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL-02238-01 PP-00091 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 69-82, Relator: EROS GRAU, Data Publicação: 23/06/2006).

- 152 Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 222, [s. a.], p. 179-212, out/dez, 2000, p. 183) decompõe o princípio da livre iniciativa em três partes. O primeiro deles diz respeito à propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CRFB, art. 5.º, XXII e 170, II). Outro ponto é a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Em terceiro lugar, situa-se a liberdade de lucro, que nada mais é do que deixar o empreendedor

sar e, portanto, atuar no mercado, mas também estabelecer os próprios objetivos e dirigir e planejar sua atividade em atenção a seus recursos e às condições do próprio mercado¹⁵³. Além de, também, assegurar o direito de cessar

estabelecer seu preço, que há de ser determinado, em princípio, pelo mercado, por meio da livre concorrência, que está configurada no art. 170, IV da CRFB, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4.º).

Já Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 47) distribui o princípio da livre iniciativa em dois subprincípios, o princípio da abstenção, que, segundo o autor, “vai na linha do Estado Liberal, ou seja, a regra é que o Estado não deve se intrometer na atividade econômica, especialmente exercendo, ele próprio, atividade econômica, ressalvadas as hipóteses autorizadas na Constituição; portanto, o Estado está legitimado – papel constitucional clássico – a intervir no domínio econômico; todavia ele está limitado aos termos da própria Constituição”; e o princípio da subsidiariedade, por força do qual, o Estado só intervém diretamente nas hipóteses autorizadas na Constituição, ou seja, nos casos de “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”. Para o autor, somente nessas duas situações é que o Estado está autorizado a explorar a atividade econômica; fora disso, o Estado pode intervir de maneira não-prestacional, não diretamente na economia, conforme art. 174 da CRFB.

Assim, também, entende o judiciário ao afirmar que: “no processo de reforma do Estado administrador brasileiro, previu-se, para o setor de produção de serviços, uma postura absenteísta, em termos de ação direta do Estado, a ser compensada, tal ausência, com o incremento das demais funções, aferíveis a partir da leitura do art. 174, da CF/88” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AGRSEL - Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Liminar - 3582/01, Processo: 20050500018255201 UF: RN Órgão Julgador: Presidência, Data da decisão: 27/07/2005 Documento: TRF500099060, Fonte: DJ - Data: 03/08/2005 - Página: 802 - Nº: 148, Relator(a): Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data Publicação: 03/08/2005).

Lord Scott of Foscote, da *House of Lords* alude que o direito à liberdade de estabelecimento é: “the right of a company (or an individual) with its seat in one member state to establish itself in another member state. Unwarranted restrictions imposed by the latter member state on the branch or agency or subsidiary company by means of which the parent company is seeking to establish itself in that member state is plainly a breach of the article 52 right to freedom of establishment of that parent company”. Trata ainda da dificuldade de descrever uma violação a tal direito, no âmbito europeu, quando se trata de filial de uma empresa-mãe que tem a sua sede noutro Estado-membro. Para o Lord é, sem dúvida, a empresa-mãe quem detém o direito à liberdade de estabelecimento (REINO UNIDO. House of Lords Decisions. *Pirelli Cable Holding NV & Ors v Inland Revenue* [2006] UKHL 4 - 8 February 2006. On appeal from [2003] EWCA Civ 1849).

153 O *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias* distingue entre liberdade de empresa e liberdade para exercer uma atividade econômica (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62002J0184. Primeira Secção. Acórdão de 9 de setembro de 2004. Processos apensos C-184/02 e C-223/02, Reino de Espanha (C-184/02) e República da Finlândia (C-223/02) contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Colectânea da Jurisprudência 2004 página I-07789).

O *Tribunal Constitucional espanhol* afirma que o art. 38 da CE protege o direito de “iniciar y sostener” a liberdade de atividade empresarial, enquanto o seu exercício “está disciplinado por normas de muy distinto orden” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 225/1993. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 8/7/1993. Publicación BOE: 19930802 [«BOE» núm. 183]. Sala:

a atividade, afinal não se pode qualificar de livre, obrigação indefinida de continuidade de atuação contra sua vontade¹⁵⁴. Deve-se assinalar, também,

Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Julio Diego González Campos. Número registro: 1418/1987, 421. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad. Cuestiones de inconstitucionalidad e ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 83/1984. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 24/7/1984. Publicación BOE: 19840824 [«BOE» núm. 203]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Truñol y Pera. Ponente: don Francisco Rubio Llorente. Número registro: 80/1983. Recurso tipo: Cuestión de inconstitucionalidad).

A *Corte Costituzionale italiana* distingue entre iniciativa e desenvolvimento da liberdade econômica (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 190 de 6 - 14 giugno 2001, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 14 de giugno 2001. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 24 del 20 giugno 2001. Pres. RUPERTO, Massime:26317 e 26330), além de dizer que o termo "iniziativa economica" deve compreender as atividades dos operadores, não só de criar e estabelecer uma empresa, mas também relacionados à vida e à tramitação da mesma (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 78 de 16 DICEMBRE 1958, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 30 dicembre 1958. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 316 del 31 dicembre 1958. Pres. AZZARITI - Rel. COSATTI, Massime: 707, 708, 709 e 710).

Por fim, para o *Tribunal Constitucional português*, a liberdade de iniciativa privada comporta um duplo sentido, consistindo, por um lado, na liberdade de iniciar uma atividade econômica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e atividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário). E afirma: "*Sem embargo de a liberdade de iniciativa económica privada ser constitucionalmente tratada como um direito fundamental, as duas vertentes que nela se comportam podem ser objecto de limites mais ou menos extensos, na justa medida em que tal direito só pode exercer-se «nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral»*" (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 249/90, Processo: n.º 102/89, 1ª Secção, Relator: Conselheiro Monteiro Diniz, Data: 12 de Julho de 1990).

- 154 O *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, na primeira ocasião que reconheceu o livre exercício da atividade econômica como princípio geral do Direito Comunitário, formulou alguns critérios úteis no exame do princípio. Afirmou que a livre iniciativa implica que um operador econômico não pode ser privado arbitrariamente do direito de exercer sua atividade, mas não lhe garante um volume de negócios determinado ou uma cota de mercado específica. As garantias concedidas aos operadores econômicos não podem estender em nenhum caso à proteção de meros interesses ou expectativas de índole comercial, cujo caráter aleatório é inerente à essência mesma da atividade econômica (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61973J0004. Acórdão de 14 de maio de 1974. Processo 4-73. J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 1974 página 00491). A consagração da liberdade de empresa ou livre iniciativa no Direito Comunitário foi confirmada apenas 5 anos depois (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61979J0044. Acórdão de 13 de Dezembro de 1979. Processo 44/79. Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz. Colectânea da Jurisprudência 1979 página 03727).

que a livre iniciativa ampara tais liberdades com independência da atividade ou setor econômico em que se desenvolve¹⁵⁵.

- 155 A *Corte Costituzionale italiana* defende que até no 1º setor (agricultura) se tem a livre iniciativa. Afirma não existir qualquer razão para não incluir, no art. 41 da Constituição italiana, empresas de atividades destinadas aos setores da agricultura (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 78 de 16 DICEMBRE 1958, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 30 dicembre 1958. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 316 del 31 dicembre 1958. Pres. AZZARITI - Rel. COSATTI, Massime: 707, 708, 709 e 710).
- Do mesmo modo, o *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias* também utilizou o direito à livre iniciativa nos fundamentos jurídicos de acórdãos, entre outros temas, sobre a organização dos mercados agrícolas (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61978J0230. Acórdão de Justiça de 27 de Setembro de 1979. Processo 230/78. SpA Eridania - Zuccherifici nazionali e SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contra Ministro da Agricultura e das Florestas, Ministro da Indústria, do Comércio e do Artesanato e SpA Zuccherifici meridionali. Colectânea da Jurisprudência 1979 página 02749; UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61987J0265. Quinta Secção. Acórdão de 11 de Julho de 1989. Processo 265/87. Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Gronau. Colectânea da Jurisprudência 1989 página 02237; e UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61993J0280. Acórdão de 5 de Outubro de 1994. Processo C-280/93. República Federal da Alemanha contra Conselho da União Europeia. Colectânea da Jurisprudência 1994 página I-04973), sobre os limites ao uso de substâncias perigosas para a saúde (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Primeira Instância*. 61996A0125. Segunda Secção. Acórdão de 1 de Dezembro de 1999. Processos apensos T-125/96 e T-152/96. Boehringer Ingelheim Vetmedica GmbH e C.H. Boehringer Sohn contra Conselho da União Europeia (T-125/96) e Comissão das Comunidades Europeias (T-152/96). Colectânea da Jurisprudência 1999 página II-03427 e UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61988J0331. Quinta Secção. Acórdão de 13 de Novembro de 1990. Processo C-331/88. The Queen contra Minister of Agriculture, Fisheries and Food e Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e o. Colectânea da Jurisprudência 1990 página I-04023), sobre normas trabalhistas (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61994J0084. Acórdão de 12 de Novembro de 1996. Processo C-84/94. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte contra Conselho da União Europeia. Colectânea da Jurisprudência 1996 página I-05755 e UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 62002J0184. Primeira Secção. Acórdão de 9 de setembro de 2004. Processos apensos C-184/02 e C-223/02, Reino de Espanha (C-184/02) e República da Finlândia (C-223/02) contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Colectânea da Jurisprudência 2004 página I-07789), sobre a concessão de direitos de exploração exclusiva no âmbito da propriedade intelectual (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61996J0200. Acórdão do Tribunal de 28 de Abril de 1998. Processo C-200/96. Metronome Musik GmbH contra Music Point Hokamp GmbH. Colectânea da Jurisprudência 1998 página I-01953), e em relação com a política de defesa da Concorrência (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Primeira Instância*. 61996A0041. Quinta Secção Alargada. Acórdão de 26 de Outubro de 2000. Processo T-41/96. Bayer AG contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 2000 página II-03383 e UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Primeira Instância*. 62004A0201. Grande Secção. Acórdão de 17 de Setembro de 2007. Processo T-201/04. Microsoft Corp. contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 2007 página II-03601).

Já pela livre concorrência, que foi elevada a princípio pela atual Constituição (art. 170, IV)¹⁵⁶, entende-se ser uma das manifestações da liberdade de iniciativa econômica privada, e para garanti-la o legislador constituinte estatuiu, no artigo 173, §4.º, que a lei reprimirá o abuso¹⁵⁷ do poder econômico que vise à

156 Os EUA, há muito, possuem política *antitrust*. No caso *Addyston Pipe & Steel Co. v. US*, 175 US 211, 229-230 (1889), o *U.S. Supreme Court* aclarou-se a possibilidade de proibir a prática restritiva da concorrência fazer parte das atribuições do Congresso para regular o comércio interestatal. Segundo a Corte, as liberdades econômicas que reconhecem a Constituição nunca podem incluir o direito a celebrar acordos que restrinjam a concorrência no mercado. Tal decisão reflete a ideia de que a livre concorrência delimita de forma ativa o conteúdo constitucionalmente protegido pela livre iniciativa (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*. *Addyston Pipe & Steel Co. v. US*, 175 US 211, 229-230 (1889). Argued April 26–27, 1899. Decided December 4, 1899. Full case name: *Addyston Pipe and Steel Company et al., Apts., v. United States*. Citations: 175 U.S. 211. Prior history: None. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Melville Fuller; Associate Justices John M. Harlan, Horace Gray, David J. Brewer, Henry B. Brown, George Shiras, Jr., Edward D. White, Rufus W. Peckham, Joseph McKenna. Laws applied: First, Fourteenth amendment, Commerce Clause).

157 José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Madeiros, 2000, p. 771) *in verbis*: “essa prática abusiva, que decorre quase espontaneamente do capitalismo monopolista, é que a Constituição condena, não mais como um dos princípios da ordem econômica, mas como um fator de intervenção do Estado na economia, em favor da economia de livre mercado”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou, em decisão sobre a disparidade entre a área real e a estipulada num contrato de compra e venda de bem imóvel, que o “Estado deve, na coordenação da ordem econômica, exercer a repressão do abuso do poder econômico, com o objetivo de compatibilizar os objetivos das empresas com a necessidade coletiva”. Para o STJ, quando evidenciada a desvantagem do consumidor, ocasionada pelo desequilíbrio contratual gerado pelo abuso do poder econômico, se vê ferido o princípio da equidade contratual, devendo o consumidor receber uma proteção compensatória (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 436853, Processo: 200200560310 UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 04/05/2006 Documento: STJ000721595, Fonte: DJ DATA:27/11/2006 PÁGINA:273, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data Publicação: 27/11/2006).

O *Tribunal Constitucional espanhol* declarou que o reconhecimento constitucional da liberdade de empresa (livre iniciativa privada) supõe o dever de perseguir “aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas”. A defesa da concorrência aparece assim “como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”. Tal sentença declarou inconstitucional o limite que se estabelecia, na Catalunha, à possibilidade de realizar vendas promocionais ou por liquidação. A declaração de inconstitucionalidade tem sua causa direta na falta de título concorrencial. O argumento utilizado é que dita regulação entrava no âmbito da livre concorrência, matéria que é, na Espanha, exclusiva do Estado (ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 88/1986, Tipo: SENTENCIA, Fecha de Aprobación: 1/7/1986, Publicación BOE: 19860722 [«BOE» núm. 174], Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García- Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero y López. Ponente: don Carlos de la Vega Benayas, Número registro: 352/1983 y 367, Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad).

dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros¹⁵⁸. Logo, pode-se dizer que a função basilar da defesa da livre concorrência não é reprimir práticas econômicas, e sim estimular todos os agentes econômicos a participarem do esforço de desenvolvimento¹⁵⁹.

Com efeito, a jurisprudência do *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias* reconhece indiretamente a importância da liberdade de empresa na aplicação das regras de concorrência do tratado quando admite expressamente que mesmo uma empresa em posição dominante pode, em certos casos, recusar-se a vender ou a mudar a sua política de fornecimento ou de abastecimento sem cair sob a proibição do art. 86 do TCE (atual 106 do TFUE) (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61976J0027. Acórdão de 14 de Fevereiro de 1978. Processo 27/76. *United Brands Company e United Brands Continentaal BV contra Comissão das Comunidades Europeias*. Colectânea da Jurisprudência 1978 página 00207. Edição especial portuguesa página 00077 e UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Primeira Instância*. 61996A0041. Quinta Secção Alargada. Acórdão de 26 de Outubro de 2000. Processo T-41/96. *Bayer AG contra Comissão das Comunidades Europeias*. Colectânea da Jurisprudência 2000 página II-03383).

158 Isabel Vaz (VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 27) aponta que a noção tradicional de concorrência pressupõe uma: “ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente ou duradouro, no preço dos bens ou serviços”.

159 De acordo com Augusto Zimmermann (ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 550), o sistema da livre concorrência, consagrado na Constituição brasileira, conduz à competitividade. Competitividade entre agentes econômicos, levando-se à otimização dos recursos e à disposição social dos bens a preços justos. No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 26-28) infere que é pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Por certo que a livre concorrência eficaz praticável, a chamada “*workable competition*”, é difícil de ser atingida. Retomar-se-á, a esse tema mais adiante.

A *Corte Costituzionale italiana* afirma ser a liberdade de concorrência “*che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori* (sentenza n. 223 del 1982 cit.)” (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 241 di 3-15 MAGGIO 1990, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 15 maggio 1990. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” dell’23 maggio 1990. Pres. SAJA, Massime:16003, 16005 e 16006). Por isso diz que a livre concorrência “*tra imprese ha, com’è noto, una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall’altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi. Naturalmente la libertà di concorrenza comprende pure la possibilità di autolimitazione mediante accordi, la quale non turba necessariamente il gioco della libera concorrenza, anzi talvolta può agevolarlo (come nel caso di accordi intesi ad evitare l’emarginazione di imprese più deboli e la conseguente formazione di posizioni di monopolio o di quasi monopolio ovvero di oligopolio, da parte delle imprese più forti). Naturalmente detta autolimitazione non può superare quei limiti che l’ordinamento giuridico pone nell’interesse individuale o in quello della collettività (per quanto concerne il diritto comunitario, cfr.*

São, pois, dois esteios da organização econômica brasileira: a livre iniciativa como liberdade de abraçar-se, manter-se, lucrar por meio de suas propriedades e sair de um ramo econômico ou profissional, e a livre concorrência, com o asseguramento de que os êxitos de uns e os malogros de outros decorrerão do fator competência, e não de práticas desleais, fraudulentas ou que conduzam a uma dominação do mercado¹⁶⁰.

Daí porque, afirma-se que é imperativo da ordem econômica brasileira que tanto a iniciativa econômica quanto a concorrência sejam livres¹⁶¹, estando o

in proposito l'art. 85 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea)" (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 223 de 2 DICEMBRE 1982, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 16 dicembre 1982. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 351 del 22 dicembre 1982. Pres. ELIA - Rel. SAJA, Massime: 9535).

160 Liberdade pode ser entendida de várias formas: como ter o significado de ato voluntário, ou como ausência de coação ou interferência externa, como possibilidade de escolha, como possibilidade de autodeterminação, entre outros. Interessa, particularmente, a acepção de liberdade sob a perspectiva econômica. Dentro dessa perspectiva, Américo Luis Martins da Silva (SILVA, Américo Luis Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 35) define liberdade como: "*a possibilidade de escolher seu próprio caminhos profissionais ou suas próprias atividades econômicas, com ausência de coação ou interferência do Estado*". É, para o autor, a possibilidade de iniciativa privada, a ausência de interferência do Estado no mercado, visando ao máximo de eficiência na produção e justiça na repartição do produto. Este mesmo autor (ibidem, p. 40) dita que a livre iniciativa: "*significa deferir-se às empresas privadas o organizar e explorar as atividades econômicas, preferencialmente, apenas com o estímulo e o apoio do Estado, sem qualquer outra participação, direta ou indireta, deste e sem o constrangimento abusivo da concentração capitalista*".

Para L. G. Paes de Barros Leães (LEÃES, L. G. Paes de Barros. Estudos e pareceres sobre sociedade anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 7), livre iniciativa e livre concorrência são conceitos diversos, porém complementares. O primeiro seria a liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas. E o segundo é um conceito instrumental do primeiro, significando o princípio econômico, segundo o qual, a fixação dos preços dos bens e serviços não deve resultar de atos da autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa no mercado. Desse modo, de acordo com Sérgio Varella Bruna (BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 136), livre iniciativa e livre concorrência são "*princípios intimamente ligados*" representantes de liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades regradas, condicionadas, entre outros, pelos imperativos de justiça social, de existência digna e de valorização do trabalho humano.

Assim, o que a Constituição brasileira privilegia, tanto no princípio da livre iniciativa como da livre concorrência, os valores social e econômico, ou seja, o quanto ela pode expressar de socialmente valioso e de eficiência na alocação dos recursos (desenvolvimento econômico). Por isso que a extensão de tais liberdades dependerá de sua análise conjugada com os demais objetivos e princípios, não só da ordem econômica, mas da Constituição como um todo.

161 Manuel Afonso Vaz (VAZ, Manuel Afonso. Direito econômico: a ordem econômica portuguesa. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 157 e 158), ao tratar sobre o contexto português da livre iniciativa, chamada de "*liberdade de iniciativa econômica privada*", refere que essa tem o seu fulcro

Estado proibido de atuar diretamente na economia tendo em vista o princípio da abstenção, só podendo o fazer de forma subsidiária¹⁶². Além de não se ad-

sensível na liberdade de empresa, entendida esta sob três vertentes ou subliberdades, como declara o autor: liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa), liberdade de organização e liberdade de contratação (liberdade de empresa). Conceitua o autor cada uma dessas liberdades da seguinte forma: “A liberdade de investimento significa o direito que possui o titular de um capital de colocá-lo na actividades ou indústria que julgue conveniente. O investimento pode levar à criação de uma empresa, à aquisição de empresas já existentes ou ao aumento de capital dessas empresas. Em sentido negativo, esta liberdade significa o direito de retirar o capital investido quando o proprietário o julgue conveniente.

A liberdade de organização é o direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, definir objectivos, combinar os factores de produção e dirigir a actuação das pessoas empregues na actividade empresarial. Esta liberdade é inerente à actividade empresarial, pois esta consiste basicamente na cominação trabalho/capital para a obtenção de um produto. Ao empresário compete maximizar a produção, minimizando os custos, de modo a assegurar rentabilidade ao capital investido.

A liberdade de contratação ou liberdade negocial significa o direito do empresário de escolher os seus fornecedores e os clientes dos seus produtos, assim como fixar o preço das mercadorias. Também significa a liberdade de contratação da mão-de-obra e a fixação de salários e de outras condições de trabalho”.

Quanto a essa última (liberdade negocial), o Tribunal Constitucional português já teve oportunidade de afirmar ser ela o corolário do direito à iniciativa económica privada (já que não se consagra expressamente o princípio da liberdade negocial), mas sofre limitações várias no que concerne ao contrato de trabalho. E acrescenta que “as restrições e os condicionamentos dos direitos fundamentais — e o direito à iniciativa económica privada tem a natureza de direito fundamental, como este tribunal já teve ocasião de decidir (cf. Acórdão n.º 25/85, publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, 5.º vol. (1985), pp. 95 e segs) — só se justificam quando, para além do mais, se mostrem necessários e adequados à salvaguarda de outros direitos ou valores constitucionais. Por outro lado, têm sempre de ser proporcionados. E, tratando-se de restrições, têm de deixar intocado o conteúdo essencial do respectivo preceito constitucional (cf. art. 18.º da Constituição)” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 392/89, Processo: n.º 200/88, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Messias Bento, Data: 17 de Maio de 1989).

162 No Direito português, o princípio regeador da intervenção económica é o princípio da compatibilidade entre as iniciativas económicas privadas e públicas no âmbito económico, não reservados ao setor público (art. 80, alínea b e art. 82, n.º 1 da Constituição portuguesa de 1976). Significa que a iniciativa económica privada convive com a iniciativa pública; significa concorrência entre iniciativas, e abertura aos impulsos económicos, independentes do carácter público ou privado dos agentes. Compatibilidade não significa equilíbrio, mas sim possibilidade de opção entre uma economia que privilegie a atividade económica privada como motor da economia ou pública. São, nos artigos mencionados (art. 80, alínea b e art. 82, n.º 1), que estão consagrados o princípio da coexistência do setor público, do setor privado e do setor cooperativo e social dos meios de produção. O que a Constituição portuguesa deseja é a garantia da possibilidade de acesso dos agentes públicos, privados e cooperativos a todas as áreas económicas que não estejam legalmente reservadas ao setor público (art. 86, n.º 3 da CRP). Ou seja, onde não há reserva pública, existe a possibilidade de pluralidade de iniciativas (vide: VAZ, Manuel Afonso. Direito económico: a ordem económica portuguesa. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 154-156).

Jorge Manuel Coutinho de Abreu (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Limites constitucionais à iniciativa económica privada. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia). Coimbra: [s.n.], jan.-dez., 1984, v. LX) afirma que a Lei Fundamental portuguesa possibilita (e impõe até) alguns limites (podendo dizer-se absolutos

mitir modalidades de intervenção estatal que venham a suprimir por completo a liberdade de iniciativa e concorrencial¹⁶³, ainda que transitariamente, assim como não são admitidos os atos de agentes privados que produzam tal efeito.

uns, relativos outros) ao acesso à atividade econômica privada. Também evidencia situações de condicionamento à iniciativa privada, como os casos de licença, autorização. O mesmo autor ainda ensina que, constituída a empresa, não pode pensar-se que a sua gestão ficará entregue ao arbítrio do empresário, estará sempre o poder econômico subordinado ao poder político democrático, devendo o Estado fiscalizar o respeito da Constituição e da lei pelas empresas privadas e intervir direta (quando se assume como sujeito ou agente econômico) ou indiretamente (disciplinando, orientando, condicionando, limitando ou controlando) na economia. Dita, por fim, que a intervenção do Estado na economia pode conduzir à própria eliminação de empresas privadas, onde além de afirmar a hipótese existente à época da nacionalização, também evidencia a hipótese do legislativo determinar a ilegalização de certa atividade econômica, arrastando assim para o encerramento as empresas que a prossigam. Ou que a autoridade administrativa imponha, na sua função policial-econômica, uma sanção de encerramento de determinado estabelecimento.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 327) referem-se que o âmbito e o alcance da iniciativa econômica privada estarão sempre dependentes das opções da Constituição e da lei, que seria tarefa impossível de delimitar constitucionalmente o seu âmbito, restando essa tarefa a cargo do legislador que poderia livremente determinar o seu conteúdo, conformando o alcance desse direito, ficando-lhe vedada apenas a sua “*aniquilação*”.

Vasco Moura Ramos (RAMOS, Vasco Moura. O direito fundamental à iniciativa econômica privada (art. 61, n.º 1, da CRP): termos da sua consagração no direito constitucional português. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: [s.n.], jan.-dez., 2001, v. LXXVII, p. 833-871; p. 854 e 855) discorda ao dizer que a liberdade de iniciativa privada econômica é um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, por conseguinte, seus limites constitucionais têm de ser determináveis em nível constitucional, não podendo ser livremente fixados pelo legislador, logo, não se está perante um direito fundamental cujo âmbito constitucional se restringe à garantia da sua não extinção, não se encontrando o legislador livre na conformação do seu conteúdo. Tem, portanto, o autor as mais sérias dúvidas que a garantia da não-aniquilação possa constituir um núcleo mínimo constitucionalmente relevante. Esse mesmo autor (ibidem, p. 857-861) demonstra que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português (Acórdãos n.º 25/85, de 06 de Fevereiro; n.º 186/88, de 11 de Agosto e n.º 187/01, de 02 de Maio de 2001) tem entendido que a lei a que se reporta o n.º 1 do art. 61 da CRP é uma lei conformadora, além de afirmar que, em momento algum, o Tribunal caracteriza a liberdade de iniciativa econômica privada como um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, podendo, portanto, sustentar sem críticas que tal direito poderá ser moldado quase livremente pelo legislador (desde que não o “*aniquile*”). Apesar de assim o Tribunal Constitucional português se expressar, o autor (ibidem, p. 865) conclui seu trabalho defendendo que a lei referida no preceito constitucional é uma lei harmonizadora. Com efeito, não é o legislador que vai, livremente, definir o âmbito de iniciativa econômica privada. Ao legislador cabe delimitá-la, tendo em conta os restantes princípios constitucionais que com ela poderiam conflitar, não podendo ultrapassar essa medida.

163 Carla C. Marshall (MARSHALL, Carla C. A regulação para a competição. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. Direito Empresarial Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 37) estabelece que a intervenção do Estado na economia pode se expressar a partir de 5 categorias diferentes identificadas na Constituição: “1ª) de ordem normativa – na parte inicial do

Apesar de livres, não possuem tais princípios caráter geral e absoluto, devem ser ponderados com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto constitucional, como, por exemplo, o dever do Estado de promover o bem de todos (art. 3.º, IV) e a justiça social (art. 170, *caput*). Ou seja, estão sujeitos a restrições e limitações indispensáveis à preservação de outros princípios constitucionais¹⁶⁴.

caput do art. 174, quando age como agente normativo; 2º) de ordem tributária – art. 149; 3º) de ordem reguladora – parte final do caput do art. 174, ao atribuir ao Estado papel de regulador da atividade econômica, exercendo, para tanto, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento; 4º) de ordem executiva – ao prever no art. 175, caput, que: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos; e, por fim, a 5º) mas não menos importante, de ordem repressiva – expressa no §4º do art. 173: A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

- 164 De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o princípio constitucional da livre iniciativa não tem caráter absoluto, estando sujeito a restrições e limitações expressas ou implícitas, indispensáveis à preservação de outros princípios constitucionais, com os quais deve se harmonizar. Assim declarou, em decisão relativa à atividade de ensino, quando sustentou que o princípio da livre iniciativa, nesse domínio, está subordinado, entre outros, a dois limites expressamente estabelecidos: “I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (CRFB, art. 209)”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 17166, Processo: 200301797827 UF: BA Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 22/08/2006 Documento: STJ000274723, Fonte: DJ DATA:14/09/2006 PG:00256, Relator(a): LUIZ FUX, Data Publicação: 14/09/2006).
- O *Conseil constitutionnel* francês considera que a “*liberté d’entreprendre*” decorre do art. 4.º da “*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*”. Tem como parágrafo pragmático, em quase todas suas decisões, a seguinte afirmação: “*considérant que la liberté d’entreprendre qui a valeur constitutionnelle n’est toutefois ni générale ni absolue ; qu’il est loisible au législateur d’y apporter des limitations qui lui paraissent exigées par l’intérêt général à la condition que celles-ci n’aient pas pour conséquence de dénaturer la portée de cette liberté*”. (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 92-316DC. Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. NOR: CSCX9310836S. Votos: [s. relator]. Data: mercredi 20 janvier 1993). Entende o Conselho, assim, que é aberto ao Parlamento prever limitações justificadas pelo interesse público ou relacionadas com requisitos constitucionais. Diante disso, ao analisar modificações na lei relativa à liberdade de comunicação, depois de demonstrar a importância dessa para sociedade, define que é o legislador quem estabelece regras para a preservação do caráter pluralista de expressão sociocultural do setor, devendo garantir que a sua aplicação não limite à liberdade de empresa quando posta em choque com o objetivo constitucional do pluralismo. Por isso, considera que o Conselho Constitucional não tem um poder geral de avaliação e tomada de decisão semelhante ao Parlamento e que, portanto, não poderia verificar se os objetivos que o legislador fixou seriam capazes de serem alcançados por outros canais, uma vez que os métodos utilizados pela lei não são manifestamente inadequados ao objetivo. Diante dessas questões, quando posto a analisar a introdução de serviços de televisão digital terrestre prestados por entidade privada e disposição que tinha como efeito limitar essa nova técnica à concentração dos operadores, assim, manifestou-se: “*à la seule diffusion en mode analogique l’interdiction faite à une même personne de détenir plus de 15 % du capital ou des droits de vote dans*

deux sociétés titulaires d'une autorisation relative à un service national de télévision par voie hertzienne terrestre, ainsi que celle de détenir plus de 5% du capital ou des droits de vote dans trois de ces sociétés”, decidiu que está dentro do poder de apreciação do Legislador a escolha por aplicar ao setor uma série de regras, a fim de preservar o pluralismo de expressão sociocultural. Por isso, decidiu não ser contrário ao princípio da livre iniciativa o fato de manter a 49% do capital ou dos direitos de voto, para editar um serviço de televisão digital, com uma missão nacional, o máximo que uma única pessoa física ou jurídica possa deter (FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2000-433DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, NOR : CSCL0004281S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M. Pierre MAZEAUD et Mmes Monique PELLETIER et Simone VEIL. Data: jeudi 27 juillet 2000). O Conseil constitutionnel, considerando que a livre iniciativa não é nem geral nem absoluta, “*ne peuvent exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi et que les règles apportant des limitations au financement des activités de communication par la publicité commerciale ne sont, en elles-mêmes, contraires ni à la liberté de communiquer ni à la liberté d'entreprendre*” (FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 82-141DC. Loi sur la communication audiovisuelle. NOR: [s. n.]. Votos: [s. relator]. Data: mardi 27 juillet 1982).

A Corte Costituzionale italiana, em caso relativo à proibição de importação e respectiva sanção penal, elucidou que a liberdade de iniciativa econômica privada é limitada e não absoluta. De acordo com tal Corte, o art. 41 da Constituição italiana contém uma declaração geral de liberdade para a iniciativa econômica privada; mas a tal liberdade correspondem necessariamente limitações indispensáveis das superiores exigências da comunidade estatal. Afirma o tribunal que é o próprio art. 41 que impõe tais limitações, pelo qual estabelece que a iniciativa “*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale né in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana*”, mas, sobretudo, quando afirma que é o legislador ordinário quem tem a determinação de programar e de controlar a oportunidade que garante que a iniciativa privada possa ser dirigida e coordenada com fins sociais. Assim, declarou a Corte que a proibição da exportação e importação é uma área que se manifesta no controle social da livre iniciativa privada. Estas proibições devem ser colocadas nas regras que regem o comércio internacional, as normas que constituem um sistema de controle de fronteiras e são essenciais para a defesa da economia e das finanças do Estado (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 50 de 5 APRILE 1957, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 13 aprile 1957. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 104 del 23 aprile 1957. Pres. AZZARITI - Rel. PETROCELLI, Massime: 298). Resume que: “*L'art. 41, poi, va considerato nel suo complesso: il principio della libera iniziativa economica è affermato nel primo comma, ma trova limiti nel secondo e particolarmente nel terzo comma, nel quale è previsto l'intervento del legislatore nel determinare i programmi ed i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (sentenze nn. 5,7,54 del 1962; n. 37 del 1969 e n. 9 del 1973)*”. (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 107 de 24 MAGGIO 1977, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 2 giugno 1977. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 155 dell'8 giugno 1977. Pres. ROSSI - Rel. ROSSANO, Massime: 8897, 8898, 8899 e 8900) e que “*la libertà di iniziativa economica privata, consente l'apposizione di limiti al suo esercizio subordinandola ad una duplice condizione; richiedendo, cioè, sotto l'aspetto sostanziale, che essi corrispondano alla utilità sociale e, sotto quello formale, che si effettui la disciplina ad opera della legge*”. (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 388 de 21-30 LUGLIO 1992, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 30 de luglio 1992. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” dell'05 agosto 1992. Pres. CORASANITI, Massime: 18799, 18800 e 18801).

Por tudo isto, verifica-se que a Constituição de 1988 trouxe uma nova visão do que ocorria anteriormente na ordem econômica e do papel do Estado. Não

De acordo com o *Tribunal Constitucional espanhol*, o Direito da liberdade de empresa “no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa” (STC 37/1987, fundamento jurídico 5.) (ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 89/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/3/1994. Publicación BOE: 19940414 [«BOE» núm. 89]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Luis López Guerra. Número registro: 2010/1989 y 969. Recurso tipo: Cuestiones de inconstitucionalidad). O art. 38 não sanciona um Direito a maximizar sem obstáculos o lucro empresarial, mas sujeita a liberdade de empresa a “*las exigencias de la economía general*”, a qual, por sua vez, há de servir “*para asegurar a todos una digna calidad de vida*”, em palavras do preâmbulo da Constituição espanhola, sempre de acordo com o princípio de subordinação ao interesse público da “*riqueza del país*” (art. 128.1 CE). Assim também preceitua a STC 37/1987 (ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 61/1997. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 20/3/1997. Publicación BOE: 19970425 [«BOE» núm. 99]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez, Gabaldón, García-Mon, Gimeno, de Mendizábal, González, Cruz, Viver, Ruiz, Jimenez de Parga, Vives y García. Ponente: don Enrique Ruiz Vadillo y don Pablo García Manzano, quienes expresan el parecer del Tribunal. Número registro: 2477/1990, 2479 488/1990. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad).

O *Tribunal Constitucional português* afirmou que: “*A liberdade de iniciativa privada não constitui um direito absoluto, nem dispõe de limites constitucionalmente garantidos, salvo no que respeita àquela parte do seu conteúdo útil constitucionalmente relevante que a lei não pode eliminar. Desde logo o texto constitucional estabelece diversas limitações, nomeadamente a propósito dos meios de comunicação social [...], da saúde [...] e do regime dos investimentos estrangeiros. Por outro lado, a própria lei ordinária pode condicionar ou limitar, para garantia do bem comum, a iniciativa económica privada, quer quanto à liberdade de criação de empresas, quer quanto à actividade das empresas, desde que seja respeitado o núcleo constitucionalmente garantido*”. (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 76/85, Processo: n.º 72/84, Relator: Conselheiro Monteiro Dinis, Data: 06 de Maio de 1985).

Por fim, o *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias* declarou que tanto o direito de propriedade como o livre exercício das atividades profissionais fazem parte dos princípios gerais do Direito Comunitário. No entanto, deixa claro que tais princípios não constituem: “*prerrogativas absolutas, devendo ser tomados em consideração por referência à sua função na sociedade. Por conseguinte, podem ser aplicadas restrições à utilização do direito de propriedade e ao livre exercício de uma actividade profissional, designadamente no quadro de uma organização comum de mercado, na condição de essas restrições corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituírem, atento o objectivo prosseguido, uma intervenção desmedida e intolerável que ponha em causa a própria substância dos direitos assim garantidos*” (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61979J0044. Acórdão de Justiça de 13 de Dezembro de 1979. Processo 44/79. Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz. Colectânea da Jurisprudência 1979 página 03727; UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61987J0265. Quinta Secção. Acórdão de 11 de Julho de 1989. Processo 265/87. Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Gronau. Colectânea da Jurisprudência 1989 página 02237 e UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61988J0005. Terceira Secção. Acórdão de 13 de Julho de 1989. Processo 5/88. Hubert Wachauf contra Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft. Colectânea da Jurisprudência 1989 página 02609).

se concede mais, como se fazia na Constituição de 1967/69, a ampla competência na matéria ao legislador ordinário. Facultava-se a possibilidade deste legislador instituir monopólios estatais, como tratava o art. 163 da Carta anterior.

Tal experiência demonstrou que o caráter subsidiário e excepcional da intervenção do Estado na economia foi distorcido, propiciando a criação de muitas empresas estatais à época¹⁶⁵.

A importância do princípio da livre iniciativa, referidos anteriormente, é maior na atual análise do direito infraconstitucional quando se tem em vista que a anterior Constituição não o prescrevia de maneira tão explícita e abrangente como a atual. Tinha-se uma ordem constitucional muito mais tolerante com o intervencionismo econômico direto, que previa tal possibilidade, exigindo apenas que se desse mediante lei.

Ao analisar o art. 163 da Constituição de 1967/69 e o art. 170 da atual Constituição, João Bosco Leopoldino da Fonseca¹⁶⁶ chama a atenção para o fato de que: enquanto, no primeiro caso, há uma faculdade aberta ao Estado; no segundo, existe uma proibição que permite exceções. De forma que, pelo conjunto dos elementos significativos utilizados pelo legislador constituinte de 1988, conclui-se que sua intenção foi de proibir que o Estado aja como empresário (apenas como forma de complementação que as empresas paraestatais podem atuar no mercado). Para complementar, a Constituição, em seu art. 174, revela o principal papel do Estado na ordem econômica, ou seja, o de agente normativo e regulador da atividade econômica¹⁶⁷.

165 Decide o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que “*é excepcional a intervenção estatal no domínio econômico, máxime no sistema de livre iniciativa*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 443310, Processo: 200200778744 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 21/10/2003 Documento: STJ000513396, Fonte: DJ DATA:03/11/2003 PÁGINA:249 LEXSTJ VOL.:00177 PÁGINA:111, Relator: Ministro Luiz Fux, Data Publicação: 03/11/2003).

166 Apud: SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 38.

167 O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caso sobre a estipulação de preços por parte do Estado, declara que a Constituição, em seus arts.170 e 174, autoriza o Estado a atuar como agente regulador das atividades econômicas, sobretudo naquelas concernentes às empresas que atuam em setor estratégico. Daí lhe ser lícito estipular os preços que devem ser por elas praticados (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 2887, Processo: 199300173235 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 09/11/1993 Documento: STJ000051801, Fonte: DJ DATA:13/12/1993 PÁGINA:27369 LEXSTJ VOL.:00057 PÁGINA:105 RSTJ VOL.:00056 PÁGINA:75, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Data Publicação: 13/12/1993).

A Constituição de 1967/69 prescreve, de acordo com Geraldo Ataliba¹⁶⁸, que:

a organização e exploração das atividades econômicas competem, preferencialmente, às empresas privadas. E mais: impõem, ao Estado, o dever de estimular e apoiar a iniciativa privada no exercício dessa competência, que a ela é atribuída, com preferência.

Em reforço a tal diretriz, a Constituição, em seu art. 170, determina que o Estado apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, poderá organizar e explorar diretamente a atividade econômica. Ainda, assim, ao fazê-lo por seus órgãos descentralizados, terá que se submeter às normas aplicáveis às empresas privadas; isto é; estará purificado com a iniciativa privada, despidido das suas prerrogativas de supremacia, sujeito às regras da livre competição, nivelando às demais organizações privadas. [...]

Daí, porque que, a própria Constituição – ainda uma vez, note-se, visando à proteção do desenvolvimento nacional e da justiça social, e manifestando a supremacia jurídica desse desideratum do Estado Brasileiro – cuidou de dispor exceções ao princípio da livre iniciativa, facultando ao Estado intervir no domínio econômico, inclusive estabelecendo monopólio de determinadas indústrias ou atividades, quando indispensável, por motivo de segurança, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa. É o que vem estabelecido, expressamente, no art. 163 da CF.

Na vigência da Constituição de 1967/69, o Estado somente poderia atuar em atividades econômicas em caráter complementar, supletivo, subsidiário, não

Em outra decisão, o judiciário, ao tratar da proibição de comercialização de álcool etílico líquido, instituída pela Resolução RDC n.º 46/2002, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, determinando a comercialização da substância unicamente no estado de solução coloidal, na forma de gel desnaturado, entendeu lícita a atitude da entidade afirmando que o princípio da livre iniciativa não inviabiliza a intervenção do Estado na atividade econômica, na medida em que o art. 174 da CRFB é expresso ao afirmar que o Estado exercerá as funções de fiscalização da atividade econômica, dada a sua condição de agente normativo e regulador da ordem econômica. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200601000337804, Processo: 200601000337804 UF: DF Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 20/4/2007 Documento: TRF100248650, Fonte: DJ DATA: 11/6/2007 PAGINA: 106, Relator: Desembargadora Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Data Publicação: 11/06/2007).

168 ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 77, a. XIX, p. 80-93, jan./mar. 1986, p. 83.

podendo ser de carácter preferencial, muito menos exclusivo. Devendo, nos casos de assumi-la em carácter suplementar, atuar despido de suas prerrogativas de supremacia, sujeito às mesmas injunções a que se submete a atuação da iniciativa privada e sob regime de Direito Privado (art. 170, §§2.º e 3.º da CRFB de 67/69).

Ao contrário da anterior Carta, a atual não contempla a expressão “*intervenção do Estado no domínio econômico*”, porque a atuação no domínio econômico, ou como se prefere, intervenção do Estado na economia é, toda ela, deferida aos particulares, cabendo tão-somente ao Estado assumir as excepcionálissimas hipóteses do art. 173 da Constituição brasileira¹⁶⁹.

Tal artigo afirma que para a exploração direta da atividade econômica pelo Estado exige-se que se esteja diante de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, ambos assim definidos em lei¹⁷⁰.

169 João Pacheco de Amorim (AMORIM, João Pacheco de. As empresas públicas no direito português: em especial, as empresas municipais. Coimbra: Almedina, 2000, p. 8), quanto ao Direito português, demonstra que: “*a Constituição Portuguesa não prescreve explicitamente qualquer limite à iniciativa econômica pública, dispensando-lhe mesmo um tratamento de favor (veja-se, sobretudo, as al.ºs b), c), d) do art. 80 e al. i) do art.º 81 CRP) – competindo essa iniciativa ou ao Estado, ou às Regiões Autónomas ou ainda às autarquias locais, no caso destas últimas desde que se trate da “prosecução de interesses próprios das populações respectivas” (n.º 2 do art. 235 CRP)*”. Lembra também que sempre constituirá um limite diretamente decorrente da Constituição à presença de um interesse público específico e secundário. Por outro lado, dita que o Estado e os demais entes territoriais não são titulares de um verdadeiro direito fundamental de livre iniciativa econômica, pois, se assim não fosse, existiria o perigo de o poder público acabar por ocupar um espaço de liberdade reservado ao cidadão. Paulo Otero (OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 124) assinala, como limites genéricos ao intervencionismo público, a subordinação da respectiva habilitação ao interesse público ao ditar que é esse: “*o fundamento, o limite e o critério da actuação econômica pública e, consequentemente, da iniciativa econômica pública*”. No mesmo sentido: ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999, p. 167-175. Paulo Otero (ibidem, p. 46 e 121) aduz que a intervenção estatal deve obedecer ao princípio da proporcionalidade “*envolvendo uma ponderação concreta entre as reais ou previsíveis vantagens para o interesse público decorrentes de uma tal forma directa de intervenção [...] segundo critérios de aptidão ou adequação*”.

170 O Conselho de Estado francês, no *arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, de 30 de maio de 1930, estabeleceu uma das grandes decisões que trata da intervenção econômica do poder público e da liberdade de comércio e indústria nesse país. Decidiu o Conselho que os municípios podem criar empresas prestadoras de serviços públicos sempre “*en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu un intérêt public justifie leur intervention en cette matière*”. Portanto, ausente tais circunstâncias especiais que justifiquem a criação, eventuais deliberações que criem empresas são nulas de pleno direito (FRANÇA. Conseil d'Etat. *Arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*. Statuant au contentieux N° 06781. Publié au recueil Lebon. SECTION M. Romieu, président; M. Delfau, rapporteur; M. Josse, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 30 mayo 1930).

Nessa linha, na atual ordem constitucional, as restrições que possam ser criadas ao princípio da livre iniciativa têm caráter absolutamente excepcional e somente podem emergir das hipóteses expressamente previstas na Constituição ou implicitamente autorizadas por ela¹⁷¹.

Por ser mais analítica que sua antecessora, a atual Carta Magna apresenta a vantagem de haver reduzido o uso de fórmulas excessivamente genéricas dos arts. 163 e 167, que regulavam o sistema de intervenção do Estado na atividade econômica, tão frequentemente abusados que as intervenções se faziam até por atos administrativos.

Também o antigo art. 170 deixava espaço muito amplo à intervenção concorrencial do Estado em qualquer atividade econômica, dando apenas preferência às empresas privadas, permitindo a exploração estatal direta, mesmo sem caráter suplementar, o que equivaleria a dizer que, declarado o interesse públi-

171 O Superior Tribunal de Justiça já, em alguns casos, tratou do funcionamento de estabelecimento comercial aos domingos. Sustenta a possibilidade do funcionamento na livre iniciativa e na liberdade de concorrência calçada na ordem econômica da CRFB, afirmando que: “É vedado ao Poder Público e ao intérprete do ordenamento antever exegese que transponha a intangibilidade da livre iniciativa que a todos é assegurada em relação a qualquer atividade”. E, ainda, sustenta que: “O Princípio da Legalidade impõe que se permita o que a lei não proíbe, no campo da ‘livre iniciativa’” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 740508, Processo: 200500571013 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 17/08/2006 Documento: STJ000703834, Fonte: DJ DATA:31/08/2006 PÁGINA:222, Relator: Ministro Luiz Lux, Data Publicação: 31/08/2006).

O *Tribunal Constitucional espanhol* já enunciou que, em casos de escassez de recurso, pode se restringir a liberdade em determinada atividade econômica. Justificando tanto as medidas de mera restrição como as de reestruturação do setor. Ao adotarem tais medidas, os poderes públicos encontram limites que devem respeitar, entre os quais, a razoabilidade e proporcionalidade de tais medidas que evitem desigualdades injustificadas entre os produtores do setor. Assim é porque tais medidas podem chocar-se com direitos constitucionais, como a liberdade de empresa, incluso com o princípio da igualdade, se desaparecerem os motivos que justificam as medidas ou se os efeitos dessas acabarem manifestando-se como desproporcionais ou arbitrários (ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 64/1991. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 22/3/1991. Publicación BOE: 19910424 [«BOE» núm. 98]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. Tomás, García-Mon, de la Vega Leguina, López y Gimeno. Ponente: don Jesús Leguina Villa. Número registro: 853/1988. Recurso tipo: Recurso de amparo).

Ao analisar norma que obrigava o fechamento de estabelecimento comercial um dia durante a semana, a *Corte Costituzionale italiana* mencionou a vagueza dos termos dignidade humana, liberdade, utilidade social e fins sociais utilizados no art. 41 da Constituição e afirmou ser tal norma não contrária ao art. 41, vez que visa a proteger o direito ao descanso do trabalhador, sendo esse uma das razões sociais e de salvaguarda da dignidade humana colocada para limitar a liberdade de iniciativa econômica privada (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 111 de 5 APRILE 1974, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 23 aprile 1974. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 107 del 24 aprile 1974. Pres. BONIFACIO - Rel. AMADEI, Massime: 7200 e 7201).

co, estava constitucionalmente justificada a estatização de qualquer setor da economia. Atualmente, os novos casos de intervenção, embora multiplicados, pelo menos restaram “bem definidos”, “*numerus clausus*”, e em apenas um dispositivo (art. 173, CRFB).

Assim, conquanto o Estado brasileiro tenha ampliado seus monopólios (art. 177, CRFB), tratando-se de modalidades de aplicação imediata, em compensação, com o desaparecimento da regra do art. 163, *caput*, da Carta anterior, impossibilitou-se, na nova, a criação de qualquer outra modalidade, salvo por emenda constitucional.

Especial consideração merece o art. 174, que é, de certa maneira, ambíguo, sujeitando-se a interpretações variadas. Numa primeira leitura, poderia parecer que vem contradizer a adoção de uma economia de mercado, cujos princípios anteriormente expostos impedem.

Numa economia de mercado pura, é o próprio mercado que regula a atividade econômica, sem que haja qualquer intervenção por parte do Estado. Em termos absolutistas de economia pura, Estado nenhum se submeteria a esse modelo. Porém, não existe o Estado de mercado puro, porque alguns pontos do sistema econômico são sempre retidos na mão do Estado, entre os quais, a própria utilização de seu orçamento, a emissão de moeda etc. O que interessa é apartar bem esses mecanismos de grande abrangência, que dizem respeito ao todo econômico, em que o Estado atua legitimamente, das demais incursões que possa pretender, de caráter estritamente particularizado. Aquela a que se refere em que sua atuação se mostra legítima, trata-se de um tipo de atividade da qual o Estado não pode abdicar. Nos momentos de grande demanda, procura ele esfriar o passo da economia; e, nos momentos de crise, atua incentivando, instigando o mercado. Por isso que se tem o Estado como agente normativo e regulador da ordem econômica. Não é esse tipo de atividade que se põe em questão. Mas o caráter normativo não pode ser utilizado de molde a excluir a liberdade econômica. É de boa técnica interpretativa a integração dos princípios que aparentemente conflitam.

Se a Constituição coloca o Estado na posição de agente regulador, nem por isso pretendeu implantar uma economia de cunho centralizado. Não permite esse entendimento nem a análise dos princípios consagrados expressamente, nem a análise sistemática do texto. Ademais, exercerá essa sua posição na forma estabelecida em lei. O princípio da juridicidade deverá, portanto, pautar a atuação do Estado nessa função.

O mesmo art. 174, em sua segunda parte, atribui três funções ao Estado: fiscalização, incentivo e planejamento¹⁷². Onde fiscalização tem o sentido de acompanhamento, na verificação da adequação do comportamento privado com relação aos ditames normativos; incentivo traz em si a ideia de estímulo, de ajuda, enfim, de concessão de benefícios no implemento da atividade privada; e planejamento, que, segundo a norma, é determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado. A própria utilização da palavra “*determinante*” demonstra intenção do legislador, posto que forma uma expressão mais fraca do que a habitualmente utilizada: “*planejamento imperativo*”. Se assim é para o próprio setor público, o que não se dirá para o privado, no qual o planejamento não poderá ir além da simples indicação¹⁷³.

172 Utilizando-se desse artigo, o judiciário sustenta diferentes formas de intervenção. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela inexistência de vulneração aos princípios da isonomia e livre concorrência de ato administrativo que estabeleceu preço de medicamento em valor inferior àquele autorizado para concorrente, por entender terem sido os critérios do preço, a composição química do produto e seu enquadramento pela ANVISA razoáveis e proporcionais (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 11706, Processo: 200600753440 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 08/11/2006 Documento: STJ000281382, Fonte: DJ DATA:27/11/2006 PG:00222, Relator(a): CASTRO MEIRA, Data Publicação: 27/11/2006). Também existe caso em que se entende legítima a instituição de Livro de Movimentação de Combustíveis, uma vez que “*foi autorizada pelo Decreto-lei n.º 395/1938 (art. 1º), que declarou a atividade de abastecimento de combustíveis de utilidade pública, bem como pelos preceitos constitucionais relativos à proteção ao consumidor (contra a adulteração de combustíveis - Carta Magna, art. 5º, XXXII, Lei 8.078/1990, arts. 4º, II e 55, “caput”, §1º) e à competência do Estado para atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica e que exerce, nos termos da lei (Decreto-Lei 395/1938, art. 2º, I), as funções de fiscalização e de regulamentação respectivas (Constituição, art. 174)*”. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200034000269251, Processo: 200034000269251 UF: DF Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 14/ 08/2006 Documento: TRF100233980, Fonte: DJ DATA: 28/08/2006 PAGINA: 101, Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, Data Publicação: 28/08/2006).

173 Eduardo Paz Ferreira (FERREIRA, Eduardo Paz. Direito da economia. Lisboa: Associação acadêmica faculdade de direito de Lisboa, 2001, p. 98 e 99) afirma que os planos econômicos podem ser definidos como “*documentos aprovados pelos poderes políticos competentes, que se destinam a analisar as possibilidades de evolução da situação econômica, a definir uma orientação para essa evolução e a procurar dirigir os sujeitos econômicos no sentido de cooperarem para a realização dos objetivos estabelecidos*”. Com base nessa definição, o autor identifica três elementos essenciais de qualquer plano econômico: a previsão econômica, que seria a tentativa de calcular qual a evolução provável da economia; a fixação e determinação de objetivos a alcançar, por parte dos poderes políticos, nos termos em que a Constituição e demais legislações estabeleçam; e a escolha e ordenação dos meios necessários para atingir as metas definidas, selecionando o plano, o conjunto das ações consideradas indispensáveis para alcançar os objetivos.

Ora, visto o contexto geral da ordem econômica brasileira, ou seja, visto que o Estado, na atual Carta Magna, está proibido de atuar no mercado no que tange à produção de riquezas (art. 170, CRFB), podendo fazê-lo apenas de forma suplementar quando a própria Constituição abrir tal exceção, exigindo que se esteja diante de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, CRFB) e que a Constituição deseja que o Estado atue como agente econômico e regulador da atividade econômica (art. 174, CRFB), repudiando o dirigismo econômico, acolhendo, porém, o intervencionismo econômico, nos estritos termos constitucionais (fiscalização, incentivo e planejamento), justificando, inclusive, porque o Estado brasileiro é hoje fundado na livre iniciativa (art. 1.º, IV, 5.º, XIII e 170, *caput*, CRFB)¹⁷⁴, que é de se notar,

174 O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao analisar a responsabilidade civil do Estado em questão de intervenção do Estado por força de alteração da paridade cambial, sustentou que essa intervenção “é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais”. Também demonstrou a solidez dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, interpretando que eles retiraram a possibilidade da Administração Pública de utilizar de qualquer título jurídico para aspirar reter, em suas mãos, o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica, assim como o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. Para o STJ, a eleição da atividade que será empreendida, assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado, resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente da CRFB, daí porque entende que o Estado, no afã de regular o comércio exterior e manter a sua balança de pagamentos equilibrada, pode preconizar a paridade cambial, previsivelmente sujeita, quanto à sua estabilidade, ao comércio externo e à política internacional, fatos inimputáveis ao Estado, quer à luz da responsabilidade objetiva quer à luz da responsabilidade subjetiva, inerentes às hipóteses de atos omissivos, nos quais é imperioso detectar que a entidade pública tinha o dever de evitar o imprevisto que gerou dano a terceiros. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 614048, Processo: 200302255470 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 15/03/2005 Documento: STJ000606870, Fonte: DJ DATA:02/05/2005 PÁGINA:172 RSTJ VOL.:00192 PÁGINA:134, Relator: Ministro Luiz Lux, Data Publicação: 02/05/2005).

Outra decisão do judiciário, agora no que diz respeito ao poder de polícia administrativo, em sua vertente fiscalizatória repressiva, no caso, um auto de infração lavrado pela extinta Superintendência Nacional de Abastecimento (SUNAB), recorda que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, estatuídos na CRFB, não têm o condão de elidir ou ilidir a intervenção do Estado na ordem econômica, identicamente garantida na Carta Constitucional, expressa, também, ao erigir a defesa do consumidor ao *status* de princípio constitucional (art. 170, V), bem como a reafirmar a qualidade do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica pelo exercício, na forma da lei, das funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, *caput*) (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 249850, Processo: 200002010611996 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 05/09/2001 Documento: TRF200079041, Fonte: DJU DATA:25/10/2001, Relator: Desembargador Sergio Schwaitzer, Data Publicação: 25/10/2001).

que é a noção de serviço público, que polariza a discussão sobre a extensão do papel do Estado na economia¹⁷⁵.

175 O Estado jamais poderá subtrair-se à obrigação de reger, assegurar ou controlar as atividades que reconhece formalmente como serviço público, seja qual for o modelo econômico vigente.

O Direito português que, como já se referiu, possui o princípio da compatibilidade, classifica, segundo um critério de intencionalidade, as intervenções como globais, setoriais e pontuais. Esta distinção corresponde, a grosso modo, ao planejamento, dirigismo e intervencionismo. Atendendo ao processo escolhido, pode distinguir-se intervenções imediatas e mediatas; unilaterais ou de polícia econômica; e bilaterais ou de cooperação e fomento econômico. Para além dessas distinções, há a relacionada ao sujeito que detém o domínio da atividade econômica, designada de intervenção direta e indireta, onde a primeira coloca o próprio Estado como agente econômico e a segunda o coloca como condicionador, motivador ou enquadrador do comportamento dos agentes econômicos, sem se assumir como produtor ou distribuidor de bens e serviços. No âmbito da intervenção direta, a atuação do Estado pode ser monopolista; concorrencial; ou de uso de instrumentos específicos de apropriação da propriedade ou a gestão das empresas privadas (vide: VAZ, Manuel Afonso. *Direito econômico: a ordem econômica portuguesa*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 163 e 164).

No âmbito monopolista (art. 86, n.º 3 da CRP), a determinação da reserva do setor público econômico era um imperativo constitucional imposto ao legislador, após a 4ª revisão, operada em 1997, passou a ser uma permissão, uma vez que dita que a “*lei pode definir sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza*”. Em optando por fazê-lo, pode o legislador determinar quais setores, por serem indubitavelmente básicos, devem ficar reservados à atuação econômica pública, ou, pelo menos, sujeitos a especiais condicionamentos de acesso ou de atividade por parte dos privados. Insistindo, é função discricionária do legislador português o estabelecimento das áreas vedadas à iniciativa privada, não estando definido constitucionalmente um quadro estático de reserva pública. Ressalta-se que tal discricionariedade não é uma atribuição desvinculada de critérios constitucionais, como os princípios da compatibilidade e da subordinação do poder econômico ao poder político democrático (art. 80, alíneas a) e b)) e o “*interesse geral*”, por exemplo.

No âmbito concorrencial, o Estado, pela criação e gestão de empresas públicas, tem de sujeitar-se ao princípio da conformidade com o mercado em concorrência com empresas privadas. Isso significa a obrigação de respeitar as regras de concorrências e a condenação dos comportamentos anticoncorrenciais. Nessa área, que não é reservada à iniciativa pública, além da livre iniciativa pública, também, vigora o direito à livre iniciativa privada.

Por fim, as formas de intervenção e de apropriação coletiva dos meios de produção (art. 83 da CRP) têm implícitas: as nacionalizações, a intervenção do Estado na gestão das empresas privadas, o confisco, a requisição e a expropriação por utilidade pública. Todos estes cinco institutos são formas de intervenção pública excepcionais, onde os três primeiros são intromissões qualificadas no direito de livre empresa e os dois últimos no direito de propriedade. *Nacionalização* é o ato político-legislativo que transfere bens de produção da propriedade privada para a nação, ou seja, para a propriedade pública. É, a princípio, insindicável, mas indenizável. *Intervenção do Estado na gestão das empresas privadas* (art. 86, n.º 2 da CRP), não é intervenção na propriedade, esta continua privada. Tal intervenção é transitória, não podendo se estender indeterminadamente no tempo, competindo à lei definir o termo e os casos em que a intervenção se justifica. É sindicável e indenizável. *Confisco* que é uma expropriação-sanção, ou seja, a perda de bens a favor do Estado, fundada numa conduta tipificada como criminosa (vale esclarecer que a Revisão Constitucional de 1989 suprimiu (art. 88) a única hipótese clara de confisco sobre os meios de produção existente na Constituição portuguesa, restando apenas a expropriação de meios de produção em abandono (art. 89), que não

A intervenção do Estado na economia, em maior ou menor grau, reflete-se nos modos de se organizar os serviços públicos. Daí porque, num modelo de Estado bem-estar, o Estado tende a intervir mais na economia, e num modelo neoliberal, tende a reservar ao Estado um papel de controlador ou regulador dos serviços.

Em mérito ao exposto, Horácio Algusto Mendes de Souza¹⁷⁶ adverte que a prestação de serviços públicos, mais do que uma específica categoria de atuação estatal, é, fundamentalmente, condição de garantia de dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento nacional e de promoção do bem-estar geral, significando dizer que, embora seja instrumento, constitui-se poderoso mecanismo para que o Estado alcance seus fins. Logo, se a prestação de serviços públicos, por um lado, é vital para o desenvolvimento e alcance dos fins do Estado; por outro lado, o Estado somente estará legitimado a desenvolver atividades econômicas quando a sociedade se mostrar incapaz, por seus próprios meios, de atingir sua satisfação pessoal ou a atividade se apresentar impositiva para toda a coletividade, por imperativos de sua própria existência e evolução. Por isso, entende-se que serviços públicos são prestações, frise-se, transferidas da sociedade para o Estado, tendo em vista o reconhecimento dos indivíduos acerca da impossibilidade de exercerem, por si só, tais atividades.

Neste contexto, observa-se a transferência para o poder público da competência para a prestação dos serviços públicos (art. 175, CRFB), enquanto o desenvolvimento das atividades econômicas conservou no âmbito da iniciativa privada (art. 1.º, IV, 5º, XIII e 170, *caput*, CRFB). Cumpre, portanto, diferenciar serviço público da atividade econômica em sentido estrito¹⁷⁷.

se configura como confisco, já que o abandono não está tipificado como crime). É sindicável, porém não indenizável. *Requisição* é a possibilidade de a Administração poder impor a um particular a obrigação de prestar serviços ou de consentir na utilização temporária de uma coisa. É sindicável e indenizável (art. 62, n.º 2 da CRP). *Expropriação por utilidade pública* é o ato administrativo que transfere determinado bem ao poder público em razão de sua situação, que os tornam indispensáveis, por razões concretas e específicas, à realização de tarefas próprias da Administração. É sindicável, uma vez que, por ser ato administrativo, deve obediência à lei e indenizável (art. 62, n.º 2 da CRP).

176 SOUZA, Horácio Algusto Mendes de. Regulação jurídica do transportador rodoviário de passageiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 23 e 24.

177 O problema é se diferenciar atividade econômica em sentido estrito de serviço público pelo fato da CRFB tratar de forma igualitária tais expressões (art. 173, §1.º, art. 174 e 175). Diante do dilema de se diferenciar serviço público de atividade econômica em sentido estrito, Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 133 e 140) sugere que a prestação de serviço público “está voltada à satisfação de necessidades, o que

Tal diferença ainda é de extrema importância, na medida em que se faz necessário saber onde o Estado deve estar presente e quando a sua presença, no exercício de dada atividade, configura-se em violação ao princípio da subsidiariedade e da abstenção, por afrontar a esfera de liberdade reservada constitucionalmente à iniciativa privada¹⁷⁸.

Além do mais, passou-se por uma reforma do Estado realizada por muitas Emendas Constitucionais e pela reformulação e criação de novas leis que trans-

envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos". Para esse autor, o serviço público é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente, mas não exclusivamente, ao setor público. Portanto, conclui que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado, além de entender que ambas (serviço público e atividade econômica em sentido estrito) são espécies do gênero atividade econômica. Para que não se tenha confusão entre a espécie atividade econômica e o gênero atividade econômica o autor propõe a seguinte conversão: atividade econômica em sentido amplo conota gênero e atividade econômica em sentido estrito, a espécie. Segue-se o autor em tal diferença, como poderá se observar no capítulo II, do presente trabalho.

Reserva-se como atividade econômica em sentido estrito todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Agora, recorda ele que as atividades econômicas em sentido amplo são atribuídas ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo. É que é, a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, aos âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos. Afirma, ainda, que tal ampliação ou retração será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro. A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é, para Eros Roberto Grau (ibidem, p. 140), decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o Estado, em um certo momento histórico, do confronto entre ambos interesses. Parece, aqui, que o autor adota a corrente essencialista de legitimação de um serviço público.

Assevera Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 56) que tal classificação apresenta enorme relevância porque retrata a existência de dois regimes jurídicos distintos. Assinala que: “*A intervenção do Estado que configure exercício de atividade econômica não se subordina à mesma disciplina prevista para o desempenho de serviço público. A atividade de natureza econômica sujeita-se a regime próximo do direito privado, ainda que os princípios gerais do direito público continuem aplicáveis. Já o desempenho de serviço público submete-se a regras inerentes ao direito público*”.

178 Após verificar a passagem de um Estado produtor de segurança para produtor de serviço e bens e, hoje, regulador de tais serviços e bens tudo em prol do interesse público, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 303) observou que a função do Estado, inclusive na esfera econômica, é a de zelar pelo interesse público, cuidando para que “*a finalidade da economia (a satisfação das necessidades humanas e nessa linha a concretização do bem-estar) seja alcançada, sempre no respeito às normas e princípios inseridos na Constituição*”. Mesmo quando o Estado ainda intervinha na economia de maneira excessiva (Estado-interventor), o fazia em prol do interesse público. Hoje, como Estado regulador, este interesse está ainda mais a mostra.

formaram por completo a intervenção do Estado na economia, mudando extremamente as formas de atuação do Estado na mesma¹⁷⁹.

Iniciada a partir da década de 90, do século XX¹⁸⁰, no âmbito infraconstitucional, com a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990¹⁸¹, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND)¹⁸², o Brasil iniciou um longo processo de transferência de empresas, bens e serviços do setor público para a iniciativa privada, por meio da privatização de empresas estatais, autorizações, permissões e concessões de serviços públicos¹⁸³.

179 Vale mencionar que se concorda com Sebastián Martín-Retortillo (MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre las privatizaciones. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 144, p. 7-44, set.-dez., 1997, p. 20): “*nada hay que oponer [...] a la privatización de esas actuaciones administrativas, siempre y cuando su gestión resulte más eficaz, menos costosa y, en todo caso, se garanticen debidamente los principios de universalidad e igualdad a los que tradicionalmente ha venido respondiendo el sistema de prestaciones administrativas*”.

180 Faz-se pertinente ressaltar que o governo Sarney instituiu um Programa de Privatização por meio do Decreto n.º 91.991, de 28 de novembro de 1985, posteriormente aprimorado pelo Decreto n.º 95.886, de 29 de março de 1988, que criou o Programa Federal de Desestatização, com o fito de “*transferir para a iniciativa privada atividades econômicas exploradas pelo setor público*”, visando a “*concorrer para a diminuição do déficit público*” e “*propiciar a conversão de parte da dívida externa do setor público federal em investimentos de risco, resguardado o interesse nacional*” (art. 1.º, incisos I, II e III).

181 Originária, com alterações, da Medida Provisória n.º 26, baixada pelo então governo Collor, em 15 de janeiro de 1989, que autorizava a alienação da totalidade ou parte das ações representativas do controle do capital social de empresas estatais federais, com a exclusão daquelas que, pela Constituição, exploravam atividades monopolizadas pela União. Tal lei foi alterada pela Medida Provisória n.º 1.481-52, de 08 de agosto de 1997, que foi, posteriormente, convertida na Lei n.º 9.491/97.

182 De acordo com Luiz Carlos Oliveira Filho e Armando Castelar Pinheiro (OLIVEIRA FILHO, Luiz Carlos; PINHEIRO, Armando Castelar. *Privatização no Brasil: passado, planos e perspectivas*. Texto para discussão n.º 230. Brasília: IPEA, 1991), a década de 80 foi marcada pelo início das privatizações no Brasil. A dificuldade do Estado em gerenciar suas próprias empresas, atrelado à sua ineficiência em áreas como a saúde, educação, habitação e segurança pública, que, tradicionalmente, sempre estiveram a cargo do setor público, levou à privatização de algumas empresas estatais durante esse período, entre as quais, a Cia. Brasileira de Cimento Portland Perus - privatizada em maio de 1980, a Cia. América Fabril - privatizada em novembro de 1981, Cia. De Tecidos Dona Isabel - privatizada em setembro de 1982 e a Livraria José Olympio Editora S/A - privatizada em abril de 1984. Durante os anos de 1985 até 1989, observaram-se mudanças quanto à percepção sobre o papel do Estado no processo de desenvolvimento da economia brasileira. A privatização passou a ser vista, de forma mais explícita, como um mecanismo para a reforma do Estado. Pretendia-se, com ela, amenizar os desequilíbrios financeiros no setor público, tornar as estatais em empresas lucrativas e transferi-las para o setor privado quando se percebia que a presença do Estado não era mais necessária.

183 Tal modelo foi seguido pelos Estados-membros que instituíram seus respectivos Programas Estaduais de Desestatização, caso, por exemplo, do Rio de Janeiro, Bahia, Minas Gerais, Paraná, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Sergipe e Rio Grande do Sul.

Com a intenção de fortalecer tal política, foi editada uma nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 – atribuindo-se a um Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a repressão do abuso de poder econômico que vise à dominação de mercados, restrição de concorrência ou aumento arbitrário de lucros; uma nova lei monetária (Lei n.º 8.880, de 27 de maio de 1994) que criou um Programa de Estabilização Econômica, tratou do Sistema Monetário Nacional e instituiu a URV (Unidade Real de Valor), que precedeu a nova mudança da moeda, a qual foi denominada – Real – pela Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995, que logrou a estabilidade econômica do país¹⁸⁴; e uma nova Lei de Concessões de Serviços Públicos - Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, - cujo objetivo maior foi o de atribuir garantias ao investidor. Seguida a essa lei, editou-se a Lei n.º 9.074, de 07 de julho de 1995, que complementou a anterior e estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Concretizadas algumas desestatizações, o Estado brasileiro viu-se atrofiado por sua Constituição e, ainda, no ano de 1995, iniciou uma “*reforma econômica*” constitucional por meio de Emendas Constitucionais que, inicialmente, surgiram com a ideia de flexibilizar monopólios estatais e reduzir barreiras ao capital estrangeiro, tudo com o fim de atrair recursos privados para o desenvolvimento.

Surgiram assim, numa só data, quatro Emendas Constitucionais: Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995, que abriu a possibilidade de os Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado; Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, suprimiu o art. 171 da Constituição, que trazia a conceituação de empresas brasileiras e empresas brasileiras de capital nacional admitindo a outorga de benefícios, proteções e preferências em relação a estas e alterou a redação do art. 176 para admitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica fossem concedidos ou autorizados a empresas constituídas sob as leis brasileiras, dispensada a exigência do controle do capital nacional; Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995, modificou o art. 178 da Constituição, não mais exigindo que a navegação de cabotagem e interior fosse privativa de embarcações nacionais, além de eximir que a tripulação seja em sua maioria de nacionalidade brasileira; e Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que possibilitou que

184 Ao menos em comparação com a que se tinha anteriormente.

a União concedesse às empresas privadas serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Em seguida, veio mais uma Emenda Constitucional, a de nº 9, de 09 de novembro de 1995, que facultou à União a contratação de empresas privadas de atividades voltadas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transportes dos produtos e derivados básicos de petróleo, introduzindo ainda a necessidade do surgimento de órgãos reguladores.

Após as Emendas Constitucionais, aprovou-se a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem como forma de solução de litígios e leis estruturais de uma série de setores econômicos, como energia (Lei n.º 9.247, de 26 de dezembro de 1996), telecomunicações (Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997), petróleo (Lei n.º 9.478, de 06 de agosto de 1997), entre outros.

Tais leis instituíram Agências Reguladoras que, com natureza jurídica de autarquia, são consideradas pessoas jurídicas de direito público, dotadas de um regime jurídico especial com ampla competência, autoridade, amplitude de poderes, alta especificação técnica, permeabilidade à sociedade e, principalmente, com independência, para que tenha garantida a neutralidade/imparcialidade das partes envolvidas no processo de regulação. Trata-se de novos entes da administração indireta, intrinsecamente vinculados ao processo de Reforma do Estado¹⁸⁵.

185 Por fazer parte da Administração indireta, as agências reguladoras estão sujeitas, quanto ao critério de sua criação, aos comandos insertos nos arts.37, XIX e 61, §1º, II, “e”, ambos da CRFB.

Em pedido de suspensão de liminar deferida no âmbito de Ação Civil Pública, por meio da qual se determinou a suspensão dos efeitos de Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), determinando a certa concessionária de serviço público realizar reajuste tarifário de energia elétrica, o judiciário reconheceu ser manifesto ao interesse público a questão atinente à definição do preço das tarifas. Ademais, afirma que: “no processo de reforma do Estado administrador brasileiro, previu-se, para o setor de produção de serviços, uma postura absenteísta, em termos de ação direta do Estado, a ser compensada, tal ausência, com o incremento das demais funções, aferíveis a partir da leitura do art. 174, da CF/88. Assim, ao mesmo tempo em que se estabeleceram como diretrizes do programa de reformulação estatal a redutibilidade, a privatização, a desestatização e a desmonopolização, de outro lado, concebeu-se a instalação de agências reguladoras - autarquias, sob regime especial, disciplinadoras e controladoras dos serviços não executados diretamente pelo Estado -, como forma de coibição de exorbitâncias e de proteção mesmo dos destinatários desses serviços. Por certo que o novo perfil de Estado traduz-se pelo aprimoramento de suas funções ordenadoras, que ganham importância na medida em que o ente estatal se afasta do papel de agente das atividades reguladas. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AGRSEL - Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Liminar - 3582/01, Processo: 20050500018255201 UF: RN Órgão Julgador: Presidência, Data da decisão: 27/07/2005 Documento: TRF500099060,

Ultrapassada essa fase, foram propostas Reformas Constitucionais, como a Administrativa (Propostas de Emenda Constitucional n.ºs 173/95 e 174/95), aprovada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998; Previdenciária (Propostas de Emendas Constitucionais n.º 21/95 e n.º 33/95), aprovada pela Emenda constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, que, depois, sofreu modificações pelas Emendas Constitucionais n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, e, principalmente, n.º 47, de 05 de julho de 2005; e a Fiscal/Tributária (Proposta de Emenda Constitucional n.º 46/95 e 175-A/95), aprovadas apenas com as Emendas Constitucionais n.ºs 42, de 19 de dezembro de 2003, e n.º 44, de 30 de junho de 2004, que modificaram o Sistema Tributário Nacional.

Muitas outras propostas foram e estão sendo analisadas, mas o que importa para o presente trabalho é esse contexto geral – de que o Brasil tem procurado adotar uma postura neutra, reconhecendo o papel da iniciativa privada na economia brasileira, buscando atrair investidores, atuando como promotores de seus espaços (*Marketing Público*), para que possa “*utilizá-los*” com o intuito de impulsionar e desenvolver áreas econômicas e sociais do país e, por fim, proteger o investidor com a finalidade de lhe conceder segurança jurídica, tudo conforme preconiza o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência –, que trouxe mudanças nas formas de atuação e intervenção do Estado na economia, que se passará a analisar agora.



Capítulo II

Formas de Atuação do Estado Brasileiro na Economia

2.1 A nova configuração das formas de atuação do Estado brasileiro na economia

Muitas são as classificações das formas de atuação do Estado na economia. No Brasil, a classificação mais difundida na doutrina é a de Eros Roberto Grau¹⁸⁶, que divide atividade econômica em sentido amplo, que é o mesmo que atuação estatal na economia, estando prevista nos art. 170 e 174 da CRFB, em serviço público e em atividade econômica em sentido estrito¹⁸⁷.

O primeiro – serviço público – pode ser privativo ou não-privativo. Entre aqueles cuja prestação é privativa do Estado, admite-se a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988). Os serviços públicos não-privativos podem ser desenvolvidos tanto pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito¹⁸⁸.

186 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146-149.

187 Eros Roberto Grau (ibidem), fugindo da repetição das expressões (atividade econômica em sentido amplo e atividade econômica em sentido estrito), substitui a segunda delas por iniciativa econômica.

188 Discorda-se do autor quando este afirma que os serviços não-privativos podem ser desenvolvidos pelo setor privado, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito. Ora, ou sua atuação no mercado se caracteriza como serviço público não-privativo, ou como atividade econômica em sentido estrito, são coisas totalmente diferentes, não podendo ser equiparadas como o autor o faz. Se o particular prestar um serviço não-privativo, será ele regulado pelas regras consoante a tais serviços e não a regras da atividade econômica em sentido estrito. Pode-se entender, porém, que o autor quis apenas dizer que a iniciativa privada, quando prestar um serviço público não-privativo, poderá buscar o lucro, assim como ela o faz na atividade econômica em sentido estrito, mas dizer que se caracteriza como modalidade, parece exagerado.

Já a atividade econômica em sentido estrito divide-se em duas modalidades. A monopolista e a não-monopolista, ou seja, depende da imperatividade ou não da intervenção¹⁸⁹. De fato, há atividades econômicas em sentido estrito às quais a Constituição expressamente determina que o Estado desenvolva (monopolista). Há, por outro lado, o art. 173 da Carta, que veicula cláusula geral permitindo que a lei, atendidos os pressupostos constitucionais (imperativo de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo), decida a respeito da exploração de determinada atividade econômica pelo poder público. Estas, portanto, hão de ser atividades facultativas empreendidas pelo Estado de acordo com a avaliação do legislador ordinário.

Há, portanto, para o autor, atividades econômicas que são obrigatoriamente serviço público (serviços públicos privativos), atividades econômicas que podem ser serviços públicos (serviços públicos não-privativos, que podem ser exercidos pelo Estado ou pela iniciativa privada) e as atividades econômicas que não podem ser serviço público (atividades econômicas em sentido estrito), podendo, estas, ser monopolizadas ou não¹⁹⁰.

Segundo Eros Roberto Grau, atividade econômica se define por exclusão, isto é, o que não for serviço público é atividade econômica em sentido estrito¹⁹¹. Ocorre que tal classificação além de ser criticável por possuir uma dicotomia,

189 O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve oportunidade de analisar o conceito e a classificação de monopólio. Analisou, na ocasião, o monopólio da atividade de exploração do petróleo, do gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos. Na concepção do STF, o conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Por isso, entende que não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, declarando redundantes e desprovidas de significado as expressões “*monopólio da propriedade*” ou “*monopólio do bem*”. Já com relação à classificação, afirma o Supremo Tribunal que os monopólios legais dividem-se em duas espécies: os que visam a impelir o agente econômico ao investimento, que seria o monopólio privado; e os que instrumentam a atuação do Estado na economia (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 3273 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102, Relator: Ministro Carlos Britto, Data Publicação: 02/03/2007).

190 Vale enfatizar que a distinção entre atividade econômica estatal e a prestação de serviços públicos não apresenta marcos de distinção totalmente nítidos, haja vista ser, na esteira da melhor doutrina, a prestação estatal de serviços públicos econômicos uma espécie do gênero atividades econômicas em sentido amplo, ao lado, ainda, das atividades econômicas em sentido estrito. Significa dizer que o serviço público é um conceito que não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, por que apresenta caracteres econômicos.

191 Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Prestação do serviço público e Administração indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 22) destaca que é importante saber que a Constituição não define o que seja atividade econômica, e que renasce, em consequência,

encontra-se desatualizada por todas as mudanças constitucionais usualmente chamadas de reforma do Estado, vistas no capítulo anterior. Atualmente, tem-se a inserção dentro dos chamados serviços privativos de duas novas modalidades de prestação, uma relacionada a um regime público e outra a um regime privado¹⁹². Ademais dessa mudança, as Emendas Constitucionais e legislações infraconstitucionais, mencionadas no final do primeiro capítulo, criaram uma verdadeira “troca de cadeiras” ou “troca de posições” dos diversos setores econômicos nas diferentes formas de atuação do Estado brasileiro na economia, como ter-se-á oportunidade de analisar ao longo do presente capítulo.

A transformação evidente, atualmente, está no fato de que o legislador ou o próprio constituinte é quem estabelece qual a atividade considerada como serviço público, porém é o ente regulador que irá determinar o regime jurídico a ser implementado, com vistas sempre na busca da eficiência¹⁹³.

ao legislador ordinário um largo campo para qualificar certas atividades como serviço público, no que, indiretamente, girará, por exclusão, a área configurada como das atividades econômicas.

Para Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997, p. 57), o conceito de atividade econômica em sentido estrito se forma por inclusão e por exclusão. Por inclusão, na medida em que se identifica um núcleo fundamental. São atividades relacionadas com a produção, circulação e prestação de bens econômicos e de utilidades economicamente avaliáveis, a partir da livre organização dos fatores da produção e da apropriação privada dos resultados. Por exclusão, na medida em que se reputa que o conceito não abrange aquilo que a Constituição dele excluiu, como são os casos dos serviços públicos.

192 Sara Jane Leite de Farias (FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 49) sublinha que as atividades do art. 21, incisos XI e XII da CRFB se encontram numa posição intermediária entre “a livre iniciativa, em que as atividades de ordem econômica são realizadas em regime exclusivamente de direito privado, cujo ato de consentimento estatal é a licença, conferido no exercício da polícia administrativa, e os serviços públicos prestados em regime de direito público, executados de forma centralizada pelo Estado ou descentralizada, mediante delegação ao particular, por meio de um contrato de concessão ou permissão”.

193 A eficiência pode ter múltiplos lados. Eficiência técnica: usar a melhor tecnologia disponível; eficiência produtiva: minimizar os custos; eficiência na afectação dos recursos (*allocative*): preços e quantidades que maximizam o bem-estar social (preços iguais ao custo marginal); eficiência dinâmica: nível “ótimo” de investimento em R&D e inovação; e eficiência de Pareto ou eficiência econômica: só é possível aumentar o bem-estar de um indivíduo (consumidor ou produtor) se se diminuir o bem-estar de outro. De acordo com Massimo Motta (MOTTA, Massimo. Competition policy: theory and practice. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2004); W. Kip Viscusi, John M. Vernon e Joseph E. Harrington (VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E. Economics of regulation and antitrust. 3. ed. Cambridge: MIT Press, 2001), o 1º teorema do bem-estar estabelece que, em condições que são bastante gerais, uma economia concorrencial, descentralizada, produz um equilíbrio eficiente a pareto. Eficiência de pareto corresponde a uma situação a partir da qual não é possível melhorar a posição de um agente econômico a não ser à custa de deteriorar a posição de outrem: num ótimo de pareto, não existem alterações consensuais.

Assim, para que o Estado brasileiro se adaptasse à modernização ocorrida nos últimos anos cunhou novas formas de prestação dos serviços públicos privados, uma relacionada em regime público e outra em regime privado. Quando o legislador constituinte estabeleceu que determinadas atividades poderiam ser executadas por agentes autorizados (art. 21, inciso XI e XII, CRFB), objetivou dar uma maior elasticidade ao conceito de serviço público a fim de possibilitar um dúplice regime jurídico de sua prestação, isto é, tal previsão constitucional permitiu uma maior abrangência da noção de serviço público. Foi esta, má ou boa, a vontade do constituinte reformador.

Essa diferenciação de um regime público e outro privado ocorreu no contexto brasileiro como uma tentativa de aproximação ao modelo europeu, porém não há uma equivalência, tendo em vista as distinções sociais, econômicas, culturais etc. existentes entre ambos. Motivo pelo qual, passa-se a analisar o modelo europeu.

2.2 As lições do Direito Administrativo Comunitário – o modelo europeu dos serviços de interesse econômico geral

No contexto das transformações mencionadas, viu-se a nova configuração global dividida em cinco níveis ou tipo de entidades, com capacidades distintas de regulação, gestão e atividades. Localizada numa terceira posição – antecedida por um primeiro nível, onde se teriam os acordos multilaterais dos países desenvolvidos e, num segundo, composto pelas agências internacionais constituídas por um número considerado de Estados – têm-se os sistemas de integração

A eficiência de pareto é um critério absoluto: uma situação é ou não é pareto eficiente. Este critério não permite comparar situações ou políticas. Um movimento de pareto é uma alteração que permite melhorar a posição de alguém sem deteriorar a de ninguém (só se podem realizar movimentos de pareto se não se estiver numa situação pareto eficiente). O movimento de pareto é um critério relativo: já permite estabelecer comparações entre algumas situações. Mas é muito restritivo. Só se aceitam políticas que não prejudiquem ninguém, e essas são muito raras ou mesmo inexistentes. Impor que uma política corresponda a um movimento de pareto como critério para a respectiva adoção é equivalente a impor que as decisões sejam tomadas por unanimidade. O critério é neutro do ponto de vista da distribuição.

Outros critérios de aumento de bem-estar são as medidas de Kaldor-Hicks ou da compensação hipotética: se os ganhos são superiores às perdas, então, os que ganham com a política poderiam hipoteticamente compensar os que perdem. Esta medida deve ser aceite.

econômica, que detêm, no exemplo europeu, o modelo a ser perseguido pelas demais integrações, uma vez que suas políticas, até o momento, proporcionam aos seus membros um crescimento constante e avanços jamais imaginados.

Foi essa nova configuração, aliada a muitas das outras transformações mencionadas anteriormente, que fez com que o Direito Comunitário impusesse uma nova postura diante de setores tradicionalmente regidos pelo regime de Direito Público, deixando que as regras de Direito Privado e a lógica de mercado fossem respectivamente o fundamento e o vetor destes setores. Seu maior exemplo é o setor prestacional de serviço público.

Na verdade, a busca por uma comunidade de livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas, trouxe consigo a adoção de um modelo econômico concorrencial do tipo liberal que atingiu diretamente a noção de serviços públicos, necessitando, dessa forma, de um aperfeiçoamento nos conceitos e distinções referentes a mesma, forçando, inclusive, a uniformização no tratamento jurídico de determinadas atividades com vistas à liberdade de empreendimento e competição.

Foram, assim, revistas as reservas de mercado e os monopólios do setor público, buscando-se abrir tais setores à competição, à luz do princípio da subsidiariedade¹⁹⁴, uma vez que a União Europeia (artigo 3.3 do Tratado da União Europeia):

3. (...) Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.

Implica dizer que as ações da União implica num regime que garanta a concorrência. Logo, sobre o disposto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que altera e substitui o antigo Tratado que institui a Comu-

194 Pelo princípio da subsidiariedade, a atuação do Estado na execução de serviços públicos, notadamente aqueles de cunho econômico, só deve se dar naquelas hipóteses em que a iniciativa privada e a sociedade demonstrem não possuir condições ou interesse na prestação do cometimento, ou quando a natureza do serviço seja desautorizada ao mercado e à sociedade (como dito, nas hipóteses de necessidade de utilização do poder de império estatal ou subordinação direta ao Chefe do Poder Executivo). Vide: MORAS, Juan Martin Gonzáles. *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p. 36, 37, 46, 56 e 81).

nidade Europeia (TCE, Roma; 1957) e, principalmente no tocante ao seu Título VII que impõe as regras comuns relativas à concorrência, entende-se que a UE consagra um regime de mercado do tipo liberal¹⁹⁵.

Tais previsões, acrescidas às transformações já mencionadas, operaram grandes modificações no estudo da Ciência do Direito Administrativo e na Ciência da Administração, forçando uma revisão da noção de serviço público, que, retirando tal atividade do regime da livre iniciativa, limita a competição de modo incompatível com os objetivos dos novos blocos econômicos formados para incrementá-la. A transição para tal sistema, no entanto, não poderia ocorrer de forma brusca ou da noite para o dia.

Finda a Primeira Guerra Mundial, com o manifesto pan-europeu aprovado em Viena, em 1924, já se observava uma preocupação com a integração dos Estados europeus. Em 1929, foi sugerida, pelo primeiro-ministro francês Aristides Briand, a criação de uma “*União Federal da Europa*”, que não culminou grandes adeptos muito por conta da grande depressão vivenciada no mesmo ano¹⁹⁶. Com a Segunda Guerra Mundial, os países europeus buscaram estabelecer uma integração a fim de se fortalecer, idealizando a paz, a demo-

195 Embora não consagre expressamente a livre iniciativa, o *Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia* já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que “*embora o ordenamento constitucional de todos os Estados-membros proteja o direito de propriedade e garantias análogas sejam concedidas ao livre exercício do comércio, do trabalho e de outras actividades profissionais, os direitos assim garantidos, longe de constituírem prerrogativas absolutas, devem ser consideradas à luz da função social dos bens e das actividades protegidas. Por esta razão, a garantia concedida a este tipo de direitos só é geralmente atribuída sob reserva de limitações estabelecidas em função do interesse público. Na ordem jurídica comunitária, é igualmente legítimo reservar em relação a estes direitos a aplicação de determinados limites justificados pelos objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade, desde que não afectem a substância destes mesmos direitos*” (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61973J0004. Acórdão de 14 de maio de 1974. Processo 4-73. J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 1974 página 00491).

196 De acordo com Joana Stelzer (STELZER, Joana. *União Européia e supranacionalidade: desafios ou realidade?* Curitiba: Juruá, 2001, p. 21): “*Até 1951 a Europa passou pela fase de cooperação. Neste período erigiram organizações interestatais, que se caracterizavam pelo respeito à soberania nacional, vinculando somente as nações que ratificavam as decisões tomadas. Os principais tratados de cooperação ocorreram na esfera militar e econômica, dentre eles: o Tratado de Dunquerque (1947) assinado entre a França e a Inglaterra contra a possibilidade de uma eventual ameaça alemã; a OECDE – Organização Européia de Cooperação Econômica (1948), criada para administrar os recursos provenientes do Plano Marshall que ajudou a promover a reconstrução do Velho Continente; a OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte (1949), ratificado por diversos países do oeste europeu e os EUA, objetivando conter o expansionismo da URSS; e o Conselho da Europa (1949), onde os Estados reafirmavam seus princípios de democracia liberal, notadamente a liberdade individual, a liberdade política e a proeminência do direito*”.

cracia e o crescimento econômico, criando o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)¹⁹⁷. Dando continuidade a este processo, os Estados-membros da CECA tentaram realizar uma unificação econômica baseada na internacionalização das trocas, segundo a lógica do mercado. Assim, em 1957, foram instituídas duas novas Comunidades Europeias: a Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEa ou EURATOM) e a Comunidade Econômica Europeia (CEE)¹⁹⁸.

Esta última, constituída pelo Tratado de Roma, definiu um mercado comum, abrangendo todos os produtos e serviços para a construção de um “*conjunto econômico progressivamente supranacional*”, pautado na preponderância do Direito Comunitário sobre o Direito Interno (adoção de inúmeros tratados, diretivas, regulamentos e decisões), e pelos princípios do liberalismo econômico¹⁹⁹ e da abertura gradativa dos mercados à competição, dando início a transformações na esfera econômica, política e cultural da Europa, buscando a supremacia econômica dos seus signatários, almejando a liberalização e a redução da intervenção direta do Estado na economia²⁰⁰. Adotou-se, portanto, o modelo neoliberal, sob a luz da redução do Estado, na busca de eficiência e intensa concorrência do mercado.

197 Tal tratado foi subscrito em Paris, em 18 de abril de 1951, pela Alemanha Federal, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Holanda.

198 A CEE tinha como meta promover o estabelecimento de um mercado comum em que fossem asseguradas as quatro liberdades comunitárias a todas as economias dos países signatários: a livre circulação de bens, de serviços, de pessoas e de capitais.

199 Quanto à relação entre a liberdade econômica e o resto de liberdades, resulta interessante mencionar o debate entre Benedetto Croce e Luigi Einaudi acerca dos conceitos de “*liberalismo*” e “*liberismo*”. Em essência, discutia-se a possibilidade dos cidadãos desfrutarem liberdades pessoais e políticas com independência de existir a liberdade econômica. Vide: CAVARA, Pietro. Liberalismo e liberismo: un dibattito ancora aperto. *Critica del Diritto*. Ancona, n. 1-2, p. 215-225, jan.-jul., 2001.

200 Ressalta-se que a existência simultânea de três tratados na Europa fez com que seus seis países integrantes operassem três comunidades distintas, o que indicava uma eventual possibilidade de união e integração das três comunidades. Ocorre que, à época, existia um medo de unificação política. Mesmo assim, foi, por meio de uma conferência diplomática realizada em Bruxelas, em 18 de abril de 1965, que as quatro instituições básicas das Comunidades Europeias passaram a funcionar: o Parlamento, a Corte de Justiça, o Conselho e a Comissão. Isso deu-se depois da criação da CECA, da CEE e da CEEa, a terceira etapa no processo de construção da União Europeia. Com o sucesso do projeto integracionista da CEE, outras nações se interessaram em ingressar na mesma. Daí em 1972, mais três membros ingressam na CEE: Dinamarca, Irlanda e Reino Unido, em 1982, a Grécia também se torna membro da CEE e, em 1986, Portugal e Espanha ingressam na Comunidade. A Europa passa a caminhar a doze.

Este tratado, apesar de adotar fundamentos de liberalismo econômico, num primeiro momento, não levou em consideração a noção de serviço público²⁰¹, pelo contrário, sua orientação era a de reduzir os espaços ocupados pela atuação direta do Estado no mercado. Discutia a possível intenção do legislador comunitário de deixar aberta a discussão sobre o tema para posterior apreciação.

Observou-se, contudo, uma novidade no capítulo sobre as regras de concorrência, mais precisamente no art. 90, §2º (atual 106.2)²⁰², que guardava uma identidade com a noção genérica de serviço público, que era a figura do serviço de interesse econômico geral²⁰³.

Tal dispositivo passou ignorado até que se formulassem as duas grandes revisões do Tratado de Roma: o Ato Único Europeu, em 1986²⁰⁴, e o Tratado da União Europeia, em 1992²⁰⁵. Apenas com a edição desses dois documentos

201 Em todo texto do Tratado de Roma, a única menção a serviço público estava no art. 77 (atual art. 93 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE): “São compatíveis com os Tratados os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público”. Salvo este dispositivo, a primeira versão do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, que substituiu o Tratado de Roma, não utilizava a expressão em seu texto.

202 Ressalta-se que o art. 12 do Tratado de Amsterdam, de 12 de outubro de 1997, dispôs sobre a renumeração dos artigos e secções do Tratado da Comunidade Europeia, de tal sorte que os antigos arts. 85, 86 e 90 correspondem respectivamente aos atuais arts. 101, 102 e 106 do TFUE.

203 Esta novidade não chamou a atenção de nenhum doutrinador, nem de aplicadores do direito durante pelo menos 30 anos.

204 O Ato Único introduziu a ideia de construção da União Europeia fundada em três pilares: primeiro, as Comunidades (CEE, CECA e CEEA), que passariam a ser denominadas de Comunidade Europeia (CE); segundo, Política Externa e de Segurança Comum; e terceiro, a Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal.

205 Foi o Tratado de Maastricht, adotado em 7 de fevereiro de 1992, que instituiu a União Europeia. Vale lembrar que tal tratado, chamado de Tratado da União Europeia, só passou a vigorar em 1.º de novembro de 1993. Representou um marco decisivo no processo de integração europeia, consolidando a transferência de poderes e competências aos órgãos comunitários, antes, considerados parcelas inalienáveis da soberania estatal, e postulando novas disposições e perspectivas de cooperação e de solidariedade entre os Estados-membros. Paralelamente à promoção do progresso social e econômico, da cooperação na justiça, da preservação da paz com a implementação de uma política externa e instauração de uma segurança comum, esse tratado visou ao desenvolvimento e consolidação da democracia, à observância do Estado de direito e ao respeito aos direitos e às liberdades fundamentais. Agora, coexistem os três tratados fundamentais (CECA, CEE e CEEA), de personalidades próprias e independentes entre si, e um quarto, compreendendo disposições comuns àqueles.

O êxito desse processo de unificação verificou-se com a constante tentativa de outros países ingressarem na União Europeia (UE). Prova disso é que, em 1995, passaram a integrá-la a Áustria, Suécia e Finlândia.

que a transformação dos serviços públicos se tornou um ponto importante na União Europeia, trazendo, a partir da década de 90, do século XX, uma série de debates e de construções teóricas sobre essa nova figura denominada serviço de interesse econômico geral.

Porém, foi somente com a decisão de uma série de julgados do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (atualmente Tribunal de Justiça da União Europeia), principalmente o caso *Corbeau*, de 19 de maio de 1993 (sobre a prestação de serviços postais)²⁰⁶, o caso *Commune d'Álmelo*, de 27 de abril de 1994 (sobre a distribuição de energia elétrica)²⁰⁷, e o caso *França versus Comissão*, de 23 de outubro de 1997²⁰⁸, que se teve uma minirrevisão judiciária do conceito de serviço de interesse econômico geral, que teria envolvido a adoção de um conceito mais genérico – serviço de interesse geral.

Mais tarde, em 26 de setembro de 1996, foi editada a primeira Comunicação sobre o serviço de interesse econômico geral, a COM (1996) 281/03 (JOCE série C n.º 281, p. 3), em que apelava no sentido da distinção entre serviço de interesse econômico geral do serviço de interesse geral na Europa²⁰⁹.

Todavia, o que importa, aqui, é saber que esta Comunicação sugeriu a inclusão de um artigo que tratasse do papel desempenhado por eles na Comunidade, dando, assim origem ao artigo 16 no Tratado da Comunidade Europeia

206 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61991J0320. Acórdão de 19 de Maio de 1993. Processo C-320/91. Processo-crime contra Paul Corbeau. Pedido de decisão prejudicial: Tribunal correctionnel de Liège - Bélgica. Concorrência - Monopólio postal - Alcance. Colectânea da Jurisprudência 1993 página I-02533.

207 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61992J0393. Acórdão de 27 de Abril de 1994. Processo C-393/92. Commune d'Almelo e outros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij. Pedido de decisão prejudicial: Gerechtshof Arnhem - Países Baixos. Concorrência - Acordo que restringe a importação de electricidade - Serviço de interesse geral. Colectânea da Jurisprudência 1994 página I-01477.

208 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61994J0159. Acórdão de 23 de Outubro de 1997. Processo C-159/94. Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa. Incumprimento pelo Estado - Direitos exclusivos de importação e exportação de gás e electricidade. Colectânea da Jurisprudência 1997 página I-05815.

209 As definições propostas pela Comissão de Bruxelas são as seguintes: “*Serviço de interesse geral: Esta expressão abrange todos os serviços de mercado e serviço não integrados no mercado que as autoridades públicas consideram de interesse geral e que estão sujeitos a obrigações específicas. Serviço de interesse econômico geral: Esta é a expressão utilizada no art. 86º do Tratado CE e refere-se aos serviços de mercado que os Estados-membros sujeitam a obrigações de serviço público em função de critérios de interesse geral. Abrange, em princípio, as redes de transportes, energia e telecomunicações*”.

(atual artigo 14.^o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)²¹⁰. Pelo qual, todo o produto da ampla discussão do tema serviço de interesse econômico geral resultou na redação de um novo dispositivo, o artigo 16 (atual 14), que tem particular relevância, pois trata dos serviços de interesse econômico geral como um valor comum da União Europeia e dá um novo tratamento ao tema sob a ótica de sua relevância para a coesão social e territorial dos Estados-membros da UE²¹¹. Estes serviços devem funcionar com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões. São, portanto, atividades que vão contribuir para um equilíbrio maior e para a coesão econômica e social da população dos Estados-membros. Tais atividades, entretanto, não são predeterminadas no tratado, apenas existem disposições comunitárias acerca dos serviços em rede²¹².

210 Inclusive, foi em atendimento ao art. 2.^o do Tratado de Maastrich, que se realizou, entre 29 de março de 1996 e 18 de junho de 1997, a Conferência Intergovernamental (CIG), que resultou na assinatura, em 2 de outubro de 1997, do Tratado de Amsterdã, instituidor de uma grande reforma nos textos, em que se funda a União Europeia.

211 Para Mônica Spezia Justen (JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 214), o ex art. 16 (atual 14) seria uma tentativa de se sintetizar os serviços públicos como valor comum do modelo europeu de sociedade, conforme as diversas concepções de cada país. Já Luis María Díez-Picazo (DÍEZ-PICAZO, Luis María. La idea de servicios de interés económico general. *Revista Española de Derecho Europeo*. Madrid, n. 2, p. 249-258, 2002, p. 251): “siempre en clave de contrapeso al objetivo de la competitividad, el nuevo artículo 16 puede ser visto como una especie de compromiso entre el status quo y la revisión del artículo 86, preconizada por los defensores de la concepción tradicional de los servicios públicos”. Vide a respeito: CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del. Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Ámsterdam. In: CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del; NORIEGA, Antonio Estella de. *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión*: las respuestas del Tratado de Ámsterdam. Madrid: Universidad Carlos III, 2000, p. 127-140; ESCRIBANO, Francisco de Borja López-Jurado. Alcance y aplicación del art. 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid, n. 102, p. 297-314, jul.-ago.,1999.

212 Vale mencionar que, desde então, a noção desse novo instituto, denominado serviço de interesse econômico geral, vem se sedimentando. Apenas como lembrança, vale mencionar que, em 26 de fevereiro de 2001, e em vigor desde 01 de fevereiro de 2003, foi assinado o Tratado de Nice, que altera o Tratado da União Europeia. Os tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns atos relativos a esses tratados, abrindo caminho ao alargamento da União Europeia aos países da Europa central, oriental, mediterrânea e báltica e às alterações institucionais necessárias à adesão de novos Estados-membros. Depois, em 16 de abril de 2003, em Atenas, foi ampliada mais ainda a UE, com a assinatura do Tratado de Adesão de mais dez países: Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia e República Checa.

Atualmente, após o fracasso na tentativa de aprovação de um projeto de “*Tratado que estabelece a Constituição para a União*”, assinado a 29 de outubro de 2004, em Roma e rejeitado por holandeses e

Dita Comunicação foi atualizada pela Comunicação da Comissão COM (2000) 580, de 20 de setembro de 2000, e depois de pouco mais de um ano, em 17 de outubro de 2001, com a COM (2001) 598, sofrendo nova modificação para atualizar as definições, perspectivas e objetivos contidos nas Comunicações anteriores²¹³. Foi a abertura setorial dos mercados no domínio dos serviços

franceses, obrigaram a uma prudente pausa para reflexão, a uma travagem do processo de aprovação da denominada “Constituição Europeia”.

Este verdadeiro impasse no processo de integração europeia só viria a ser ultrapassado com o abandono do texto constitucional e a assinatura, pelos Chefes de Estado e de Governo, em 13 de Dezembro de 2007, do Tratado de Lisboa. Este, após a ratificação dos atuais 27 Estados-Membros da União Europeia, entrou em vigor em 1.º de Dezembro de 2009. O termo “*Tratado de Lisboa*” é uma abreviação de dois novos tratados: o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que altera e substitui o antigo Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE, Roma; 1957); e as emendas no Tratado da União Europeia (TUE, Maastricht; 1992).

Esse novo Tratado, confere à União Europeia instituições modernas e métodos de trabalho eficientes que lhe permitirão dar uma resposta efectiva aos desafios atuais.

O novo marco jurídico busca fortalecer a democracia e torná-la mais transparente, reforçando o papel do Parlamento Europeu, aumentando a participação dos parlamentos nacionais, concedendo mais força ao cidadão, estabelecendo uma classificação mais precisa das competências dentro da União Europeia, e reconhecendo, pela primeira vez, explicitamente, da possibilidade de um Estado Membro sair da União.

Também visa uma Europa mais eficiente, com regras de votação e métodos de trabalho simplificados, instituições modernas e um funcionamento mais racional, e maior capacidade de intervenção do cidadão da União Europeia em áreas prioritárias, como liberdade, segurança e justiça, com destaque para o combate ao terrorismo e à criminalidade.

Preocupa-se com uma Europa de direitos e valores, liberdade, solidariedade e segurança, com a defesa dos valores da União, a introdução da Carta dos Direitos Fundamentais no direito primário europeu, a criação de novos mecanismos de solidariedade, e a garantia de uma melhor proteção para os cidadãos europeus.

Por fim, o Tratado de Lisboa visa que a Europa assuma maior protagonismo na cena mundial por meio da articulação dos diferentes instrumentos de política externa, tanto na elaboração como na adopção de novas políticas. O Tratado concede a UE uma personalidade jurídica única, o que reforçará o seu poder de negociação, contribuindo para o aumento da sua influência na cena mundial e tornando-a mais visível para os outros países e as organizações internacionais. Tal mudança permite à Europa assumir uma posição clara nas relações com os seus parceiros e tirar maior partido das suas vantagens económicas, humanitárias, políticas e diplomáticas a fim de promover os interesses e valores europeus em todo o mundo, no respeito pelos interesses individuais dos Estados-Membros em matéria de política externa.

213 Esta última Comunicação define: a) serviços de interesse geral: “*as atividades de serviços, com fins lucrativos ou não, consideradas de interesse geral pelas autoridades públicas e, por esse motivo, sujeitas a obrigações de serviço público*”; b) serviços de interesse económico geral: “*os serviços de mercado que os Estados-membros sujeitam a obrigações de serviço público em função de critérios de interesse geral; abrange, em princípio, as redes de transporte, a energia e as comunicações*”; c) serviço público: “*esta expressão tem um sentido duplo: tanto designa o organismo que presta o serviço, como se refere à missão de interesse geral a ele confiada. É com o objetivo de promover ou facilitar a realização da missão de interesse geral que as*

econômicos e, em especial, dos serviços em rede, bem como a introdução da exigência de serviço universal²¹⁴, que ensejaram essas duas comunicações. A grande empreitada dessa última Comunicação é fazer com que os Estados-membros definam quais são os serviços de interesse econômico geral e de que modo serão operados. Para isso, a Comissão procurou oferecer suficiente subsídio teórico por meio desta Comunicação. Na Comunicação de 1996, a comissão sublinhou que a observância das disposições do TCE (Atual TFUE) e, especialmente, as relativas à concorrência e ao mercado interno, era plenamente compatível com a garantia de fornecimento de serviços de interesse geral. Reconhecendo a necessidade de aumentar a segurança jurídica, quer para os Estados-membros, quer para os operadores em questão, a Comunicação de 2000 clarificou tanto o âmbito como os critérios de aplicação das normas do Tratado relativas ao mercado interno e à concorrência.

Dessa maneira, criou uma denominação genérica denominada serviços de interesse geral, que constitui atividades econômicas cujo desenvolvimento está relacionado ao atendimento de determinada demanda ou anseio da sociedade, dividindo-a em serviços de interesse não-econômico geral, cuja titularidade pertence ao Estado e que são prestados sob o influxo preponderante de normas de Direito Público, e serviços de interesse econômico geral, que são atividades

autoridades públicas podem impor obrigações específicas de serviço público ao organismo que presta o serviço, por exemplo no domínio dos transportes por vias navegáveis internas, dos transportes aéreos ou ferroviários e da energia. Estas obrigações podem ser aplicadas em nível nacional ou regional. Verificam-se por vezes equívocos entre a expressão 'serviço público', que diz respeito à vocação de prestar um serviço ao público na perspectiva do serviço a prestar, e a expressão 'setor público' (incluindo o funcionalismo público) que se refere ao estatuto jurídico dos prestadores do serviço, na perspectiva da propriedade desse serviço"; d) o serviço universal, e "principalmente a definição de obrigações específicas de serviço universal, constitui um componente fundamental da liberalização de setores de serviços, como as telecomunicações, na União Europeia. A definição e garantia de serviço universal asseguram a manutenção da acessibilidade e qualidade dos serviços estabelecidos, sem interrupções, para todos os utilizadores, durante o processo de transição do fornecimento em monopólio para mercados abertos à concorrência. O serviço universal, no contexto de mercados de telecomunicações abertos e concorrenciais, é definido como o conjunto mínimo de serviços de determinada qualidade a que todos os utilizadores e consumidores têm acesso, tendo em conta eventuais circunstâncias específicas em nível nacional, a preços razoáveis".

- 214 Luciano Parejo Alfonso (ALFONSO, Luciano Parejo, et al. Estudio sobre las condiciones de prestación de los servicios postales en la Unión Europea (El marco comunitario y los casos alemán, francés, italiano, inglés, sueco y español). Madrid: Instituto Pascual Madoz, 2003, p. 17 e 18) esclarece que a noção de serviço universal não aparece expressamente prevista no Direito Comunitário originário. Trata-se, de acordo com o autor, de uma "expresión feliz desarrollada de manera evolutiva por las instituciones comunitarias para definir un conjunto de exigencias de interés general a las que debería someterse en toda la Comunidad".

reservadas à livre iniciativa empresarial, desenvolvidas sob o regramento prevalente de normas de Direito Privado não estando sujeitas, pois, às obrigações de universalidade e continuidade na execução do cometimento.

Esses conceitos foram desenvolvidos em diversos documentos europeus. Além dos já citados, não se podendo deixar de mencionar a Carta Europeia de Serviços Públicos ou Serviços de Interesse Econômico Geral, de 1994²¹⁵, e a Comunicação da Comissão sobre os Serviços de Interesse Econômico Geral na Europa, cuja primeira versão, de 1996²¹⁶, foi objeto de alteração em 2000²¹⁷. Ambos traçaram passos iniciais que impactaram na realização dos Livros Verde e Branco sobre o assunto, além de terem traçado uma etapa essencial no reconhecimento dos serviços de interesse econômico geral dentro do processo de integração, ao pressupor que a solidariedade e a igualdade de trato, no contexto de uma economia de mercado aberta e dinâmica, constituem objetivos fundamentais da Comunidade Europeia, e que os SIEGs contribuem para a consecução desses objetivos.

Quanto à distinção entre serviço de interesse econômico geral e serviço de interesse geral, o Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral (COM (2003) 270), de 21 de maio de 2003²¹⁸, apresentado pela Comissão da Comunidade Europeia, esclarece que a distinção entre os serviços de natureza econômica e não-econômica é importante tendo em vista que as matérias são tratadas de formas desiguais no Tratado de Roma.

Posteriormente, o Livro Branco sobre Serviço de Interesse Geral (COM (2004) 374), de 12 de maio de 2004²¹⁹, trouxe, em seu texto, tais conceitos. Expõe que o serviço de interesse geral não é definido nos tratados constitutivos da União Europeia e o define como aquele que cobre serviços de mercado e serviços que não sejam de mercado, os quais as autoridades públicas classificam como de interesse geral, portanto, obrigações específicas de serviço público.

215 Vide COCA, J. A. García de. Proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos (o Servicios de Interés Económico General). Versión de 14 de febrero de 1994. *Revista de Administración Pública*, n. 136, 1995, p. 523-535.

216 DOCE C-281/3, de 26 de setembro de 1996. Vide: BAUBY, P. *Les services publics*. Paris: Flammarion, 1997, p. 96-97.

217 Comunicação de 20 de setembro de 2000 (DOCE C-17/4, de 19 de janeiro de 2001).

218 Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2003/com2003_0270en01.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2009.

219 Disponível em: <<http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l23013b.htm>>. Acesso em: 23 de maio de 2009.

Dispõe também que este serviço e o serviço de interesse económico geral não podem ser confundidos com o conceito de serviço público. Isto, porque, esta última expressão é menos precisa, podendo ter diferentes significados que, por vezes, causa confusões. Quanto ao serviço de interesse económico geral, o Livro Branco afirma que tal expressão pode ser encontrada nos art. 16 e 86 §2.º, do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia (atuais art. 14 e 106.2 do TFUE), e embora não conste ali uma definição, a prática da Comunidade tem demonstrado que há consenso em relação ao entendimento de que esta expressão se refere a serviços de natureza económica, os quais os Estados-Membros ou a Comunidade sujeitam a obrigações específicas de serviço público em virtude de um critério de interesse geral.

Os serviços de interesse geral, de acordo com Rodrigo Gouveia²²⁰, são todas as atividades (comerciais ou não) cujas generalidades os cidadãos utilizam, traduzindo-se, para eles, numa verdadeira necessidade a uma completa vivência social. Assim, serviço de interesse geral é aquele que satisfaça necessidades básicas, cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos²²¹.

Este mesmo autor²²² distingue o serviço público do serviço de interesse geral da seguinte maneira:

O conceito de serviço público não coincide com o de serviço de interesse geral. De facto, o serviço de interesse geral não é uma tarefa por cujo exercício a administração seja responsável, ele poderá ser prestado por entidades privadas. Aliás, é precisamente pelo facto de se considerar que a administração pública deixou de ser responsável pela execução destes serviços que nasce o conceito de serviço de interesse geral para preencher o “vazio conceptual” deixado. É claro que os serviços públicos são actividades de interesse geral, uma vez que revestem um carácter de

220 GOUVEIA, Rodrigo. *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 17.

221 Para o autor (ibidem, p. 17), a qualificação de um serviço como de interesse geral será sempre atribuída em função de um determinado nível de desenvolvimento da sociedade, isto é, depende do que se considera como necessidades básicas ou essenciais à vida, à saúde ou à participação social. Daí, porque, afirma que a definição de serviço de interesse geral deverá ser revista à luz das inovações técnicas e tecnológicas, bem como da evolução das necessidades sociais das populações.

222 GOUVEIA, Rodrigo. *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 21.

essencialidade para os cidadãos, mas não é esse o aspecto determinante para sua qualificação.

Também aponta diferença entre o serviço de interesse geral e as atividades econômicas. Para o autor, estas são empreendidas no interesse privatístico e egoístico das partes envolvidas, sem repercussão imediata na sociedade, eis que os serviços de interesse econômico geral estão atrelados ao atendimento de determinada demanda social, e a sua execução, portanto, traz reflexos imediatos na vida em sociedade.

O reconhecimento e o respeito ao acesso aos serviços de interesse geral decorrem do dever de proteção à dignidade da pessoa humana na medida em que a obrigação de garantir serviços universais está vinculada ao suprimento de necessidades vitais do ser humano, que podem ser supridas pela garantia ao serviço básico a que todos os cidadãos devem ter acesso. Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana está sendo respeitada quando se assegura o serviço básico.

Mônica Spezia Justen²²³ afirma que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana os princípios da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Dispondo que:

O princípio da liberdade tem uma acepção bastante ampla, mas interessa aqui justamente o seu vínculo com a liberdade de empresa, que impõe a busca dos objetivos de interesse geral pela via do livre jogo de mercado. A igualdade como postulado geral do direito impõe, na matéria relativa aos serviços de interesse geral, a garantia da igualdade de acesso a esses serviços bem como a igualdade de tratamento perante os seus gestores. Por último, o não menos relevante princípio da solidariedade [...] poder-se concluir que a interdependência social, gerada pela solidariedade social, é o fundamento principal para existência dos serviços público.

Nos serviços de interesse não-econômico geral tem-se como seu titular o Estado. São eles prestados sob o influxo preponderante de normas de Direito Público, são desenvolvidos sob o regramento prevalecente de normas de Direito Privado, posto não necessitar do uso da supremacia do interesse público sobre o privado na sua execução, não estando sujeitos, pois, às obrigações de universalidade e continuidade na execução do cometimento.

223 JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 232.

Aqui se vê uma nítida demarcação entre os serviços mercantis e não-mercantis. Enquanto os primeiros sujeitam-se, em princípio, às regras de concorrência; os últimos colocam em jogo as prerrogativas de poder público, não apresentando um caráter econômico que justifique a aplicação daquelas regras²²⁴.

Quanto aos denominados serviços de interesse econômico geral estipulados no atual artigo 106 do TFUE²²⁵, constituem atividades econômicas cujo desenvolvimento está relacionado ao atendimento de determinada demanda ou anseio da sociedade. São, portanto, atividades reservadas à livre iniciativa. Ou seja, interessa que o serviço seja fornecido aos cidadãos, independentemente de quem o preste: setor público ou privado, desde que respeitadas as regras dos tratados da União.

Mônica Spezia Justen²²⁶ aponta a opção do Direito Comunitário por não adotar a expressão serviço público, tal fato pode ser compreendido levando-se em consideração que a expressão serviço de interesse econômico geral induz a uma maior neutralidade ideológica e revela-se mais coerente com a finalidade da instituição da União Europeia.

Juan Pemán Gavín²²⁷ recorda que:

Los servicios de interés general están sujetos <en principio> a las normas de que se ha dotado la Comunidad para crear un gran mercado interior y que las exenciones a las reglas sobre libre competencia a favor de las empresas que prestan tales servicios deben someterse a criterio de proporcionalidad entre los objetivos y los medios empleados. Pero

224 CHEVALLIER, Jacques. Apud: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003 (Coleção temas de direito administrativo n.º 6, p. 78).

225 Mônica Spezia Justen (JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003, p. 219) destaca que a comissão sugere que: “a compreensão do art. 86 do Tratado de Roma passa pela cotejo de três princípios: neutralidade – o prestador pode ter natureza pública ou privada desde que se sujeite às regras de concorrência; liberdade de definição pelos Estados – membros de quais seriam os “serviços de interesse econômico geral” em face de sua realidade; finalmente, a proporcionalidade – que, nesse contexto, implica buscar a justa medida entre os meios para se realizar a missão de interesse geral e manutenção do regime de livre mercado. Também aplica-se esse princípio no sentido de que a intervenção comunitária deve ser limitada à busca dos objetivos fixados pelos tratados, nada além disso”.

226 JUSTEN, Mônica Spezia, *ibidem*, p. 227.

227 GAVÍN, Juan Pemán. La nueva ordenación de los servicios postales. Liberalización y servicio universal en el sector de las comunicaciones postales. In: MONTANER, Luis Cosculluela. Estudios de derecho público económico. Madrid: Civitas, 2003, p. 972.

propugna que las instituciones comunitarias definan unas exigencias de interés general a las que deban someterse tales servicios en toda la Comunidad, lo cual se hace sobre la base de la idea de servicio universal, que pretende garantizar el acceso a todos de determinadas prestaciones esenciales a un precio asequible.

Portanto, a aplicação da noção de serviço de interesse econômico geral implica na aceitação de três princípios fundamentais²²⁸: o princípio da neutralidade entre os operadores públicos e privados, por conseguinte, não sendo exigível nenhum processo de privatização dos operadores públicos; o princípio da liberdade, que reputa que serão designadas internamente pelos Estados-membros as atividades e seus próprios alcances dos serviços de interesse econômico geral²²⁹, o que é fiel reflexo do princípio da subsidiariedade; e o princípio da proporcionalidade desmembrado no seu triplo juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, implicando entender que os meios utilizados para cumprir a missão de interesse geral não poderão criar distorções desnecessárias nos mercados.

Desde sua criação, a Comissão pretende que se alcance a transparência no trato dos serviços de interesse econômico geral, especialmente quanto à sua clara definição dentro de cada Estado-membro. Tendo-se por objetivo que se avance para uma rotulação clara e inequívoca de quais são esses serviços, de como deverão funcionar técnica e economicamente, quais exigências que os usuários devem atender, sempre levando em consideração o modelo cultural e histórico no qual se inserem.

Têm os Estados-membros várias possibilidades para garantir a prestação dos serviços de interesse econômico geral, que vão desde a abertura do mercado à competição, passando pela imposição de obrigações de serviço público, até a concessão de direitos exclusivos ou especiais a um só operador ou a um número limitado de operadores, com ou sem auxílio financeiro.

228 Esses princípios estão destacados na Comunicação de 20 de setembro de 2000 (DOCE C-17/4, de 19 de janeiro de 2001).

229 Poderá ocorrer diante da análise de determinado caso concreto, a obrigação de ampliação ou alargamento do âmbito de prestação dos serviços de interesse econômico geral por ocasião de uma decisão da Corte de Justiça. Assim, como a própria UE poderá adiantar determinados padrões em nível comunitário.

A análise do disposto no art. 106.2, do TFUE, induz a ideia de que serviço de interesse econômico geral se desdobra em dois conceitos: o serviço econômico (ou de atividade econômica) e a missão de interesse geral. O primeiro seria a atividade suscetível de ser exercida por um particular que se encontra em situação de concorrência; e o segundo se caracterizaria pelo cumprimento de prestações que não seriam desenvolvidas por um operador guiado unicamente pela obtenção de lucro²³⁰.

Observa-se que a missão de interesse geral pode ser assumida tanto por uma empresa pública como por uma privada. Equivale a dizer que, segundo o TFUE, o serviço de interesse geral é uma atividade que pode ser desempenhada tanto pelo Estado quanto pelo particular²³¹, sem que isso modifique o tratamento dos serviços de interesse geral. Importa é que as regras relativas à concorrência sejam respeitadas e que a não-sujeição a elas dê-se unicamente pelo fundamento do §2º do art. 106.

Portanto, para o Direito Comunitário, prestações dessa natureza encontram-se ao abrigo do artigo 14 e da derrogação de concorrência do artigo 106.2. Postula-se nesses preceitos que a proteção aos serviços de interesse econômico geral é devida pelo papel que desempenham na coesão social e territorial europeia e que as regras de concorrência poderão ser afastadas se figurarem como obstáculos à realização das missões confiadas a tais serviços.

Outra menção importante ao serviço de interesse econômico geral se encontra na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²³², que con-

230 Parte da doutrina europeia tem dito que os serviços públicos industriais e comerciais da França, cujo regime jurídico respeita as regras do Direito Privado, não se diferenciam em quase nada dos serviços de interesse econômico geral de que trata o art. 106 do TFUE. Para Mônica Spezia Justen (JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 181), efetivamente, a evolução da matéria, ao longo dos últimos anos, tem comprovado essa tese.

231 Vê-se que o serviço público não é mais reconhecido pela titularidade pública do seu prestador, nem o regime jurídico a que se submete é um indicador de que se está diante de tal instituto. Quem define quais são os serviços que se revestem de interesse público é o legislador, que tem a opção de escolher não só o regime sob o qual se organizará a atividade, mas também se será desempenhado por um particular ou um ente público.

232 A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, representa a síntese dos valores comuns dos Estados-Membros da União Europeia. Os objetivos são explicados no preâmbulo: “é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”. Vide DOCE C 364/17, de 18 de dezembro de 2000. A remissão feita pelo artigo 6.1 do TUE, alterado pelo Tratado de Lisboa, confere à Carta dos

templa, no artigo 36, a garantia de respeito ao acesso aos serviços dessa natureza, nos moldes estabelecidos pelas leis e práticas nacionais e conforme as regras dos Tratados da União.

Com isso, de acordo com Mônica Spezia Justen²³³, a evolução em relação ao tratamento da matéria de serviço de interesse econômico geral, pelo Direito Comunitário, produz uma análise de quatro estágios:

- a) primeiramente, constata-se uma fase em que predomina a indiferença aos assuntos relativos aos serviços públicos econômicos. A ausência tanto de elaboração normativa quanto de atividade jurisdicional envolvendo a disciplina dessas atividades verificou-se até pelo menos meados dos anos 80;
- b) uma segunda fase, da redescoberta do artigo 90, tem início com a introdução de reformas para liberalização no setor público, encabeçadas pela abertura no campo das telecomunicações. O moto desse período era a redução dos monopólios públicos;
- c) a terceira fase caracteriza-se pela polêmica em torno das medidas comunitárias para liberalização dos serviços públicos de titularidade estatal. Surgiu a organização Réseux 2010 e consolidou-se a mobilização francesa contra o enfoque excessivamente concorrencial dado ao setor pelas Diretivas da Comunidade Européia. As pressões acabam provocando uma tomada de consciência da relevância do art. 86, §2º, no âmbito da Corte de Justiça, bem como uma “semi-revisão” do Tratado da Comunidade Européia através das modificações acolhidas pelo Tratado de Amsterdã;
- d) o quarto período, que chamo de fase da harmonização, tem se verificado desde meados dos anos 90, especialmente após a edição da primeira Comunicação sobre os serviços de interesse geral em 1996, atualizada em 2000, e a inserção do art. 16 no Tratado da Comunidade Européia, em 1997.

Com base nas noções até aqui tratadas, percebe-se que o conceito comunitário de serviço de interesse econômico geral é a manifestação da ideologia do serviço público, já que esse conceito parte de reconhecer que determinadas

Direitos Fundamentais valor jurídico vinculativo, impondo-se os direitos e princípios aí vertidos às instituições da UE e aos Estados-Membros.

233 JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 228.

atividades econômicas possuem características de essencialidade no que diz respeito às necessidades dos cidadãos que podem justificar exceções ao princípio da livre concorrência. Onde falhar o mercado para garantir certos níveis de prestação dos serviços qualificados como de interesse econômico geral, os poderes públicos devem intervir para garantir o acesso de todos cidadãos a esses serviços essenciais. Há, na verdade, novas técnicas de serviço público, ou seja, reformulou-se a noção de serviço público como título de intervenção pública para materializar a ideologia do mesmo, permitindo-se englobar diferentes técnicas para garantir sua melhor adequabilidade. Isto é, entende-se o serviço público como uma ideologia cujo fim não é outro que compatibilizar os postulados de livre mercado com a consecução de determinadas missões públicas.

Importa ressaltar também o liame entre a noção de serviço universal²³⁴ e serviço de interesse econômico geral. Isto porque a abertura dos serviços de interesse econômico geral para a concorrência sempre foi acompanhada de uma previsão de garantia de manutenção e desenvolvimento de um serviço universal, que, vale ressaltar, é uma técnica de serviço público adaptada aos novos tempos, com o que a instituição, como tal, reflete a ideologia de serviço público.

Por meio da noção de serviço universal, pretende-se garantir aquelas prestações cujo mercado por si só não daria resposta e que se entende que devem ser cobertas, enquanto mínimo ao que todos os cidadãos devem ter direito. É uma técnica de serviço público, um mecanismo das obrigações de serviços públicos, como obrigação que se impõe na sua perspectiva prestacional a determinados operadores, que vale mencionar, não resulta *per se*, anticompetitiva, sempre e quando estas obrigações sejam administradas de maneira transparente, não-discriminatória e com neutralidade na competência, não sendo mais gravosas do necessário para o tipo de serviço universal definido.

234 Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Pedro. Direito das telecomunicações. Coimbra: Almedina, 1999, p. 44) revela ser o conceito de serviço universal originário do direito norte-americano das telecomunicações. Dita que foi importado pelo Direito europeu para enquadrar o processo de liberalização do setor num determinado contexto de regulação social. Para o autor, o serviço universal pretende essencialmente harmonizar a liberalização total de determinada atividade (no caso inicial, das telecomunicações) com a exigência de que certos serviços sejam prestados de forma acessível a todos os cidadãos. Tal ideologia tem relação com a ideia de evitar que a liberalização não traga efeitos eventualmente negativos do funcionamento livre das regras de mercado, impedindo designadamente uma concorrência selvagem, prejudicial para os utilizadores e para a qualidade dos serviços.

Na verdade, serviço universal se configura como um conceito mais restrito, e que abrange uma proteção ao indivíduo, usuário do serviço e do prestador do serviço. Proteção ao usuário na medida em que garante a ele o acesso a um serviço básico, mínimo, de um determinado setor²³⁵. Protege também o prestador do serviço, pois lhe garante um mecanismo de compensação financeira, dado que a prestação do serviço universal não se equivale ao exercício de uma atividade comercial comum. Por sua vez, serviço de interesse econômico geral

235 Não confundir o serviço universal com o serviço mínimo que deve ser assegurado em caso de greve, em empresa que se destine à satisfação de necessidades sociais impreteríveis. O *Tribunal Constitucional português* não julgou inconstitucional preceito relativo a serviços mínimos que devem ser prestados. Trata-se de acórdão de grande utilidade doutrinal, vez que traz consigo ensinamentos fundamentais do direito à greve e as obrigações inerentes a esse. Começa por afirmar o caráter fundamental de tal direito, apesar de não absoluto nem ilimitado e demonstrar a possibilidade jurídica da manutenção dos serviços mínimos, não só na doutrina portuguesa como também internacional. Segue tratando das “obrigações durante a greve” no regime português, e faz uma análise profunda do mesmo regime em diferentes sistemas, como o espanhol, francês, italiano e alemão. Após tais considerações, entrou no problema de constitucionalidade suscitado. Aqui, importa-se apenas comentar a respeito da análise relativa à violação do art. 61, n.º 1, da CRP. Na oportunidade, o Tribunal considerou dois problemas: a definição dos serviços mínimos e o processo de “gestão do cumprimento desses serviços”, na estrita dimensão de “gestão dos trabalhadores afectados ao cumprimento dos serviços mínimos”. Decidindo que: “no domínio do problema da definição dos serviços mínimos que hão-de ser cumpridos para garantir a realização das necessidades sociais impreteríveis, a questão que se coloca, como se pode inferir das menções efectuadas, excede o âmbito da gestão da empresa, não se reconduzindo, por outras palavras, ao exercício estrito de um poder de gestão empresarial, ainda que se reconheça, na esteira de António Menezes Cordeiro (in *Manual de direito do trabalho*, op. cit., pp. 389 e ss.), que o problema do cumprimento da obrigação de prestação de serviços mínimos também se deva configurar como uma questão onde também releva a responsabilidade da empresa.

De facto, “a definição do nível, conteúdo e extensão dos serviços mínimos indispensáveis releva de interesses fundamentais da colectividade” e “depende em cada caso da consideração de circunstâncias específicas segundo juízos de oportunidade [...] condicionada por critérios de acomodação constitucional” (cf. o Parecer da PGR n.º 100/89, de 5 de Abril de 1990), cuja assunção não está manifestamente integrada na esfera “da liberdade de gestão e actividade da empresa”. Trata-se, apenas, de decidir quais os serviços que, em homenagem a um interesse público e social, hão-de continuar impreterivelmente em laboração, não se podendo vislumbrar, no âmbito do art. 61, n.º 1, da Constituição, quaisquer argumentos que façam recair forçosamente sobre a entidade patronal, a título de prerrogativa da empresa, a necessidade de ser esta a determinar apodicticamente quais serão as necessidades a satisfazer e qual o nível de serviço indispensável para as cumprir.

Nessa medida e no limite, apenas se poderá defender que a gestão empresarial sai afectada na estrita medida em que se terá de conformar com um grau de laboração diferenciado daquele que resultaria “normal” na ausência de um processo de greve, impondo-se-lhe a laboração dentro desses limites. Contudo, como bem se observará, esse resultado decorre ineliminavelmente do exercício do direito à greve e com as limitações que este coloca, validamente, à liberdade de gestão empresarial” (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 199/2005, Proc. n.º 117/04, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues, Data: 19 de Abril de 2005).

se revela menos preciso, uma vez que diz respeito a necessidades de um determinado Estado-membro, o qual só poderá ser definido em âmbito interno, ou seja, pelo Parlamento de dado país.

É, na verdade, uma subespécie dos serviços de interesse econômico geral e agrega características próprias, como acessibilidade, “*asequibilidad*”, qualidade, subsidiariedade, caráter evolutivo e essencialidade²³⁶. De pouco serve garantir determinadas prestações em todo território se não se controlam os preços a cobrar por elas, trata-se de fazer com que os serviços universais sejam acessíveis (fisicamente), mas também “*asequible*” aos usuários descapitados economicamente²³⁷, e ambas com qualidade. Essas três características demarcam o conteúdo do serviço universal. Quanto ao seu alcance como uma obrigação de serviço público, tem-se que analisar outros elementos. O primeiro desses é o elemento da subsidiariedade, uma vez que os serviços universais se caracterizam por dar cobertura a prestações básicas que, em cada momento, consideram-se de obrigada garantia a todos os cidadãos quando o mercado não seja capaz de prestá-las espontaneamente. O fato de só prestá-los quando o mercado não for capaz de fazê-lo implica na leitura evolutiva do conceito, tendo que se detectar a cada momento se o mercado é ou não efetivamente prestador espontâneo de certas prestações. Por fim, o serviço universal engloba uma prestação mínima básica, essencial, que deve ser acessível a todos os cidadãos²³⁸.

Diferencia-se dos serviços de interesse econômico geral pela submissão a um regime especial, que se justifica pelo fato de que somente o serviço universal é o verdadeiro instrumento da concretização da solidariedade econômica, social e

236 RUIZ, Matilde Carlón. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 2007, p. 82.

237 Tal distinção é planteada por CAWLEY, Richard. A. *Universal service: specific services on generic networks - some logic begins to emerge in the policy area*. 29th TPRC Conference. 2001, p. 11-12.

238 Vê-se que a regulação dos serviços universais apoia-se em múltiplos e variados conceitos jurídicos indeterminados, cuja precisão concreta fica nas mãos dos organismos competentes na matéria. Na opinião de Matilde Carlón Ruiz (RUIZ, Matilde Carlón. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Madrid: Civitas, 2007, p. 62-63): “*La utilización de conceptos jurídicos indeterminados en un terreno en el que, además, abundan las nociones propias de la tecnologías empleadas en este sector, de difícil comprensión a veces para los juristas plantea un doble problema. En primer lugar, el de la dificultad en la exigibilidad por parte de los usuarios de las prestaciones que se configuran como parte del servicio universal y, por tanto, como deberes para el operador y derechos para los ciudadanos. [...] En segundo lugar, la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados dificulta el control judicial en la materia, ya que los Jueces y Tribunales se encuentran ante nociones que, aparte de indeterminadas, tienen un componente esencialmente técnico*”.

territorial²³⁹, além de respeitar os princípios gerais do serviço público (continuidade, igualdade, adaptabilidade, entre outros).

Vê-se, desse modo, que o serviço de interesse econômico geral envolve a ideia de suprir necessidades públicas, embora seja submetido à livre iniciativa e concorrência, que são nada mais nada menos que as regras do mercado. Pode, porém, sofrer condicionamentos ou incidência de obrigações concernentes aos serviços públicos, como a obrigação de prestação do serviço universal por meio da regulação específica dada à relevância social de tais atividades. Isso porque são serviços que satisfazem necessidades básicas²⁴⁰.

Desse modo, o serviço de interesse econômico geral possui cláusulas obrigacionais de serviço público, mas sujeita-se às regras do mercado. Na verdade, os serviços de interesse econômico geral devem ter algumas exigências de serviço universal, em maior ou menor grau, dependendo do mercado, como uma forma de obstar efeitos indesejáveis da atuação das regras do mercado.

Com efeito, constituem atividades econômicas, podendo, portanto, atuar num regime de liberdade empresarial e livre concorrência com fito lucrativo, o que os torna diferentes dos serviços públicos de cunho econômico, que devem ser desenvolvidos com observância indissociável dos princípios da universalidade e continuidade na prestação dos cometimentos estatais. Além disso, tais atividades não poderão ser executadas com abuso de poder econômico, e devem ser submetidas à regulação estatal atributiva de determinadas obrigações de serviços públicos.

Assim, serviço de interesse econômico geral poderia ser conceituado como a atividade prestada pelo setor público ou privado universalmente aos cidadãos,

239 Conforme Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 74 e 75), a solidariedade é um dos princípios fundamentais na tradição política e constitucional dos Estados-membros da União Europeia (UE), além de constituir a essência do, que muitos desses Estados chamam, Estado Social e Democrático de Direito e da própria UE. Para tal autor, o princípio da solidariedade se concretiza, ao menos, em três grandes políticas da Comunidade: a política de coesão econômica e social (título XVII do TCE, atual título XVIII do TFUE); a política de redes transeuropeias (título XV do TCE, atual título XVI do TFUE); e a política em matéria de serviços públicos (serviços universais e obrigações de serviço público).

240 Ressalta-se que, muitas vezes, impõem-se obrigações inerentes aos serviços públicos, aos serviços de interesse econômico geral. Isso justifica-se pelo fato de que as regras do mercado, num ambiente de liberdade, podem, eventualmente, não assegurar, satisfatoriamente, a fruição da atividade pelos segmentos da sociedade interessados que dela necessitam e se encontram em condições mínimas de utilização.

obedecendo à uniformidade de tarifas e de padrões de qualidade com base numa equação financeira que assegure a obtenção de lucratividade econômica.

Conclui-se, dessa maneira, que a velha noção de serviço público francês (serviços industriais e comerciais)²⁴¹ foi integrada ao Direito Comunitário por via desses conceitos anteriormente explicados, o que não significa que não exista mais um conceito de serviço público, mas que ele sofreu adaptações necessárias à sua manutenção na ordem jurídica comunitária. O grande elemento caracterizador do serviço público passou a ser a obrigação de assegurar o acesso generalizado de todas as pessoas a determinadas prestações essenciais de qualidade e a um preço razoável²⁴².

241 No Direito Administrativo francês, o serviço público é definido como uma atividade destinada a satisfazer o interesse coletivo (visão funcional) e como atividade que deve ser organizada pelo poder público, que pode optar por desempenhá-la diretamente ou confiá-la a um particular por instrumento próprio (visão orgânica).

Vale ressaltar que a volta ao conceito de Duguit de serviço público foi planteada pelo Conselho de Estado francês em um Informe de 1994, no qual, resumidamente, dita: “*El servicio público es, de alguna manera, la prolongación del mercado francasa, no su contrario*” (In: RUIZ, Matilde Carlón. El servicio universal de telecomunicaciones. Madrid: Civitas, 2007, p. 31). Afirma a autora que o Conselho de Estado parece dar perfeitamente cobertura à instituição dos serviços universais como reformulação, num entorno liberalizado dos mesmos parâmetros ideológicos e jurídicos que estão na base do serviço público em formulação técnica tradicional. O que o Conselho de Estado propõe é um retorno a Duguit, isso é, a uma ideia ampla de serviço público como “*actividad cuyo cumplimiento deber ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de dicha actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y que es de naturaleza que no puede ser realizada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante*” (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Empresa pública y servicio público: el final de una época. Madrid. Revista Española de Derecho Administrativo. n. 89, 1996, p. 48. In: RUIZ, Matilde Carlón. El servicio universal de telecomunicaciones. Madrid: Civitas, 2007, p. 31).

Mais adiante afirma (RUIZ, Matilde Carlón. El servicio universal de telecomunicaciones. Madrid: Civitas, 2007, p. 52 e 53): “*Así, pues, lo que permanece en el paso del ‘servicio público’ al ‘servicio de interés económico general’ es los que en origen se consideró como tal: una actividad de carácter prestacional a través de la cual se satisfacen necesidades de interés general, lo que puede justificar ciertas excepciones a las reglas de la pura competencia. En la noción ‘servicio de interés (económico) general’ está, en efecto, la idea de garantizar, de procurar o de proveer a todos los ciudadanos determinadas prestaciones esenciales sin confiar exclusivamente en las fuerzas espontáneas del mercado de la misma manera que lo estaba en la concepción originaria del servicio público. Es ésta, pues, una noción muy cercana a los planteamientos duguitistas y que, como tal, no hace sino incardinar la ideología del servicio público en el núcleo del TCE*”.

242 Matilde Carlón Ruiz (RUIZ, Matilde Carlón. El servicio universal de telecomunicaciones. Madrid: Civitas, 2007, p. 326) conclui seu trabalho afirmando: “*Todo apunta a concluir, pues, que esta nueva técnica, vista en su conjunto, responde exactamente a la misma lógica del servicio público más clásico, si bien en un contexto en el que la intervención pública para la garantía de ciertas prestaciones a todos los ciudadanos sólo se justifica – en una suerte de microcirugía – en aquello estrictamente imprescindible para no hurtar espacios a la libre competencia. Algo que, en rigor, estaba también latente en el primer*

2.3 A atual estrutura jurídico-organizativa brasileira da atividade econômica em sentido amplo

Viu-se que Eros Roberto Grau²⁴³ divide atividade econômica em sentido amplo em serviço público e atividade econômica em sentido estrito. Os serviços públicos podem ser, segundo o autor, privativos ou não-privativos. Seriam privativos, aqueles cuja prestação é privativa do Estado, admitindo-se a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los apenas e tão-somente, contudo, em regime de concessão ou permissão (art. 175, da CRFB). Os serviços públicos não-privativos podem ser desenvolvidos tanto pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito²⁴⁴.

reconocimiento doctrinal de la consolidación de los servicios públicos. Baste recordar que en la definición avanzada por DUGUIT aparece un doble criterio caracterizador de los servicios públicos: el tratarse de 'prestaciones necesarios para la interdependencia social' y, de forma conexas, que el mercado no fuera espontáneo garante de las mismas".

Ademais, pode-se extrair essa conclusão do Glossário da União Europeia (Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/glossary/index_pt.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2009): "a noção de serviço público tem um duplo sentido, designando tanto o organismo de produção do serviço como a missão de interesse geral a este confiado. É com o objetivo de favorecer ou de permitir a realização de missões de interesse geral que a autoridade pública pode impor obrigações específicas de serviço público a um organismo de produção do serviço, por exemplo, em matéria de transportes terrestres, aéreos ou ferroviários ou em matéria de energia. Estas obrigações podem ser impostas à escala nacional ou regional. Note-se que, com frequência, se confunde erroneamente serviço público e setor público (incluindo a função pública), ou seja, a missão e o estatuto, o destinatário e o proprietário".

243 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146 a 149.

244 Vale trazer à tona a noção de serviço público pela doutrina portuguesa. Maria da Glória Ferreira Pinto (PINTO, Maria da Glória Ferreira. Serviço Público. Lisboa: Verbo, 1987, v. 5) alude que a primeira referência no Direito português apareceu com João Tello Magalhães Collaço, em 1915/1916, mas a primeira teorização em torno da noção de serviço público surgiu em 1924, com Carlos Moreira e, mais tarde, com Marcello Caetano. Foi com este último que sobreveio uma teoria geral do serviço público, defendida até hoje pela doutrina portuguesa. Marcello Caetano (CAETANO, Marcello. Manual de Direito administrativo. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1980, v. II) associa a noção de serviço público à de serviço administrativo, definindo aquele como o modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por forma regular e contínua, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida por todos quantos dela carecessem. O serviço público propunha-se, assim, a satisfazer necessidades coletivas sentidas diretamente pelos indivíduos, ao contrário das demais necessidades coletivas essenciais, que eram sentidas pela coletividade de forma mais difusa. Quanto ao modo de administração destes serviços, considerava que a gestão pública poderia ser executada de forma direta, por meio de uma pessoa coletiva de Direito Público ou, de modo indireto, isto é, por intermédio de entidades privadas. Quanto à gestão

Já a atividade econômica em sentido estrito, que se define por exclusão, divide-se em duas modalidades: monopolista e não-monopolista²⁴⁵.

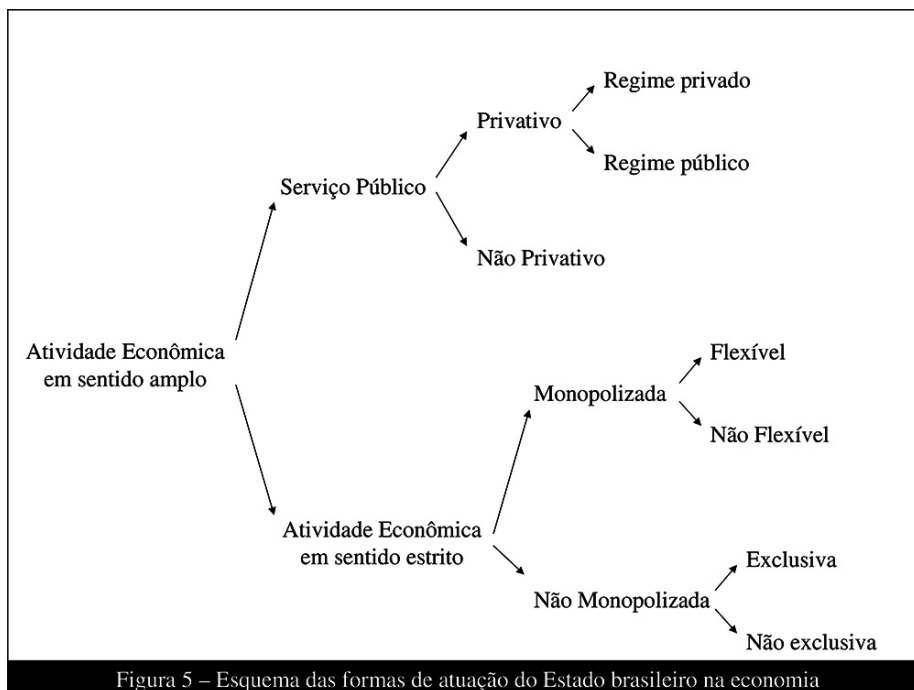


Figura 5 – Esquema das formas de atuação do Estado brasileiro na economia

Fonte: Elaborada pelo autor.

indireta, ela poderia ser exequível por delegação e por concessão. No primeiro caso, confiava-se o funcionamento de um serviço público a certa entidade privada de utilidade pública; enquanto que, no segundo caso, atribuía-se a exploração do serviço público a uma empresa privada, que atuaria por sua conta e risco, durante um determinado prazo previamente convencionado.

245 Para o Supremo Tribunal Federal (STF), o conceito de atividade econômica, enquanto atividade empresarial, prescinde da propriedade dos bens de produção, por isso que, para o STF, a distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da propriedade do Estado (como no caso concreto em que se decidia a respeito da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos) possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio. Logo, a propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. Por isso que julgou esse tribunal que o dono do produto da propriedade estatal (lavra das jazidas minerais), atribuída ao concessionário pelo preceito do art. 176 da CRFB, é inerente ao modo de produção capitalista, sendo a propriedade sobre o produto da exploração plena, desde que exista a respectiva delegação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 3273 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102, Relator: Ministro Carlos Britto, Data Publicação: 02/03/2007).

A figura 5 resume as formas de atuação do Estado brasileiro na economia. Ao lado esquerdo, tem-se o gênero onde estão enquadradas todas e quaisquer atuações estatais na economia, denominada de atividade econômica em sentido amplo²⁴⁶.

Quando se traça a natureza jurídica de determinada atuação estatal na economia, uma única alternativa será possível. Ou tal atuação será configurada como um serviço público ou como uma atividade econômica em sentido estrito. A figura 5 também oferece essa perspectiva ao dividir em duas a atividade econômica em sentido amplo.

Convém deixar claro que o fato de determinada atividade configurar em certo âmbito como atividade econômica em sentido estrito, não a exclui de em outro a configurar como serviço público. Com o desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva, bem como o estabelecimento de concorrência em diferentes fases das atividades, o que se observa atualmente é a diversidade numa mesma atividade de naturezas jurídicas de determinados segmentos desta. Não se pode mais falar que determinado setor é ou não um serviço público, deve-se estudar seus segmentos separadamente para só então defini-los ou não como tal.

Ainda com relação à figura 5, percebe-se que as distintas naturezas jurídicas das formas de atuação do Estado na economia podem ser subclassificadas em espécies mais específicas que apenas serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Os serviços públicos podem ser privativos, ou seja, de titularidade própria do Estado, mas que admitem delegação. Não se usa o termo exclusivo, pois esse denota algo indelegável, o que não é o caso. Tais serviços atualmente ainda podem ser classificados de acordo com sua forma de prestação, isto é, ainda, podem ser tidos como prestados em regime privado ou em regime público.

246 Saber se determinada norma afeta a atividade de natureza econômica é de extrema importância. Determinar o limite da livre iniciativa tem uma estreita relação com o limite da intervenção prestacional do Estado na economia. O *Tribunal Constitucional espanhol* já teve oportunidade de expor o alcance objetivo da livre iniciativa com o regime das “cajas de ahorro”. Um dos argumentos que empregou a sentença para desestimar a inconstitucionalidade foi negar que a atividade das “cajas de ahorro” estão dentro do âmbito de aplicação do art. 38 CE. Recorre o Tribunal ao dado de que as “cajas” não distribuem dividendos entre seus acionistas e dedicam seu benefício a financiar as obras sociais para deduzir que estas entidades carecem de finalidade lucrativa (ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 49/1988. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 22/3/1988. Publicación BOE: 19880413 [«BOE» núm. 89]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina y López. Ponente: don Angel Latorre Segura. Número registro: 990, 991 y 1007/1985 (acumulados). Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad).

De maneira oposta aos serviços públicos privativos, têm-se os serviços públicos não-privativos que possuem uma dubiedade de titulares, comum ao Estado e ao setor privado, daí porque esse último o realiza livremente, não necessitando de delegação, afinal também é titular do serviço. Quando prestados pela iniciativa privada, são realizados de forma paralela ou complementar ao poder público.

Por fim, a atuação estatal na economia consoante às atividades cuja natureza jurídica seja de atividade econômica em sentido estrito, podem ser subclassificadas como monopolizadas ou não-monopolizadas, onde as primeiras seriam aquelas definidas expressamente pela CRFB e as segundas as que o Estado presta de forma direta e concorrencial com a iniciativa privada. As atividade econômica em sentido estrito monopolizada podem ser ou não flexíveis, ou seja, existir um regime de competição entre empresas que se dispõe em disputar, num procedimento licitatório, determinadas contratações, e as atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada pode ou não ser exclusivas, no sentido de existir algum título habilitante que impeça à iniciativa privada ter acesso livre à atividade.

Essa é a classificação hoje existente, inclusive a mais difundida. No entanto, não significa que seja uma classificação boa. Não o é, pelo contrário. Essa dicotomia é péssima para continuar classificando as atividades econômicas que o Estado realiza. Inclusive, frisa-se, tal classificação diz respeito apenas a atuação estatal e, lembra-se, a regra é a livre iniciativa. As atividade econômicas devem ser realizadas, *a priori*, pela iniciativa privada. Infelizmente, como se poderá perceber a partir da explicação das espécies, daqui em diante, que tal classificação dual não ajuda a explicar a diferença entre os regimes jurídicos, muito pelo contrário, muitas vezes dificulta.

Isso posto, passa-se a analisar agora cada uma dessas formas de atuação, acrescentando novas modalidades introduzidas pela reforma do Estado (serviço público privativo prestado em regime privado e público). Depois, de apresentar as sugestões de atualização para a classificação aceita e difundida pela doutrina administrativista ainda hoje, , como contribuição para o que já existe, apresentar-se-á uma nova proposta de classificação, inédita como tentativa de solucionar os problemas que se evidenciará nos próximos tópicos.

2.3.1 Serviço público privativo

A titularidade dos serviços públicos privativos pertence ao Estado, porém como este deve buscar sempre o interesse público, possibilita, a Constituição,

que ele divida a execução de tais serviços com os particulares. Assim, possível a parceria, pode o serviço ser prestado na forma direta ou indireta²⁴⁷.

A execução direta é aquela em que o próprio Estado presta o serviço, acumulando, portanto a situação de titular e prestador do serviço. Há execução indireta quando os serviços são prestados por entidades diversas das pessoas federativas. Apesar de transferir a outra pessoa a prestação do serviço, o Estado continua com o dever de controlar e regulamentar tais serviços. A transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração, denomina-se descentralização, que pode ser territorial, que encerra a transferência de funções de uma pessoa federativa a outra, ou também do poder central a coletividade local, ou institucional, que representa a transferência do serviço do poder central a uma pessoa jurídica própria, de caráter administrativo, nunca de cunho político. Tal delegação pode ser legal, ou seja, formalizada por meio de lei (art. 37, XIX, da CRFB), ou negocial, porque sua instituição se efetiva por meio de negócios jurídicos regrados basicamente pelo Direito Público – concessão, permissão e autorização do serviço público.

As antigas fórmulas indicavam que o Estado brasileiro, com o perfil que vinha adotando, envelhecia, tornando-se moroso e ineficiente. A solução encontrada foi criar novas formas de prestação dos serviços públicos privativos, uma relacionada a um regime público e outra a um regime privado. Os serviços públicos privativos prestados em regime privado são uma novidade no Direito brasileiro, que trouxe consigo uma nova crise à noção de serviço público, pois

247 Parece claro que a declaração de determinada atividade como serviço público traz consigo uma restrição ao direito à livre iniciativa, afinal, a iniciativa privada fica sujeita a um título habilitante, quer seja uma concessão, permissão ou autorização. O exercício da atividade se desenvolve conforme as diretrizes que estabelece a Administração.

A sentença do Tribunal Supremo Espanhol, de 29 junho de 1986, atribui à Administração uma margem para organizar a forma em que se presta o serviço, “*sin que la libertad de empresa pueda contemplarse en un servicio público ni incidir en su organización interna*”.

A configuração legal do conteúdo da livre iniciativa varia notavelmente, dependendo do tipo de atividade que constitua seu objeto. A regulação do exercício da atividade resulta particularmente intensa nos casos dos serviços públicos. A consideração de uma atividade como serviço público “*justifica que esta actividad, aunque en manos de los particulares, tenga que estar sometida a una reglamentación y a una organización superordenada a la voluntad de quienes, desde su perspectiva personal, sólo ven en el servicio un instrumento de un negocio privado*” (ESPAÑA. [Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo](#). Sentencia de 30 de octubre de 1987. FJ 5 e ESPAÑA. [Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo](#). Sentencia de 24 de noviembre de 2004).

os atrelou à ideia de serviço de interesse econômico geral²⁴⁸ e, por conseguinte, à noção de “*public utilities*”. Daí porque dizer que tais serviços estão entre as grandes novidades do Direito Administrativo brasileiro, pois são atividades caracterizadas constitucionalmente como serviços públicos, mas infraconstitucionalmente como atividade econômica em sentido estrito.

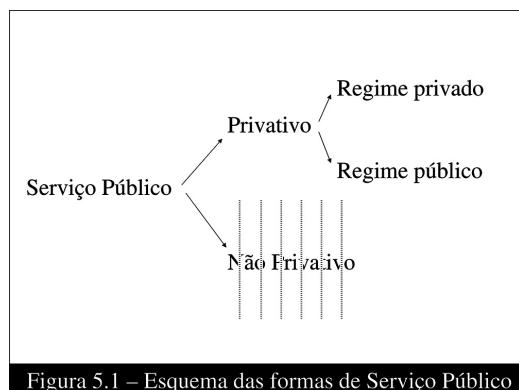


Figura 5.1 – Esquema das formas de Serviço Público

Fonte: Elaborada pelo autor.

por agentes autorizatários (art. 21, inciso XI e XII, da CRFB), ele quis dar um maior elastério ao conceito de serviço público a fim de possibilitar um duplice regime jurídico de sua prestação, isto é, tal previsão constitucional permitiu uma maior abrangência da noção de serviço público.

Atualmente, é o legislador que estabelece qual atividade será ou não considerada como serviço público e é o agente regulador que irá determinar o regime jurídico a ser implementado, com vistas sempre na busca da eficiência.

Por isso, Carlos Ari Sundfeld²⁴⁹ afirma que:

Os velhos serviços públicos de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica

248 Sara Jane Leite de Farias (FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 49) traça um paralelo do sistema europeu com o brasileiro e sublinha: “Os serviços universais corresponderiam aos serviços prestados num regime de direito público, mediante concessão e permissão, em que se devem respeitar os princípios da universalidade e modicidade das tarifas. Já os serviços econômicos gerais corresponderiam aos serviços prestados no regime de direito privado, mediante autorização vinculada”.

249 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 161, 162.

e portos são alguns dos setores em que a noção de “serviço público”, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações e não mais apenas pelas clássicas concessões, introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do “direito da concorrência” (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.

Além do mais, a diferenciação de um regime público e outro privado ocorreu para que o Estado conseguisse ser mais atrativo para a iniciativa privada.

Ter-se-á um regime público quando se estiver diante de um interesse essencial²⁵⁰, ou seja, se o serviço público for considerado como essencial,

250 Entende-se que essa essencialidade é a mesma relativa aos serviços de interesse econômico geral e aos serviços essenciais do Direito espanhol (art. 28.2 e 128.2 da CE), percebendo-se que a determinação da essencialidade de um recurso ou serviço remete a uma apreciação subjetiva atribuível em exclusividade ao legislador e, por ele, é em princípio inviável o posterior controle constitucional (vide: FELIÚ, José María Gimeno. Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas. *Revista de administración pública*. Madrid, n. 135, p. 149-212, sep./dic., 1994, p. 205-207).

Segundo o *Tribunal Constitucional espanhol*, são serviços essenciais; “*aquellas actividades industriales o mercantiles de las que se derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. En la definición de los servicios esenciales entra el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales*” (ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 26/1981. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/7/1981. Publicación BOE: 19810813 [«BOE» núm. 193]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Arozamena, Rubio, Díez-Picazo, Tomás, Fernández y Truyol. Ponente: don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Número registro: 203 y 216/1980 (acumulados). Recurso tipo: Recurso de amparo). E em outra decisão se definem como aquelas: “*actividades imprescindibles para el libre ejercicio de los derechos constitucionales y para el libre disfrute de los bienes constitucionalmente protegidos*” (ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 53/1986. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 5/5/1986. Publicación BOE: 19860520 [«BOE» núm. 120]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Begué, Latorre, García-Mon, de la Vega, Leguina y López. Ponente: don Luis López Guerra. Número registro: 270/1985. Recurso tipo: Recurso de amparo).

Para trazer um caso específico, vale mencionar que o *Tribunal Constitucional espanhol* já decidiu que “*la calificación de la televisión como servicio público es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad- determinados derechos fundamentales de la colectividad*” (ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 206/1990. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/12/1990. Publicación BOE: 19910110 [«BOE» núm. 9]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Rubio, Díaz, Rodríguez-Piñero, de los Mozos y Rodríguez. Número registro: 434/1988, 761 acumulados). Recurso tipo: Recurso de amparo). Deste modo, determinou, em outra sentença, que, sendo um serviço público essencial, cuja prestação em regime de gestão indireta requer, como consequência de dita conceituação, a prévia obtenção de uma concessão administrativa, e resultando constitucionalmente legítima aquela qualificação, declara não ser contrário aos direitos de liberdade de expressão e informação reconhecidos no art. 20.1 a) e d) da CE (ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 31/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 31/1/1994. Publicación BOE: 19940302 [«BOE» núm. 52]. Sala: Sala Segunda:

devendo ser prestado, no mínimo, por um operador em regime público, admitindo, porém, prestação simultânea do regime privado com o público. Quando os serviços forem considerados não-essenciais, isto é, que não comporão um conjunto mínimo garantido pelo Estado, serão prestados exclusivamente em regime privado²⁵¹. Assim, a diferença está diretamente ligada ao regime de exploração de serviços e não tem nada a ver com a natureza do operador. Da mesma forma que poderá haver uma empresa privada prestando serviços em regime público, também será possível a uma empresa estatal operar em regime privado²⁵².

Excmos. Sres. López, Díaz, Rodríguez, Gabaldón, González y Viver. Ponente: don Alvaro Rodríguez Bereijo. Número registro: 1513/1990. Recurso tipo: Recurso de amparo).

- 251 Os dois regimes devem ser regulados por algum órgão regulador. Este órgão estabelecerá os deveres, direitos e condicionamentos tanto para os operadores quanto para os usuários de ambos os regimes. Serão coibidos comportamentos que prejudiquem a prestação do serviço essencial ou a competição livre, ampla e justa entre operadores. Os operadores deverão manter o órgão regulador informado dos valores cobrados e dos descontos praticados para os serviços que explorem, assim, sujeitando-se a diversas obrigações, como a) submeter-se à fiscalização do órgão regulador, prestando as informações que lhes forem requisitadas e permitindo inspeções em suas instalações e operações; b) ter disponíveis relatórios periódicos da sua situação financeira e dos indicadores de qualidade e eficiência, apresentando-os sempre que requisitados conforme dispuser o órgão regulador; c) fornecer ao órgão regulador, quando requisitada, toda e qualquer documentação relativa aos serviços prestados; d) informar às autoridades públicas quaisquer anomalias praticadas no contexto de seus serviços; e) cumprir fielmente os termos constantes dos instrumentos de concessões, permissão e autorização; entre outras.
- 252 Mônica Spezia Justen (JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003, p. 181) entende que a classificação brasileira leva em conta a titularidade do gestor, daí porque a distinção categórica entre duas esferas: a pública e a privada. Tal classificação, alerta a autora, não ocorre na Europa, vez que a disciplina do TCE (atual TFUE) funda-se no critério objetivo da atividade.

REGIME DE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS	PRIVADO	PÚBLICO
Atividade Econômica	Não Essencial (sem o dever de universalidade e modicidade)	Essencial e Adequada (com o dever de universalidade e modicidade)
Título Habilitante	Autorização Vinculada	Permissão e Concessão
Formas de Extinção	Renúncia, Cassação, Caducidade, Decaimento ou Anulação	Encampação, Cassação, Caducidade, Decaimento ou Anulação
Relação Jurídica	Não-contratual	Contratual
Prazo	Indeterminado	Determinado
Protege	Consumidor	Usuário
Exploração	Regime de Preço desde que razoáveis e não discriminatórios	Regime Tarifário com há o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

Figura 6 – Tabela de diferenciação dos regimes jurídicos dos serviços públicos privatizados

Fonte: Elaborada pelo autor.

Por meio do conteúdo do disposto nos incisos do parágrafo único do art. 175, da CRFB, pode-se retirar a diferenciação entre o regime público e privado da prestação de serviços públicos. A figura 6 ilustra as diferenças de maneira genérica, sem prejuízo de outras que serão apontadas nos tópicos específicos e em seus estudos de caso, conforme segue.

Demonstra a figura 6 que, para os prestadores em regime privado, há a figura do autorizatário e não do permissionário e do concessionário como no público, logo, não há a figura da encampação, podendo o prestador renunciar²⁵³ à sua autorização, deixando de prestar o serviço, sem ser punido por isso. Aliás, tais

253 A renúncia é o ato formal unilateral, irrevogável e irretroatável, pela qual, o operador manifesta seu desinteresse pela autorização. Essa apenas poderá ser aceita, pelo órgão regulador, se o operador comprovar que não se encontra inadimplente quanto a qualquer obrigação. Também, poderá o órgão regulador condicionar a aceitação da renúncia à observância de prazo de aviso aos usuários. A renúncia, igualmente, não é causa para punição da autorizada, nem a desonerará de suas obrigações para com terceiros.

autorizações poderão ser extintas também por cassação²⁵⁴, caducidade²⁵⁵, decaimento²⁵⁶ ou anulação²⁵⁷.

No regime privado, não há contrato com o poder público, mas sim uma relação jurídica não-contratual, um termo, que advém exatamente da figura autorizatária, logo, o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado, assim sendo porque, se tivesse um prazo, ter-se-ia um direito subjetivo para o operador de vê-lo respeitado, caso contrário, ensejaria a responsabilidade da Administração Pública.

Também, no que se refere ao prestador em regime privado, há uma proteção ao direito do consumidor ao invés do direito do usuário, logo, não há uma preocupação com a universalização e a continuidade como há no regime público. Ou seja, no regime de direito público, a lei estabelece a exigência de um serviço adequado (art. 6º, da Lei n.º 8.987/95), já no regime privado, é o órgão regulador quem afixa critérios de qualidade, tomando como paradigma os mesmos critérios dos serviços adequados, com a devida adaptação a um regime de concorrência. São eles: generalidade, uma vez que posto à disposição terão que ser dispostos a quem solicitar, porém sem os deveres de universalidade e modicidade²⁵⁸, uma vez que regem as regras da livre iniciativa e livre concorrência²⁵⁹; regularidade, que obriga o operador a prestar o serviço vinculado a uma prestação devida de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas para esse fim, ou que lhe sejam aplicáveis na medida em que disponibilizar os

254 A cassação ocorrerá quando houver perda das condições indispensáveis à expedição ou manutenção da autorização.

255 A caducidade ocorrerá quando da constatação da prática de infrações graves, de transferência irregular da autorização ou de descumprimento reiterado de compromissos assumidos ou das obrigações decorrentes da situação de operador.

256 O decaimento dar-se-á, em face de razões de excepcional relevância pública, quando as normas vierem a vedar o objeto da autorização ou a suprimir a exploração no regime privado. Decretado o decaimento pelo poder concedente, por ato administrativo, não justificará o mesmo das autorizações já expedidas, senão quando a sua preservação for incompatível com o interesse público. Decretado o decaimento, o operador poderá manter suas atividades regulares por um prazo mínimo, que poderá vir a ser menor que o estipulado por lei desde que haja indenização prévia, justa e em dinheiro, a ser paga pela perda do direito à exploração do serviço.

257 A anulação será decretada judicial ou administrativamente, em caso de irregularidade insanável do ato que a expediu.

258 O consumidor apenas poderá questionar a modicidade tarifária se ensejar efeitos anticoncorrenciais.

259 Verifica-se que continuidade, também, não é uma das obrigações dos operadores de serviços públicos prestados em regime privado.

serviços; eficiência, que está voltada ao melhor atendimento possível das finalidades legais, sendo o serviço prestado com um padrão mínimo de qualidade previstas no termo de autorização fixado pelo órgão regulador; atualidade, que compreende a modernidade das técnicas, dos equipamentos, das instalações e a sua conservação, que será aplicado ao regime de Direito Privado desde que o usuário pague o valor correspondente a tal exigência; segurança, que seria a salvaguarda das pessoas e bens afetos ao serviço; e cortesia, que se traduz no bom acolhimento ao público e do direito de reclamação.

Por fim, a figura 6 aclara que o prestador de serviço público em regime privado possui um regime de preço e não de tarifa. Como tal, os autorizatários exploraram os serviços por sua conta e risco, dentro de um regime de ampla e justa competição, com preços livres, ao contrário da tarifa, que é regulada no contrato de concessão ou no termo de permissão. A tarifa deve ser módica, já o preço é livre desde que razoável e não-discriminatório, inexistindo, a princípio, um controle estatal a respeito. Logo não há o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Tal regra, porém, não é absoluta, já que, havendo limitação ao número de autorizações, deverá haver procedimento licitatório para a escolha do operador, assim como no caso de outorga de autorização em caráter especial e emergencial (art. 49 da Lei n.º 10.233/2001). Em ambos os casos, não se aplicará a liberdade de preços, sujeitando-se o operador autorizado, nesses casos, ao regime de preços estabelecidos pelo órgão regulador.

A classificação dos diferentes serviços públicos, com variados índices de publicização (regime público e privado), foi aprovada no julgamento da medida liminar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 1668²⁶⁰.

Nesta ADIn, o STF apreciou a possibilidade prevista no art. 65 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT, de serviços de telefonia da mesma modalidade serem prestados concomitantemente em regimes distintos (público e privado). Ressalta-se que apesar do acolhimento da existência de dois planos de prestação dos serviços públicos, a saber, serviço público, prestado em regime público, por meio de concessões e permissões sempre precedidas de licitações; e serviço

260 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1.668 (medida liminar) UF: DF – DISTRITO FEDERAL, Fonte: D. O. 31.08.98, Relator: Ministro Marco Aurélio, Requerentes: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC do B, PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT, PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB - Resultado da Liminar: Indeferida, Data Publicação: 31/08/1998.

público prestado em regime privado, outorgado por meio de autorização, o STF não aprovou tal decisão por unanimidade²⁶¹.

Cumpram-se então destacar – apesar de ainda estar-se em sede de medida liminar – que o STF aceitou tal distinção dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Entende-se, portanto, que o reconhecimento da distinção entre o serviço público prestado em regime público e o serviço público prestado em regime privado representa a tradução brasileira das mais atuais lições do Direito Administrativo Comunitário, que, para estimular a competição e a eficiência, cunhou as expressões “*serviços universais*” (o serviço público brasileiro) e os “*serviços de interesse econômico geral*” (o serviço público prestado em regime privado, mas sob regulação estatal, dada a relevância da atividade econômica empreendida).

Isto, no entanto, não significa que seja correto a classificação das atividades dita serviços públicos privatizados prestados em regime privado como serviço público propriamente dito, pois, como já se pode observar e se terá oportunidade de analisar, devem ser caracterizadas como atividade econômica de

261 O Ministro Marco Aurélio, em voto minoritário, considerou inconstitucional o preceito. Após ressaltar que o Direito é uma ciência e que, portanto, deve usar as expressões com rigor técnico, sustentou: “*Por natureza e conseqüências, não se confundem serviços a serem prestados no regime privado e no regime público. Tal mistura distancia-se da melhor técnica, acabando-se por afastar, tendo em vista especialmente os serviços que venham a ser explorados em regime público, as peculiaridades ditadas pelos princípios constitucionais. Conforme ressaltado na inicial, a partir de lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, [...] como é a abrangência do serviço – restrito ou coletivo – que determina o regime – privado ou público – a ser adotado, não há como admitir que um serviço seja ao mesmo tempo de interesse restrito e de interesse coletivo*”. As conseqüências são substanciais, porquanto, como assinalado na própria lei em comento, no regime privado basta a simples autorização (art. 131), enquanto, decidindo-se pelo público, é imprescindível a adoção do processo licitatório prévio à delegação a particulares (art. 88). A concomitância contemplada na lei ora em exame, relativamente aos serviços a serem prestados em regime público, considerada, repito, a respectiva natureza, acaba por afastar o preceito do art. 175 da Constituição Federal, no que impõe a realização de prévio processo licitatório à concessão ou à permissão dos serviços, não se contentando com simples autorização”.

Já o Ministro Nelson Jobim, autor do voto condutor nesta questão específica, declarou: “*Não vejo inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente do regime de público, do regime privado ou, concomitantemente, a ambos os regimes, sem qualquer exclusão. As Agências poderão definir, e, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado – forma pelo qual poderá ser financiado – e aberto ao público. [...] Não vejo inconstitucionalidade alguma em relação à concomitância*”.

O Ministro Carlos Velloso observou que “*a questão é mais técnica, e essa tecnicidade não interfere com a constitucionalidade ou não da norma*”.

Ao Ministro Sepúlveda Pertence: “*Não parece, à vista da alteração constitucional do inciso XI do art. 21 da Constituição, que haja a impossibilidade essencial de que o serviço, por ser de interesse coletivo, seja prestado em regime público, como está na lei, e, concomitantemente, em regime privado. É esta, má ou boa, a inspiração da revisão constitucional*”.

interesse público. Ora, ou uma atividade é configura como serviço público e por tal motivo terá que respeitar o regime jurídicos inerentes dessa categoria ou não. Ser considerado um serviço público privativo, mas ter tratamento de atividade econômica em sentido estrito é algo difícil de se explicar, mas é o que hoje se defende.

Concorda-se com o fato de que a noção de serviço público não é estática. Ela muda conforme aspectos sociais, temporais, entre outros, porém é certo afirmar que o grande elemento caracterizador do serviço público foi, é, e provavelmente seguirá sendo a obrigação de assegurar o acesso generalizado de todas as pessoas a determinadas prestações essenciais de qualidade e a um preço razoável/módico, o que evidencia uma aproximação do sistema afrancesado, e não o seu desaparecimento, uma vez que a clássica noção de serviço público dizia ser este uma obrigação dos governantes, a qual devem regular, assegurar e controlar. O que a UE e, por conseguinte, o Brasil fez foi retomar essa noção, tendo em conta as transformações vivenciadas nas últimas décadas e a influência do sistema capitalista americano dos *public utilities*.

Trata-se do fim de mais uma época e o começo de uma retomada, ao que Duguit havia previsto no início do séc. XX. Se for verdade que está voltando a um liberalismo (neoliberalismo), mesmo que de maneira diferenciada, certo é que, novamente, a noção de serviço público se adequará à nova forma de Estado, retomando, com suas devidas adaptações, a noção de Duguit. Ao menos, em parte.

Não se pode confundir a titulariedade com a prestação. A classificação do Eros Roberto Grau diz respeito à titulariedade do serviço e o divisão aceita e realizada pela doutrina ao diferenciar os serviços públicos privativos prestados em regime público e em regime privado parece esquecer disso.

2.3.1.1 Serviço público privativo prestado em regime privado

A exploração de serviços em regime privado se baseará nos princípios constitucionais da atividade econômica, mas não isenta os operadores nessa condição da ação regulatória do órgão regulador, nem impedirá a imposição de condicionamentos administrativos que sejam necessários a garantir uma série de princípios, como o da competição livre, ampla e justa; da diversidade de serviços e operadores; do respeito aos direitos dos usuários e o equilíbrio de direitos e obrigações entre estes e os operadores; da prevalência dos serviços essenciais

prestados em regime público sobre os serviços prestados em regime privado; da isonomia de tratamento entre os operadores; da permanente fiscalização; da existência, da continuidade e da eficiência do serviço essencial; do crescimento proporcional de deveres, condicionamentos e obrigações do operador em função do grau de sua participação; e da vinculação entre os condicionamentos impostos e as finalidades públicas específicas e relevantes.

Os serviços públicos prestados em regime privado serão delegados por meio de autorizações vinculadas. As autorizações administrativas, tidas até pouco tempo apenas como atos administrativos unilaterais, precários e discricionários, passaram a ter um *status* de ato vinculado, o que ensejou uma nova leitura do instituto pelos administrativistas a partir do momento que tal instrumento passou a representar uma nova forma, ou não, de delegação de serviço público, ou ao menos de intervenção do Estado na economia.

Apesar do art. 175 da Constituição fazer referência apenas à concessão e permissão de serviço público, o art. 21, inciso XII, arrola os serviços que a União pode executar diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão. Além disso, na legislação ordinária e na doutrina – apesar de muita polêmica quando se refere à doutrina – a autorização é mencionada também como forma de delegação de serviços públicos ao lado da permissão e da concessão²⁶².

262 Muito se tem discutido acerca da possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de autorizações. Apesar das posições divergentes, concorda-se com Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo II. 10. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 135) que afirmam que a autorização se viu transplantada ao complexo campo das atividades econômicas “en el que se le hacer jugar sistemáticamente un papel que no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de unos objetivos previamente programados o al menos, implícitamente definidos en las normas aplicables”. Sara Jane Leite de Farias (FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação dos serviços públicos autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55), sob o contexto brasileiro, refere que deixou de existir a tradicional autorização administrativa, considerada como ato administrativo unilateral, precário e discricionário. Mas é certo que, na atualidade, vem ensejando uma nova leitura, a partir do momento em que tal instituto passou a representar um dos instrumentos mediante o qual a Administração Pública intervém sobre a atividade econômica. É, nesse cenário, que a autorização passa a ter um *status* de ato vinculado, quando utilizado para caracterizar a prestação de determinado serviço sob o regime de Direito Privado, explorado em regime de liberdade, na forma do art. 170 da CRFB. Para a autora, a distinção entre a autorização discricionária e a vinculada “reside na relação do particular com a Administração quando da outorga do ato autorizatório, que, uma vez sendo vinculado, permite uma constante adequação de seu conteúdo, com fundamento no interesse público. Quanto às autorizações discricionárias, estas poderão ter seus efeitos continuados (como, por exemplo, uma autorização para porte de arma) ou esgotar-se logo após a

Não parecem ser tais autorizações uma nova modalidade de delegação, mas sim uma evolução do provimento decorrente do novo cenário propiciado pelo processo de desestatização, caracterizado pela prestação de alguns serviços públicos num regime de Direito Privado. Não se trata da clássica autorização de polícia administrativa, tampouco da autorização para o desenvolvimento de atividade econômica, mas sim da autorização de serviços públicos prevista no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição brasileira, que confere à União compe-

realização do ato (como, por exemplo, uma autorização para a poda de uma árvore). Outra distinção reside na estabilidade das relações, uma vez que as autorizações discricionárias, são precárias, ou seja, podem ser revogadas a qualquer momento pelo Poder Público, já as autorizações vinculadas de serviço público possuem a característica da estabilidade". Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 72 e 73) sustenta que a incorporação ao Direito brasileiro das noções europeias de "serviço econômico de interesse geral" é muitas vezes traduzida para o Direito brasileiro como "serviços públicos prestados em regime privado". Tal fato acabou por implicar o uso da "autorização" para admitir a prestação, em regime privado, de serviços públicos (em muito assemelhado ao modelo americano de licenciamento das *public utility*). Em sentido contrário ao exposto, encontra-se José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 355 e 356), que expõe não haver autorização para prestação de serviço público. Para o autor, também só existe delegação de serviço público por meio de concessão ou de permissão. Sustenta que a autorização é apenas um ato administrativo discricionário e precário; e que a remissão ao art. 21, XII, da CRFB para justificar eventual autorização de serviço público é errônea, uma vez que nem todas atividades arroladas no artigo são típicos serviços públicos. Ademais, argumenta que a Constituição, ao referir-se à prestação indireta de serviços públicos, só fez menção à concessão e à permissão (art. 175). Conclui, portanto afirmado ser "inaceitável a noção dos denominados serviços públicos autorizados".

Por fim, Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 151 e 152), após defender que a autorização se inclui entre as modalidades de delegação de serviço público, esclarece: "a autorização de serviço público (da mesma forma que a autorização de uso de bem público) é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo". E acrescenta: "Vale dizer que aquela mesma atividade que constitui serviço público propriamente dito, quando prestado diretamente pelo Poder público ou pelas concessionárias ou permissionárias, praticamente perde essa qualidade quando prestado mediante autorização, por faltar-lhe a característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas. [...] Precisamente por ser a autorização dada no interesse exclusivo do particular, não há necessidade de que lhe sejam delegadas prerrogativas públicas. [...] Totalmente diferente é o que ocorre na permissão e na concessão, em que o Poder Público delega ao particular uma atividade que vai atender a necessidades coletivas, definida em lei como serviço público e, por isso mesmo, deve ser prestada sob regime público [...]". Ressalta a mesma autora que, na hipótese específica e peculiar da "autorização" de serviços de telecomunicações, a própria Lei n.º 9.472/97, faz clara distinção de regimes: quando se tratar de serviços em regime público, serão prestados mediante concessão ou permissão (art. 63); quando for serviço em regime privado, será prestado mediante "autorização" (art. 131). Segundo a autora (ibidem, p. 156) "a classificação decorre de uma outra, contida no art. 62, entre serviços de interesse coletivo (que são públicos) e de interesse restrito (que são privados)".

tência privativa para explorar, diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão:

- a. os serviços de telecomunicações;
- b. os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;
- c. os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- d. a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;
- e. os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou território;
- f. os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- g. os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Vale aludir ao fato que quando se está diante de uma autorização, terá o operador que buscar a opção legislativa para aquele caso concreto, uma vez que podem existir autorizações de serviço público discricionárias e vinculadas, como forma, respectivamente, de prestação do serviço em regime de Direito Público e em regime de Direito Privado.

Ora, então, quando se estiver diante de serviço público prestado em regime privado, será necessária uma prévia autorização, que terá sua eficácia condicionada à publicação oficial e será expedida pelo órgão regulador do setor sendo sempre onerosa, uma vez que para obter a mesma será sempre preciso pagar uma taxa única, paga somente na obtenção da autorização, cujos valores são definidos por decreto do Presidente da República Federativa do Brasil.

Para fins da expedição de autorização, à semelhança da concessão, o órgão regulador estabelecerá as áreas ou regiões de abrangência de cada categoria de autorização, divididas por modalidades de serviços públicos, e disporá sobre a possibilidade de um operador atuar em mais de uma delas. Além disso, parece totalmente viável que as áreas ou regiões de abrangência das autorizações poderão coincidir ou não com as regiões ou áreas de outorga de permissões ou concessões para exploração dos serviços no regime público.

A autorização vinculada não tem prazo de vigência e será extinta, somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação, mediante ato administrativo, precedido de procedimento prévio, em que fica garantido o

contraditório e a ampla defesa. Logo, se alguém prestar o serviço público ou qualquer atividade inerente relacionada ao que determinada norma ditar como necessária de autorização, sem a obtenção prévia dessa autorização aqui mencionada, estará praticando uma atividade clandestina, passível de sanção.

A autorização não é um retrocesso para a livre iniciativa, muito menos fere tal princípio tido no Brasil como fundamental e setorial, afinal, não se pode confundir livre iniciativa com inexistência de regras. Os operadores em regime privado deverão observar um conjunto de regras básicas e obter do órgão regulador a autorização para exploração dos serviços públicos em regime privado.

Fato é que os serviços públicos prestados em regime privado devem ser observados pelo órgão regulador do setor, que poderá impor proibições, restrições e interferências na prestação de serviços, porém sempre com caráter excepcional, com objetivos prioritários de preservação dos interesses e os direitos dos usuários.

Por essa razão, o consentimento para exploração em regime privado não poderá ser negado, daí porque falar-se em autorização vinculada, salvo em pelo menos três hipóteses: a) durante o regime de exclusividade transitória do operador em regime público; b) nos casos de descumprimento de exigência de qualificação fixada na regulamentação; ou c) em situações excepcionais, devidamente motivadas.

Pode, porém, o órgão regulador limitar o número de autorizações para exploração de um serviço em uma dada região, sempre que a preservação do serviço ou as condições de competição assim determinarem. Ocorrendo tal limitação, estes serão escolhidos mediante procedimento licitatório.

O operador em regime privado será livre para fixar seus preços e caberá a ele somente manter o órgão regulador informado dos valores praticados, sem ser necessária qualquer decisão de consentimento. O operador deverá explorar, por sua conta e risco, os serviços autorizados, sem direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das suas atividades.

Ou seja, em tais autorizações vinculadas, tem-se um serviço envolvendo atividade econômica, disciplinada pelas regras de Direito Privado, envolvendo interesses públicos, tendo como ênfase a defesa da concorrência e a busca da eficiência. Desse modo, percebe-se que os serviços públicos prestados em regime privado são atividades caracterizadas constitucionalmente como serviços públicos, mas disciplinados infraconstitucionalmente como atividade econômica em sentido estrito. Isso e o fato de tais serviços serem delegados mediante autorização não descaracterizam o caráter de serviço público. Aduza-se que, apesar

de tais serviços serem prestados sob um regime de Direito Privado, as regras e princípios são interpretados em cotejo com os de Direito Público, principalmente no que diz respeito à prestação de serviço eficiente.

Consistem, portanto, numa reordenação de partilha de competências, tendo em vista o princípio da subsidiariedade, entre a sociedade e o Estado, em prol da livre concorrência, caracterizada pela livre circulação de bens e serviços²⁶³, sempre que o serviço público comportar uma exploração econômica.

Percebe-se que não importa, aqui, se o prestador do serviço é público ou privado. Entende-se, por adotar a corrente essencialista-legalista que os chamados serviços públicos privativos prestados em regime privados não podem ser serviços públicos, pelo simples fato deles não serem essenciais. O regime jurídico conferido a tais atividades é aquele inerente as atividades privadas. Sendo assim, considera-se tais atividades como atividades econômicas de interesse público que pela utilidade que possuem dependem de um título habilitante, no caso a autorização vinculada mencionada.

2.3.1.1.1 Estudo de setor: telecomunicação

O setor de telecomunicações brasileiro teve como primeiro grande marco legislativo na sua história a Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962²⁶⁴. A partir de então, ficou estabelecido o arcabouço básico da legislação brasileira em matéria

263 De acordo com o *Tribunal Constitucional espanhol*, entre as condições básicas para o exercício da livre iniciativa, ou para eles, liberdade de empresa, está na garantia da livre circulação de bens em todo o território nacional. Partindo dessa premissa, afirma o TC que uma Comunidade Autônoma pode regular a fabricação e homologação dos materiais e instrumentos destinados ao jogo, vez que está dentro de sua competência. Para o TC, a necessidade de absoluta uniformidade das características legalmente exigíveis a todos os produtos industriais, em todo o território nacional, significaria uma restrição excessiva da legítima ação autônoma. Daí porque entende que tal regulação não excede a competência da Comunidade Autônoma, no caso a da Catalunha, desestimando qualquer inconstitucionalidade (ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 52/1988. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 24/3/1988. Publicación BOE: 19880413 [«BOE» núm. 89]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero y López. Ponente: don Carlos de la Vega Benayas. Número registro: 480/1984. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad)

264 Até então, poucas eram as normas jurídicas sobre o setor, apenas decretos que autorizavam determinadas pessoas físicas a organizarem empresas de telecomunicação, e bases para a concessão de linhas telefônicas. Para maiores informações sobre a história das telecomunicações vide: <<http://www.crasema.com.br/html/historia/tele.htm>> e SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

de comunicação, que vigoraria no país até a reforma dos anos 90. Essa norma instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, que confirmou a criação do Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL)²⁶⁵ com as atribuições de coordenar, supervisionar e regulamentar o setor de telecomunicações, tendo o Departamento Nacional de Telecomunicações (DENTEL) como sua secretaria-executiva; autorizou o poder executivo a constituir uma empresa para explorar industrialmente os serviços de telecomunicações postos sob o regime de exploração da União, dando-se assim a criação da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (EMBRATEL), com a finalidade de implementar o sistema de comunicações em longa distância, ligando, entre si as capitais e as principais cidades do país; e criou o Fundo Nacional de Telecomunicações (FNT)²⁶⁶, destinado a financiar as atividades da Embratel²⁶⁷.

As medidas decorrentes do Código levaram a uma melhoria significativa nos serviços interurbanos e internacionais, mas o mesmo não ocorreu nos serviços locais. Isso fez com que, em 24 de setembro de 1971, por meio da Portaria Ministerial n.º 420, o governo propusesse a criação de uma entidade pública destinada a planejar e coordenar as telecomunicações de interesse nacional, a obter os recursos financeiros necessários à implantação de sistemas e serviços de telecomunicações e a controlar a aplicação dos recursos mediante participação acionária nas empresas encarregadas da operação

265 O CONTEL já havia sido criado em 1961, pelo Decreto 50.666, de 30 de maio.

266 O Decreto 53.352, de 26 de dezembro de 1963, aprovou o regulamento do fundo nacional de telecomunicações.

267 O Decreto 52.026, de 20 de maio de 1963, aprovou o regulamento geral para a execução da Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962. Os instrumentos criados pelo código foram, aos poucos, fazendo sentir seus efeitos. O CONTEL passou a exercer sua missão de orientação da política e de fixação de diretrizes para o setor de telecomunicações; com a submissão ao seu crivo dos planos de expansão dos serviços, ele passou também a coordenar essas expansões. A EMBRATEL, constituída em 16 de setembro de 1965, lançou-se, com o apoio do Fundo Nacional de Telecomunicações, à imensa tarefa de interligar todas as capitais e as principais cidades do país. Entre 1969 e 1973, a EMBRATEL assumiu a exploração dos serviços internacionais à medida que expiravam os prazos de concessão das empresas estrangeiras que os operavam. Ressalta-se que, em 25 de fevereiro de 1967, por meio do Decreto-lei n.º 200, foi criado o Ministério das Comunicações, ao qual, desde logo, foram vinculados o CONTEL, o DENTEL e a EMBRATEL. O Ministério das Comunicações assumiu então todas as competências do CONTEL.

desses sistemas e serviços. Nascia, então, a Telecomunicações Brasileiras S.A. (TELEBRÁS)²⁶⁸.

Apesar dos esforços da TELEBRÁS, a demanda pelo serviço cresceu bem mais do que a capacidade de seu atendimento. A universalização dos serviços era praticamente nula e a concorrência não existia, resultado do monopólio, é claro. Os serviços prestados, assim, foram aos poucos se deteriorando, os investimentos se esgotando, então, a ineficiência passou a estar constantemente atrelada a tais serviços. Concernentemente aos serviços audiovisuais, onde a hegemonia das empresas era privada, tinha-se um modelo centralizador e concentracionista que, ao mesmo tempo em que protegia os capitais dos grandes investidores, limitava a manifestação das expressões locais e o desenvolvimento de um panorama audiovisual diversificado. A inexistência de regras antimonopolistas ou de qualquer limite a abuso de poder econômico evidenciava um suposto liberalismo no modelo que, na verdade, nunca existiu. Provavelmente, o único setor das telecomunicações que se desenvolveu de maneira eficiente foi o rádio²⁶⁹.

268 A TELEBRÁS, instituída pela Lei n.º 5.792, de 11 de julho de 1972, tendo sua constituição sido autorizada pelo Decreto Presidencial n.º 70.914, de 2 de agosto de 1972, concretizada com a realização da Assembleia Geral da Constituição, aprovada pela Portaria n.º 481, de 9 de novembro de 1972, do Ministério das Comunicações, tinha como finalidades precípuas (entre outras) planejar os serviços públicos de telecomunicações, em conformidade com as diretrizes governamentais, e gerir a participação acionária do Governo Federal nas empresas de serviços públicos de telecomunicações. O sistema TELEBRÁS, até 1997, foi composto por uma empresa “holding”, a TELEBRÁS; por uma empresa “carrier” de longa distância de âmbito nacional e internacional, que explora também serviços de comunicações de dados e de telex, a EMBRATEL; por 27 empresas de âmbito estadual ou local; e por quatro empresas independentes, sendo três estatais (a CRT, controlada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul; a Sercomtel, pela Prefeitura de Londrina; e a CETERP, pela Prefeitura de Ribeirão Preto) e uma privada (a Cia. de Telecomunicações do Brasil Central, sediada em Uberlândia e que atua no Triângulo Mineiro, no nordeste de S. Paulo, no sul de Goiás e no sudeste do Mato Grosso do Sul).

269 Inclusive foi o único setor que, após a criação da TELEBRÁS, teve fundada uma empresa pública, a Empresa Brasileira de Radiodifusão S.A. (Radiobrás), fundada em 16 de junho de 1976.

Diante desse quadro, acrescido ao surgimento de novas tecnologias que marcaram a evolução rápida e dinâmica do setor (Internet, “pagers”, telefonia celular e mesmo as novas implantações da telefonia fixa), ficou evidente que o mesmo necessitava de profunda mudança, partindo do pressuposto que era um dos setores, se não o maior, que poderia atrair investimentos estrangeiros, tendo em vista ser altamente lucrativo para os investimentos privados. Além do mais, a informação tornou-se fundamental para o desenvolvimento econômico e social de qualquer sociedade²⁷⁰, devendo superar todo o atraso causado, como condição para retomar o desenvolvimento nacional²⁷¹.

270 Vide o conceito de sociedade da informação em: POLIZELLI, Demerval e OZAKI, Adalton. Sociedade da Informação: Desafios da Era da Colaboração e da Gestão do Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2007.

271 A atividade “telecomunicações” é de grande importância socioeconômica, pois, além de ser considerada como um serviço essencial e estratégico, as telecomunicações se mostram como atividade-meio para outros setores da economia nacional; ademais, sua prestação na atualidade é de fato uma necessidade pública, tendo-se simultaneamente um interesse público de universalizar o serviço e um privado de conquistar o mercado para gerar fonte de renda capaz de lhes garantir lucratividade; também tem importância, pois é um setor sujeito a constantes inovações tecnológicas e ao alto grau de obsolescência (depreciação acelerada dos equipamentos e sistemas de transmissão), o que necessita uma constante presença do Estado e uma política de investimentos fortemente encorajada por parte deste, afinal, o setor é caracterizado pelos altos custos na prestação e na manutenção dos serviços. Segundo Marco M. Fernando Pablo (PABLO, Marco M. Fernando. Derecho general de las telecomunicaciones. Madrid: Colex, 1998, p. 25): “A revolução das telecomunicações se assenta, no plano técnico, na convergência entre microeletrônica, informática e tecnologia das telecomunicações, enquanto no plano político se toma em consideração a globalidade do fenômeno e a necessidade de novas infra-estruturas nacionais, apoiadas na livre iniciativa privada. A conjunção desses fatores levará ao resultado jurídico da liberalização das telecomunicações”.

Desse modo, seguindo modelo implantado pela União Europeia em matéria de telecomunicações²⁷², iniciada na década de 1980²⁷³ e que, na atualidade,

272 A União Europeia prefere usar a terminologia comunicações eletrônicas, que é mais restrita que o termo telecomunicações. Em efeito, as diretivas europeias, ao regularem as comunicações eletrônicas, referem-se a âmbitos concretos das telecomunicações, como seriam, entre outros, a habilitação para atuar como operador nesse setor, os direitos e obrigações dos operadores, as obrigações em matéria de interconexão e acesso, a necessidade de garantir uma prestação mínima sobre a epígrafe do serviço universal e dos direitos dos usuários. No entanto, como pode facilmente advertir-se, as diretivas não abordam certos temas que se encontram dentro do regime das telecomunicações, como poderiam ser os requisitos para a elevação da conformidade e posta no mercado dos aparatos de telecomunicações. Seguindo o modelo europeu, Portugal, por meio do Decreto-lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro, diploma que efetuou a transposição para o ordenamento jurídico nacional da Diretiva 2000/31/CE, veio cometer à Autoridade Nacional de Comunicações – ANACOM (anterior Instituto de Comunicação de Portugal – ICP, que tinha sido criado pelo Decreto-lei n.º 188/81, de 27 de julho, e que foi alterado pelo Decreto-lei n.º 309/2001, de 07 de dezembro), um papel de relevo enquanto entidade de supervisão central no seu âmbito, função que cumula com a de entidade de supervisão setorial no domínio das comunicações eletrônicas e dos serviços postais. A ANACOM assumiu, então, o estatuto de pessoa coletiva de Direito Público, dotada de autonomia administrativa e financeira, bem como de património próprio, e viu serem reforçados os seus poderes e procedimentos de autoridade. Atualmente, a ANACOM corresponde ao modelo de autoridade administrativa independente, financeira e funcionalmente separada do governo, com um universo vasto de competências e atribuições, definidas nos seus estatutos, na Lei das Comunicações Eletrônicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro), na Lei de Bases dos Serviços Postais (Lei n.º 102/99, de 26 de julho) e em outra legislação complementar (vide: MARQUES, Rui Cunha. Regulação de serviços públicos. Lisboa: Sílabo, 2005).

273 O ponto de partida da política comunitária de telecomunicação é o Livro Verde de 1987 (Comunicação da Comissão de 20 de junho de 1987, COM (87) 290 final, Livro Verde sobre o desenvolvimento do Mercado Comum dos serviços e equipamentos de telecomunicação). Esse documento realizou uma análise do setor, definindo os problemas, e abriu uma consulta pública sobre a possibilidade de introduzir reformas necessárias para criação de um mercado competitivo. Em função dos resultados de dita consulta, a Comissão optou pela liberalização parcial do setor (Comunicação da Comissão, de 09 de fevereiro de 1988, COM (88) 48 final). Com o fim de fazer efetiva a desmonopolização do setor, diversas medidas de acompanhamento foram definidas, tais como a separação entre as atividades de regulação e gestão e a aprovação de um pacote de normas que se assegura a abertura da rede do monopolista aos novos operadores. Em 16 de maio de 1988, a Comissão aprovou a Diretiva 88/301/CEE (DOCE L 131/73, de 27 de maio de 1988), de liberalização dos mercados de terminais de telecomunicações, que declarou incompatível com o TCE (atual TFUE) a concessão ou a manutenção de direitos especiais ou exclusivos na matéria. Tal diretiva provocou numerosas críticas de diversos Estados-membros, que culminaram na feitura de outra diretiva liberalizadora, mas também de harmonização, a Diretiva 90/388/CEE, de 28 de junho de 1990 (DOCE L 192/10, de 24 de julho de 1990), que declarou incompatível com o TCE (atual TFUE) os direitos exclusivos e especiais relativos à prestação de serviços de telecomunicação de valor adicionado, ficando excluídos os serviços telefônicos, telegráficos, de comunicações móveis e de comunicações via satélite. Apesar de ser uma diretiva harmonizadora, ela também foi criticada e recorrida por diversos Estados perante o Tribunal de Justiça. A primeira sentença do TJCE foi a favor da Comissão (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça

concretiza-se em um novo pacote regulatório, cujos princípios partem do êxito dos instrumentos prévios para manter as regras setoriais imprescindíveis para

das Comunidades Europeias. 61988J0202. Acórdão de 19 de Março de 1991. Processo C-202/88. República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 1991 página I-01223). Dita, resumidamente, tal sentença que são incompatíveis com o art. 28 do TCE (atual art. 26 do TFUE) os monopólios sobre os terminais de telecomunicações. Tal decisão foi confirmada pelas sentenças do TJCE, assuntos 271, 281 e 289/90. Assim termina a primeira fase (desmonopolização parcial) da liberalização do setor das telecomunicações na UE. A segunda fase (plena desmonopolização) inicia-se depois da revisão do setor, realizada em 1992 (ordem direta das Diretivas 90/388/CEE e Diretiva 90/387/CEE). Fruto de dita revisão, foi aprovado um documento (SEC (92) 1048 final, de 21 de outubro de 1992) que observou a existência de “*bottlenecks*” no setor, propondo-se a eliminação desses 4 opções de atuação, desde a manutenção do *status quo* até a completa liberalização. O resultado levou a propositura de um calendário de liberalização total do setor (COM (93) 159 final, de 18 de abril de 1993), que previa a plena desmonopolização até 01 de janeiro de 1998 (vide também Resolução do Conselho de 22 de julho de 1993 (DOCE C 213/01, de 05 de agosto de 1993). Surgiram, então, mais um Livro Verde publicado em duas partes (COM (94) 440 final, de 25 de outubro de 1994 e COM (94) 682 final, de 25 de janeiro de 1995), uma nova Diretiva 95/51/CE, de 18 de outubro de 1995 (DOCE L 256/49, de 26 de outubro de 1995, que reformulou a Diretiva 90/388/CEE) e a Diretiva 96/19/CE, de 13 de março de 1996 (DOCE L 74/13, de 22 de março de 1996, que reformulou de novo a Diretiva 90/388/CEE). Finaliza assim a desmonopolização do setor em nível comunitário. Por fim, a liberalização do setor não poderia dar-se por concluída com a mera eliminação dos direitos exclusivos e especiais, daí porque se inicia uma terceira e atual fase (fase da competência efetiva). Em novembro de 1999, a comissão lançou a denominada “*Revisão de 1999*”, em forma de documento de consulta pública (COM (1999) 539). Em dito documento, a comissão avançou algumas propostas e, depois de submetê-las ao debate público, adotou uma nova comunicação (COM (2000) 239, de 26 de abril de 2000), resumindo as opiniões recebidas e algumas propostas de modificação das diretivas vigentes. As propostas da comissão adotaram a forma de cinco propostas de diretivas em julho de 2000, que foram publicadas em abril e julho de 2002, são elas: Diretiva Marco (Diretiva 2002/21/CE, de 07 de março de 2002, relativa a um marco regulador comum das redes e dos serviços de comunicação eletrônicas, DOCE L 108/33, de 24 de abril de 2002); Diretiva de Autorização (Diretiva 2002/20/CE, de 07 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicação eletrônicas, DOCE L 108/21, de 24 de abril de 2002); Diretiva de Acesso (Diretiva 2002/19/CE, de 07 de março de 2002, relativa ao acesso às redes de comunicação eletrônicas e recursos associados, e sua interconexão, DOCE L 108/7, de 24 de abril de 2002); Diretiva de Serviços Universais (Diretiva 2002/22/CE, de 07 de março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos usuários em relação com as redes e os serviços de comunicação eletrônicas, DOCE L 108/51, de 24 de abril de 2002); e a Diretiva de Privacidade (Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento dos dados pessoais e à proteção da intimidade no setor das comunicação eletrônicas, DOCE L 201/37, de 31 de julho de 2002). Finalmente, a comissão adotou a Diretiva de Competência (Diretiva 2002/77/CE, de 16 de setembro de 2002, relativa à competência nos mercados de redes e dos serviços de comunicação eletrônica, DOCE L 249/21, de 17 de setembro de 2002). Sobre as três fases da evolução do setor de telecomunicações na UE, vide: PASCUAL, Juan José Monteiro. *Derecho de las telecomunicaciones*. Valencia: tirant lo Blanch, 2007, p. 54-83. Sobre o atual marco normativo, vide: PÉREZ MARTÍNEZ, J. *Nuevo diseño europeo de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet*. Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, 2002.

fazer efetiva a competição no setor, o Brasil liberalizou o setor ao promulgar a Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995, que alterou o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII, do art. 21 da Constituição brasileira, flexibilizando o antigo monopólio do setor, que antes só poderia ser explorado pela União, diretamente ou por meio de concessões a empresas sob controle acionário estatal²⁷⁴.

Objetivou, portanto, introduzir o regime de competição na prestação dos serviços de telecomunicação, visando, em última análise, ao benefício do usuário e ao aumento da produtividade da economia brasileira. Desejava-se que o serviço fosse ofertado a toda sociedade de forma uniforme e universal, em toda extensão do território nacional e a preços satisfatórios. Os objetivos da reforma, portanto, poderiam ser vistos como a consolidação de dois princípios essenciais: a introdução da competição na exploração dos serviços e a universalização do acesso aos serviços básicos.

Para tanto, foi necessário que o arcabouço regulatório de telecomunicações evoluísse. Sob tal motivação, aprovaram-se algumas normas básicas pelas quais o Estado deixava a função de provedor para passar a exercer a de regulador dos serviços e indutor das forças de mercado²⁷⁵.

274 Com a Reforma Estrutural do Setor de Telecomunicações, foram definidas as linhas básicas da constituição de um novo modelo institucional. Paralelamente, foi instituído um amplo programa de objetivos para o setor, denominado Programa de Recuperação e Expansão dos Sistemas de Telecomunicações e Postal (PASTE), compreendendo o período de 1995 a 2003.

275 Dentro do arcabouço legal existente no Brasil, tem-se:

A CRFB que traz várias menções diretas sobre o setor de telecomunicações (art. 17, § 3.º, art. 21, XI, XII, a) e XVI, art. 22, IV, art. 48, XII, art. 49, XII, art. 139, III, art. 155, § 2.º, X, d) e § 3º, art. 220, art. 221, art. 222, art. 223 e art. 224);

A Lei n.º 9.295, de 19 de julho de 1996 (também chamada de “Lei Mínima” ou “Lei Específica”), que regulamentou a abertura dos Serviços Móvel Celular (SMC), via satélite, limitados e de valor adicionado (*paging*/redes privadas de comunicação de dados), definindo cada serviço. Tal lei foi complementada pelo Decreto n.º 2.056, de 4 de novembro de 1996, que regulamentou o serviço móvel celular, e pela Portaria n.º 1.533, de mesma data, que aprovou a Norma Geral de Telecomunicações, apresentando as regras gerais para a exploração desse serviço;

A Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997 (também chamada de “Lei Orgânica” ou “Lei Geral de Telecomunicações - LGT”), que revogou o Código Brasileiro de Telecomunicações e abriu à competição os demais serviços (além dos SMC), estabeleceu diretrizes para a desestatização do Sistema TELEBRÁS, criou um órgão regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), determinou que a concessão, permissão ou autorização dos serviços de telecomunicações e de uso de frequência para qualquer serviço será sempre onerosa e destinada ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL);

O Decreto n.º 2.534, de 2 de abril de 1998 (Plano Geral de Outorgas), que está voltado exclusivamente para a telefonia fixa, definindo o serviço telefônico fixo comutado, dividindo o país em quatro regiões, com a fixação do número de operadoras em cada uma delas (na realidade, as regiões foram

A necessidade de saber se determinada atividade constitui ou não serviço público é de fundamental importância para determinar-se a disciplina jurídica a ela aplicável. Deseja-se, ao analisar o setor das telecomunicações, verificar se a atuação do Estado na ordem econômica assume a forma de serviço público, seja ele inerente ou por opção político-normativa – ou se trata-se do desempenho de uma atividade econômica em sentido estrito.

De acordo com a CRFB (art. 21, XI), a Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, e a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997²⁷⁶, compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos poderes executivo e legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicação, incluindo o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicação, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequência²⁷⁷.

subdivididas em setores, e correspondem às mesmas áreas de concessão das operadoras existentes anteriormente – na verdade, ocorreu uma liberalização gradativa, já que o decreto afirma que, após 31 de dezembro de 2001, não haverá limites ao número de prestadores do serviço fixo comutado), abertura da licitação para expedição de autorizações nas quatro regiões, imediatamente após as privatizações do Sistema TELEBRÁS;

O Decreto n.º 2.592, de 15 de maio de 1998 (Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Fixo Comutado Prestado no Regime Público), que visa, principalmente, à garantia de acesso ao serviço de telecomunicações, sem discriminações, e à permissão da utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público, e estabelece exigência no sentido de que o atendimento seja a preços acessíveis, com prazos de atendimento menores e estendidos aos serviços de longa distância, criando para tanto critérios diferenciados conforme a localização. Também determina que as metas estipuladas podem ser revistas pela ANATEL, em virtude dos avanços tecnológicos e em face do crescimento das necessidades pelos serviços, observando o disposto nos contratos de concessão;

E, também, outras leis como a Lei da TV a Cabo (Lei n.º 8.977/95 e Portaria MC n.º 199, de 13.04.1995, do Ministério das Comunicações); as Leis de Comunicações via Satélite (Lei n.º 8.854/94 e Portarias MC n.º 230, de 1º.10.1991, n.º 293, de 14.11.1991, e n.º 281, de 28.11.1995, todas do Ministério das Comunicações); entre outras.

276 Tais Leis trazem à tona uma série de definições para que não haja dúvida quanto aos setores regulados pela ANATEL, tais como serviço de telecomunicações, que poderão ou não ter um valor adicionado; estação de telecomunicações; forma de telecomunicação; redes de telecomunicações; entre outros.

277 Com relação ao espectro de radiofrequências para funcionamento de Rádio Comunitária, o judiciário já teve oportunidade de afirmar que é atribuição da ANATEL administrá-lo, editar atos de outorga e extinção do direito de uso de órbitas, expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções (art. 19 da Lei nº 9.472/97). Em suma, não é possível o funcionamento de emissora de rádio sem a autorização, permissão, ou concessão do poder público (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 199901000278387, Processo: 199901000278387 UF: MA Órgão Julgador:

Estabeleceu-se como premissa do modelo institucional das telecomunicações brasileiras o direito dos usuários aos serviços. Motivo pelo qual um dos objetivos básicos da regulação promovida pelo Estado deve ser a garantia do direito de toda a população de acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis e em condições adequadas²⁷⁸. Esse objetivo básico atualmente é disciplinado pelo conceito de universalização dos serviços, que decorre, basicamente, do princípio constitucional da isonomia e da dignidade da pessoa humana²⁷⁹.

Com a meta de atingir esse objetivo, ditam as legislações (em especial, arts. 5º e 6º da Lei nº 9.472/97) do setor que os serviços de telecomunicação devem ser regidos pela livre, ampla e justa competição, cumprindo ao poder público impedir a monopolização do mercado e reprimir as infrações à ordem econômica na busca do pleno acesso aos serviços que sejam de interesse coletivo²⁸⁰.

PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 6/3/2001 Documento: TRF100108923, Fonte: DJ DATA: 2/4/2001 PAGINA: 119, Relator Des. Juiz Aloisio Palmeira Lima, Data Publicação: 02/04/2001).

- 278 Outros objetivos também foram traçados pela legislação: estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira; adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários; fortalecer o papel regulador do Estado; criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial em ambiente competitivo; criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do país.
- 279 O art. 3º da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, relaciona esses direitos básicos dos usuários: o acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional; à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço; à não-discriminação quanto às condições de acesso e fruição do serviço; à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços; à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas; à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso; à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais; ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço; ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço; de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço; de petição contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor; à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.
- O usuário, porém, não tem apenas direitos, possui, como pessoa, deveres, também. São eles: utilizar adequadamente os serviços, equipamentos e redes de telecomunicações; respeitar os bens públicos e aqueles voltados à utilização do público em geral; comunicar às autoridades irregularidades ocorridas e atos ilícitos cometidos por prestadora de serviço de telecomunicações.
- 280 As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações quando não conflitarem com o disposto da Lei nº 9.472/97. Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas

Observa-se que a Constituição brasileira não deixa transparecer a natureza jurídica do serviço de telecomunicação, apesar de levar a crer, no art. 21, inciso XI, que se trata de um serviço público, pois a Constituição deixou expressa a possibilidade de a União Federal prestá-lo diretamente ou mediante delegação de seu exercício aos particulares, em regime de concessão, permissão ou autorização²⁸¹.

ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica, regulados, portanto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Para Lucas de Souza Lehfeld (LEHFELD, Lucas de Souza. ANATEL e as novas tendências na regulação das telecomunicações no Brasil. In: MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 89-90), a Lei Geral de Telecomunicações procurou traçar diversas salvaguardas para evitar a prática de ações anticompetitivas por parte das empresas prestadoras de telecomunicações. Dentre elas, a principal foi permitir a aplicação complementar da Lei de Defesa da Concorrência, trazendo ao setor a atuação do CADE que o será submetida à apreciação por meio da ANATEL.

Para garantir o acima disposto, a Lei nº 9.472/97 tipificou como crime a prática de infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

281 Gaspar Vianna (VIANNA, Gaspar. Os Serviços de Telecomunicações na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. v. 27, n. 107, p. 19-42, jul.-set., 1990) comenta: “*que as quase três dezenas de modalidades de serviços (de telecomunicações) possuem características próprias que as individualizam e recomendam tratamento jurídico diferenciado*”.

Reconhece, assim, quatro níveis de serviços, os autorizados, os permitidos, os concedidos e os indelegáveis, conforme o menor ou mais intenso interesse público.

Entre os autorizados, onde o interesse público é diminuto, cita o autor os seguintes: “*Serviços de segurança (pública, ao transporte e ao patrimônio), de telessupervisão, radiocontrole e radiocomando, de radioamador, de rádio do cidadão, de radiotáxi e de todos os serviços nos quais uma determinada Faixa de frequência é utilizada, de forma exclusiva ou compartilhada, para uso próprio (isto é, de uma mesma pessoa natural ou de entidades sem características comerciais ou sem intuito lucrativo, como sindicatos, associações e cooperativas)*”.

Nos serviços permitidos, vislumbra o autor que o interesse público era apenas relativo, parcial, pois nenhum dos serviços deste grupo tinha característica de universalidade, mediante o pagamento de tarifas, fixadas pelo poder público. Daí concluir que essa era a forma de delegação para a exploração de serviços de “*radiochamada, música funcional, múltiplos destinos e quaisquer outras onde não haja correspondência (troca de informações), porque destinados à transmissão (unilateral, portanto) de informações de uma estação central (distribuidora) para estações determinadas (receptoras)*”.

No nível dos serviços concedidos, de grande importância, “*estão situados os meios de comunicação social ou de massa que utilizem processos eletromagnéticos: a radiodifusão sonora e a de sons e imagens-televisão*”.

Finalmente, identificou os serviços indelegáveis, nos quais o interesse público é absoluto: “*São todos os serviços prestados através de um conjunto operacional e contínuo e tecnicamente compatível, composto por circuitos, estações e demais equipamentos capazes de propiciar a qualquer pessoa o intercâmbio de informações de diferentes interesses e procedências: a rede pública*”.

Pode-se inferir, assim, que serviços de telecomunicação, em princípio, constituem serviço público privativo, sendo dever da União assegurar sua prestação, diretamente ou mediante outorga a terceiros. Todavia, parece mais razoável fazer uma análise mais profunda.

Dessa forma, caso se adotasse a corrente constitucionalista, os serviços de telecomunicação seriam serviço público, pois são instituídos por uma opção político-constitucional, ou seja, são previsto constitucionalmente assim. Ocorre que a atividade poderia ser dividida em segmentos, em que alguns desses segmentos poderiam ser considerados atividades econômicas em sentido estrito. Assim sendo, a divisão em segmentos de determinada atividade econômica enfraquece a corrente constitucionalista, pois, normalmente, por tratar da atividade apenas em seu âmbito genérico, transparece ser, no caso da atividade de telecomunicação, um serviço público.

No entanto, não se pode deixar de mencionar que a União, por lei (conforme art. 22, IV da CRFB), poderia distinguir ou permitir que, por normas inferiores, fossem relacionadas, dentre as possíveis operações tecnicamente qualificáveis como telecomunicações, as que são qualificadas como serviço público e as que não são.

Foi a opção realizada pelo legislador ordinário ao editar a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97), que prevê os serviços por ela regulados como serviço público que pode ser prestado exclusivamente no regime de Direito Privado ou concomitantemente nos regimes público e privado (art. 65)²⁸².

O Brasil diferenciou os regimes jurídicos dos serviços públicos privativos em: público e privado. Entretanto, não conseguiu afastar-se da velha terminologia “*serviço público*”, muito arraigada no país²⁸³. Assim, pelo menos, entende boa

282 Esse setor é considerado como o marco regulatório em matéria de regime privado e de autorização de serviço público, que, como observado, é a tradução brasileira do serviço de interesse econômico geral da União Europeia. No bloco europeu, os serviços de telecomunicações, por serem considerados como tais, levam os poderes públicos a não deixarem de atenderem à sua garantia, sobre estandartes básicos e em condições taxadas de qualidade e preço, a todos os cidadãos. Assim o é, porque além de serem serviços econômicos, o que implica serem prestados sobre um regime de livre competição, também são de interesse geral, uma vez que são essenciais aos cidadãos, ao menos em um nível de prestação básico.

283 Na Europa, a liberalização dos diversos setores, incluindo o das telecomunicações, supôs o abandono da qualificação de serviço público, fundada na titularidade pública da atividade, mas não se abandonou o caráter de atividade econômica regulada para salvaguardar um interesse público, que a sujeita a determinadas exigências de serviço público (universalidade e continuidade, por exemplo). Santiago Muñoz Machado (MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio público y mercado*. Madrid:

parte da doutrina. Entende-se, no entanto, que não se pode configurar o regime privado como serviços públicos, pelo fato dele não ser essencial. Quando diante de atividades não essenciais no setor de telecomunicações, estar-se-á diante de uma atividade econômica de interesse público, e por tal motivo, poder-se-á impor certas obrigações de serviço público.

O serviço de telecomunicações em regime público é prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a seus prestadores, de obrigação de generalidade, continuidade e modicidade das tarifas (art. 79). Por sua vez, os serviços de telecomunicações em regime privado são os prestados mediante prévia autorização²⁸⁴ (art. 131) da ANATEL, não havendo limites ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo (art. 136)²⁸⁵.

Civitas, 1998, T. I, p. 40) afirma: “Europa no abomina del servicio público, sino que simplemente quiere ajustarlo a un entorno de competencia. Todo ello será un nuevo reto para el servicio público, pero no supondrá su liquidación”.

284 Vale mencionar que, mesmo no âmbito do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117, de 27/8/1962), já se permitia, de acordo com o art. 33, a participação da iniciativa privada por meio de concessões, permissões ou autorizações. Tal dispositivo definia que os “os serviços de telecomunicações, não executados diretamente pela União, poderão ser explorados por concessão, autorização ou permissão, observadas as disposições da presente lei”. Na época, Gaspar Vianna (VIANNA, Gaspar. Os Serviços de Telecomunicações na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. v. 27, n. 107, p. 19-42, jul-set., 1990) individuava que o setor das telecomunicações possuía quatro níveis de serviços: os autorizados, os permitidos, os concedidos e os indelegáveis, conforme o menor ou mais intenso interesse público. Quanto aos autorizados, citava o autor os seguintes serviços: “Serviços de segurança (pública, ao transporte e ao patrimônio), de telessupervisão, radiocontrol e radiocomando, de radioamador, de rádio do cidadão, de radiotáxi e de todos os serviços nos quais uma determinada Faixa de frequência é utilizada, de forma exclusiva ou compartilhada, para uso próprio (isto é, de uma mesma pessoa natural ou de entidades sem características comerciais ou sem intuito lucrativo, como sindicatos, associações e cooperativas)”.

285 Dinorá Adelaide Musetti Grotti (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 67 e 68) relata que o tratamento dado à autorização de serviço público de telecomunicações, “inovou na matéria e rompeu com os conceitos tradicionais do Direito Administrativo Brasileiro e o sistema constitucional”. Deixa a autora muito claro que a LGT vai contra a concepção tradicional de serviços públicos, tido como de prestação total ou parcial de Direito Público, para contemplar a possibilidade de certas atividades serem submetidas ao regime de Direito Privado. Dita, ainda, que essa nova postura muda substancialmente a relação da prestadora com o poder público, principalmente nos seguintes aspectos: “não há contrato com o Poder Público, mas sim estabelecimento de uma relação jurídica não contratual advinda de uma autorização; não há dever de continuidade na prestação dos serviços; não há deveres de universalização dos serviços; não há direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado; os preços

Não serão tais serviços considerados serviços públicos. Isto porque eles são baseados nos princípios constitucionais da atividade econômica (art. 126) objetivando viabilizar a ordem econômica e os direitos dos consumidores (art. 127), intervindo o mínimo possível na vida privada (art. 128)²⁸⁶. Logo os preços serão livres, inexistindo controle estatal a respeito (art. 129) e não estarão sujeitos a termo final (art. 138).

Paradigma de tais mudanças, o setor das telecomunicações, proporcionou aos consumidores/usuários um avanço surpreendente após a sua adoção e implementação, e isso porque tanto os serviços de telecomunicações qualificados como serviço público privativo (prestado em regime público) ou as atividades econômicas de interesse público (prestado em regime privado) estão sujeitos, com maior ou menor intensidade, à disciplina normativa e regulatória de competência da União, devendo ser por esta: fiscalizados, incentivados e planejados.

Pois bem, por ser partidário da corrente essencialista-legalista, torna-se obrigatório afirmar que a natureza dos serviços de telecomunicações no Brasil é de um serviço público privativo que se essencial poderá ser prestado em regime público ou atividade econômica de interesse público que poderá ser prestada por meio do regime privado com obrigações de serviços públicos. Veja-se:

São serviços públicos privativos prestados em regime público aqueles de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a União comprometa-se a assegurar – nas formas e condições fixadas no plano geral de metas de universalização mencionado no art. 19 da LGT. Vale ressaltar que tais serviços não excluem, em certas condições, sua prestação no regime privado. Já as atividades econômicas de interesse público, prestadas em regime privado, são aquelas de interesse restrito.

são livres. Ademais, na Lei 9472 a autorização é tratada como ato vinculado e, em consequência, sem precariedade, já que esta é incompatível com aquele tipo de ato”.

286 Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 169) comenta: “A atribuição de regime concorrencial a serviços públicos propriamente ditos (ordenatio), abrindo-se a sua prestação à maior quantidade possível de particulares interessados que atendam os requisitos estabelecidos pelo Poder Público, acaba erodindo um dos elementos fundamentais do conceito clássico de serviço público, qual seja, o da titularidade estatal exclusiva. Tal erosão é, no entanto, apenas parcial, uma vez que é o próprio Estado e, portanto, o seu titular, que está abrindo o serviço ao regime concorrencial e, tal como o abriu, pode, por lei e atendido o Princípio da Proporcionalidade, limitar novamente o número de possíveis prestadores (que deixariam de ser autorizatários para serem concessionários ou permissionários) ou até mesmo voltar a prestá-lo diretamente (por sua Administração Direta ou Indireta)”.

Isso posto, estar-se-á diante de uma tripla possibilidade: exclusividade no regime público; exclusividade no regime privado; ou concomitância nos regimes público e privado. Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização sendo exclusivamente públicas. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicação de interesse restrito.

Veda ainda a LGT a exploração direta ou indireta de uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, por uma mesma pessoa jurídica, a não ser em regiões, localidades ou áreas distintas.

Como visto anteriormente, atualmente, é o órgão regulador (ANATEL) quem propõe ao poder executivo a instituição ou exclusão de uma modalidade de serviço de telecomunicações no regime público, com ou sem caráter de exclusividade, ou no regime privado, indicando as regiões, locais ou áreas a serem afetadas pela proposta. Além do que, é a ANATEL quem detém a função de poder concedente, estabelecendo as condições em que se dará a transferência dos serviços à iniciativa privada e as condições da prestação da atividade pela iniciativa privada.

2.3.1.2 Serviço público privativo prestado em regime público

Os serviços públicos quando classificados como essenciais devem obrigatoriamente ser explorados em regime público. Quanto existir tal dicotomia, esses prestadores sujeitam-se, pelo menos, a dois deveres: universalização e continuidade.

Os deveres de universalização são aqueles que objetivam permitir o acesso aos serviços por qualquer pessoa, independente da localização do seu domicílio ou da sua condição pessoal, social ou econômica²⁸⁷. Os deveres de universali-

287 Dinorá Adelaide Musetti Grotti (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55 e 56) entende a universalidade como “*uma manifestação do princípio da igualdade, isto é, a possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender indistintamente a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para instituí-lo quanto daqueles que o executem*”.

zação serão objetos de metas propostas pelo órgão regulador e aprovadas pelo poder executivo que explicitará diversos elementos necessários à delimitação objetiva do serviço, como prazos, indicadores mínimos de qualidade, frequência, abrangência geográfica e outros elementos mais específicos. Em países como o Brasil, o vetor de universalização não é somente para preservar o acesso a serviços que a população já usufrui em localidades que dispõem desses serviços, mas, principalmente, para ampliar o acesso a localidades onde os serviços ainda não são prestados.

Os deveres de continuidade são os que objetivam permitir ao usuário dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas e em condições adequadas de uso, qualidade, segurança e regularidade. Não configura descontinuidade a suspensão ou o atraso isolado ou circunstancial do serviço, ditado por razões de força maior ou por eventos cuja ocorrência não seja de responsabilidade direta ou indireta do operador.

Quando determinado pelo órgão regulador, o operador em regime público deverá prestar, mediante remuneração justa, os serviços de interesse social, recebendo remuneração para tanto, que deverá, no mínimo, cobrir os custos da prestação dos serviços conforme critério a ser definido pelo órgão regulador. A chamada compensação por obrigação de serviço público²⁸⁸ terá como forma de financiamento três espécies de mecanismos: serviços reservados que poderão ser explorados unicamente pelo operador do serviço público prestado em regime público; fundo de financiamento, com o qual contribuiram os operadores em regime privado; ou outorga de subsídios públicos.

Os serviços podem ser delegados por meio de dois títulos habilitantes, que são a concessão e a permissão.

288 Maria Neuenschwander Escosteguy Carneiro (CARNEIRO, Maria Neuenschwander Escosteguy. *Exame da possibilidade jurídica de modificação do “monopólio” postal*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Candido Mendes (Faculdade de Direito). Rio de Janeiro, 2004, p. 74) afirma que: “Quando uma autoridade reguladora nacional, com base no cálculo do custo líquido da obrigação de prestação do serviço universal, entender que esta obrigação está sujeita a um ônus injusto, aquele Estado-Membro deverá decidir introduzir um mecanismo de compensação daquela obrigação para os custos líquidos determinados em condições transparentes de fundos de financiamento público e/ou deverá repartir os custos líquidos da obrigação de serviço universal entre os prestadores de serviços de comunicações eletrônicas. Este mecanismo de repartição deverá respeitar os princípios da transparência e proporcionalidade. Além disso, as cobranças relativas ao custo repartido das obrigações de serviço universal deverão ser segmentadas e identificadas separadamente”.

Os serviços concedidos são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa²⁸⁹, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do poder público concedente. Serviço concedido é serviço do poder público, apenas executado por particular em razão da concessão²⁹⁰. Não há transferência da propriedade, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega-se, apenas, a execução do serviço nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita à regulamentação e fiscalização do poder concedente.

Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente – União, Estado-membro, Município – nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente por seus órgãos, suas autarquias e empresas estatais, desde que o interesse coletivo assim o exija. Nessas condições, perma-

289 A tarifa é a remuneração do serviço prestado em regime público por parte do usuário. Deve ele permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Daí porque se impõe a revisão periódica das tarifas, de modo a adequá-las ao custo operacional e ao preço dos equipamentos necessários à manutenção e expansão do serviço a fim de propiciar a justa remuneração do concessionário, na forma contratada (art. 23, IV da Lei nº 8.987/95). Ressalta-se que parte da doutrina afirma que atividades prestadas em regime de monopólio são compensadas por meio de taxa e não de tarifa. Discorda-se de tal entendimento, parece que nesses casos será necessário saber se há outra forma de satisfazer a necessidade da prestação do serviço. Há uma diferença entre monopólio e serviço de uso obrigatório, e é aqui que se encontra a resposta. Se o serviço for de uso obrigatório, ou seja, se houver compulsoriedade, estar-se-á diante de uma natureza tributária, logo, ter-se-ia que compensar por meio de taxa e não de tarifa, caso contrário, estar-se-ia diante de uma tarifa.

290 A concessão é um dos instrumentos de que o poder público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela transferência de atribuições para o setor privado. Ainda que a concessão se faça por contrato administrativo, portanto, regido pelo Direito Público, e, ainda que o poder público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e fixe a tarifa, a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada, que atuará pelos moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que emperram hoje a atuação da Administração Pública. Vide o conceito de concessão em: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 341; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 75.

Para a Corte Costituzionale italiana: “la concessione, per ciò che riguarda gli aspetti relativi ai controlli sull’attività erogata e sull’organizzazione dell’impresa, “costituisce uno strumento di ordinazione nei confronti di facoltà e di doveri connessi alla garanzia costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di iniziativa economica privata, nonché ai correlativi limiti posti a tutela di beni d’interesse generale” (sentenza n. 112 del 1993). (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 155 de 24 aprile-7 maggio 2002, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 7 de maggio 2002. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 19 del 15 maggio 2002. Pres. RUPERTO - Rel. CAPOTOSTI, Massime: 26962, 26963 e 26964).

nece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retornar o serviço concedido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação. As indenizações, em tal hipótese, serão as previstas no contrato, ou, se omitidas, as que foram apuradas amigável ou judicialmente. A concessão é sempre feita no interesse da coletividade, ficando o concessionário obrigado a prestar o serviço em condições adequadas para o público. Por isso, é importante delimitar e estabelecer como deverão atuar, para que caso não seja prestado o serviço eficientemente, o poder público retome a concessão. A Administração tem o dever de controlar a atuação do concessionário, desde a organização da empresa até sua situação econômica e financeira, seus lucros, o modo e a técnica da execução dos serviços, bem como fixar as tarifas em limites razoáveis e equitativos para a empresa e para os usuários.

A concessão, em regra, deve ser conferida sem exclusividade, para que seja possível sempre a competição entre os interessados, favorecendo, assim, os usuários com serviços melhores e tarifas mais baratas. Apenas quando houver inviabilidade técnica ou econômica de concorrência na prestação do serviço, devidamente justificada, admite-se a concessão com exclusividade (Lei nº 8.987/95, art. 16). A atividade do concessionário é uma atividade privada, e, desse modo, será exercida no tocante à prestação do serviço ou recursos humanos. Somente para fins expressamente consignados em lei ou no contrato é que se equiparam os concessionários a autoridades públicas, sujeitando-se seus atos a mandado de segurança (Lei nº 12.016/09, art. 1º, §1º) e demais ações cabíveis.

Georde Vedel e Pierre Devolvé²⁹¹ realçam um dado que é fundamental para o entendimento de vários aspectos da concessão de serviço público. Observam eles que a concessão de serviço público se constroi sobre duas ideias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão: trata-se, por um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob autoridade da Administração; e, por outro, de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está a sua testa, o máximo de proveito possível.

Desse duplo aspecto da concessão, tem-se uma peculiaridade, qual seja, a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico híbrido. Como em-

291 Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 76.

presa privada, ela atua, em regra, segundo as normas do Direito Privado no que diz respeito à sua organização, estrutura, relações com terceiros (art. 25, §1º da Lei nº 8.987/95) e ao regime de trabalho de seus empregados, submetidos à CLT. Como prestadora de um serviço público, sua relação com a Administração concedente se rege inteiramente pelo Direito Público, visto que a concessão é um contrato tipicamente administrativo. Em matéria de responsabilidade civil por danos causados a terceiros, submete-se à norma do art. 37, §6º, da Constituição. Também seu patrimônio fica submetido a regime jurídico híbrido: como empresa privada, ela dispõe de bens particulares que podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo Direito Privado, como alienação, locação, permuta, penhora, usucapião etc.; como concessionária de serviço público, ela dispõe de uma parcela de bens afetados à prestação do serviço, os quais, por serem indispensáveis à continuidade do serviço público, podem ser considerados coisas *extra commercium* e, portanto, fora do comércio jurídico de Direito Privado; são coisas inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, como os bens públicos pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público.

Ao concessionário são outorgadas algumas prerrogativas próprias do poder público, algumas delas previstas na Lei nº 8.987/95, como a de “*promover desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato*” (art. 31, VI); a de exercer o poder de polícia em relação aos bens vinculados à prestação do serviço (art. 31, VII); a de “*captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço*” (art. 31, VIII); a de fazer a subconcessão nos termos previstos no contrato de concessão, hipótese em que “*o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações do subconcedente, dentro dos limites da subconcessão*” (art. 26, §2º), o que significa que o subconcedente assumirá todos os encargos do poder concedente definidos no art. 29, além de outros direitos e deveres nela previstos, desde que não ressalvados expressamente pelo poder concedente ao autorizar a subconcessão. Ademais, poderá exercer outras prerrogativas derivadas das normas regulamentadoras do serviço²⁹².

292 Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 344) infere que toda concessão é submetida a duas categorias de normas: as de natureza regulamentar, que disciplinam o modo e a forma de prestação do serviço; e as de ordem contratual, que fixam as condições de remuneração do concessionário. As primeiras podem ser alteradas a qualquer tempo unilateralmente pelo poder público, basta a comunidade exigir que assim o seja. As segundas são cláusulas contratuais, logo, fixas, só podendo ser modificadas por acordo

O concessionário fica ainda sujeito a todos os princípios pertinentes à execução de serviços públicos, em especial, aos da continuidade, mutabilidade do regime jurídico e igualdade dos usuários²⁹³.

Já a permissão é, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁹⁴, um “*ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público por terceiro*”.

Importa, pois, distinguir concessão e permissão, podendo-se adiantar que esta última, tradicionalmente, não tem natureza contratual, causando perplexidade à referência, como contrato, que a ela faz o dispositivo constitucional. A forma pela qual a permissão se distingue da concessão sempre esteve em sua diversa natureza: enquanto a concessão é contrato e, portanto, instituto que assegura

entre as partes. Acrescenta-se aqui a via judicial, que sempre poderá ser buscada para modificações de cláusulas, independente do acordo entre as partes.

Tendo em vista estas duas categorias e normas, o contrato deverá sempre ser escrito, é o meio pelo qual a outorga da concessão estará formalizada. Deve conter, no contrato, diversos elementos, como o serviço concedido e o âmbito territorial; o prazo e as condições de prorrogação; as regras e as condições de execução do serviço; os critérios, os parâmetros e os indicadores de qualidade, expansão e modernização do serviço; o valor e a forma de pagamento do ônus devido pela outorga e, se for o caso, para sua prorrogação; as tarifas e seus critérios de reajuste e revisão; os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da concessionária; as possíveis receitas e fontes de financiamento alternativas, complementares ou acessórias; a forma de prestação de contas e da fiscalização; os bens reversíveis se houver; as condições de compartilhamento das redes físicas; as regras sobre transferência e extinção do contrato; as sanções e respectivas infrações, em especial, as de natureza grave; e o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais, entre outros (vide art. 23 da Lei nº 8.987/95).

293 O princípio da continuidade do serviço público significa ser impossível a interrupção do serviço, por iniciativa do concessionário, a não ser em hipóteses estritas previstas em lei e no contrato. O da mutabilidade é submetido ao concessionário e ao usuário. Significa, esse princípio, que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público. Nem o concessionário nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações; inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas. Em consonância com o princípio da igualdade perante o serviço público – que constitui aplicação do princípio da igualdade de todos perante a lei – os usuários que satisfaçam às condições legais fazem jus à prestação do serviço. Sobre o princípio da igualdade na seara do funcionamento dos serviços públicos, vale recordar o *arrêt Société des concerts du conservatoire*, de 9 de março de 1951 (FRANÇA. *Conseil d'Etat*. *Arrêt Société des concerts du conservatoire*. Statuant au contentieux. N° 92004. Publié au recueil Lebon. SECTION. M. Rouchon-Mazerat, président, M. Heumann, rapporteur, M. Letourneur, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 9 marzo 1951).

294 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128.

maior estabilidade ao concessionário em função do estabelecimento de direitos e deveres recíprocos especialmente decorrentes do estabelecimento de um prazo, a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, não envolvendo, por isso mesmo, qualquer direito do particular contra a Administração Pública.

Merece especial atenção a precariedade presente na permissão, um pouco pela imprecisão do vocábulo²⁹⁵, mas também porque ela se apresenta com intensidade variável nas distintas formas de delegação. Para fins de distinção entre concessão e permissão, é preciso considerar dois sentidos do vocábulo precariedade: de um lado, significa que o ato é revogável a qualquer tempo por iniciativa da Administração; de outro lado, significa outorga sem prazo estabelecido e, portanto, revogável a qualquer momento pela Administração, sem direito a indenização.

A precariedade que está presente na concessão e na permissão corresponde àquele primeiro sentido, ou seja, possibilidade de revogação, a todo momento, do ato jurídico, seja ele unilateral ou bilateral, pela Administração. Mesmo no caso de contrato, em que a fixação de prazo é obrigatória como é o caso da concessão, essa possibilidade existe sempre. Uma das características dos contratos administrativos em geral e que constitui uma de suas cláusulas exorbitantes é precisamente a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração por razões de interesse público. Isto, que sempre foi reconhecido pela doutrina, consta hoje do Direito Positivo (art. 58, II, da Lei nº 8.666/93).

No segundo sentido, de outorga sem prazo, a precariedade não está presente na concessão pelo fato de que a Lei nº 8.666, no art. 57, §3º, proíbe a celebração de contratos sem prazo estabelecido e o art. 23, inciso I, da Lei nº 8.987, inclui a indicação do prazo como cláusula essencial do contrato de concessão; na realidade, o prazo é essencial na concessão tendo em vista que em função dele pode variar o valor da tarifa, para estabelecimento do inicial equilíbrio econômico-financeiro; quanto maior o prazo, menor poderá ser a tarifa, já que maior será o tempo para recuperação dos investimentos por parte do concessionário.

295 Ensina José Cretella Júnior (CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 106), ao tratar da precariedade, que: “*extensivamente, em acepção vulgar, é o adjetivo usado para distinguir a condição ou a qualidade do que é feito sem estabilidade ou para pouca duração, donde sua equivalência ao sentido de passageiro ou transitório, em oposição a efetivo e permanente. Nesta significação, é aplicado na linguagem comum do Direito, para exprimir o que não se mostra em caráter efetivo ou permanente, mas é feito, dado, concedido ou promovido em caráter transitório revogável. É o que não é nosso e se possui por mercê, empréstimo ou por determinação do dono*”.

Na permissão, a precariedade encontra-se na própria origem do ato de outorga. A Administração, ao consentir, por ato formal, a outorga da prestação do serviço público ao permissionário, já o faz com a nota da precariedade. O particular que recebe a permissão já sabe que ela é dada a título precário, sem prazo estabelecido, e que, por isso mesmo, pode ser retirado, a qualquer momento pela Administração, sem qualquer direito a reparação pecuniária. Nessa hipótese, o fundamento da possibilidade de revogação por ato unilateral é a própria precariedade inerente ao ato formal da permissão. Essa precariedade afasta o direito de o permissionário opor-se à revogação e de pleitear qualquer tipo de compensação pecuniária.

Há quem entenda que existe a possibilidade de fixação de prazo na permissão²⁹⁶. Porém, pensa-se da mesma forma que Maria Sylvania Zanella di Pietro²⁹⁷, que entende que a fixação de prazo na permissão praticamente faz desaparecer a diferença entre esse instituto e a concessão, pois ocorrerá a perda da precariedade, e o permissionário tornar-se-á titular de direito subjetivo oponível à Administração, consistente no direito à prestação do serviço permitido pelo prazo convencionado, sob pena de responder a Administração Pública por perdas e danos.

A própria legislação deixa implícito tal entendimento. Nota-se que o art. 2º, inciso IV da Lei nº 8.987/95, ao definir a permissão, além de prescrever que é ela dada “a título precário”, ainda não contém a referência a “prazo determinado”, que consta dos incisos II e III, referentes à concessão. Parece evidente o intuito do legislador de conceder permissões por prazo indeterminado, criando uma exceção à regra do art. 57, §3º, da Lei nº 8.666, que proíbe expressamente.

Por fim, ao se analisar o art. 2º, inciso IV e o art. 40, ambos da Lei nº 8.987/95, verifica-se que foram indicadas como características da permissão: a precariedade no ato de delegação; a natureza de contrato de adesão; a revogabilidade unilateral pelo poder concedente; a possibilidade de a permissão ser feita à pessoa física, o que não está previsto para a concessão.

296 Entendem dessa maneira Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 354), que denomina de permissão condicionada, e José Cretella Júnior (CRETELLA JUNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 113), que denomina de permissão qualificada.

297 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 131.

Com relação à extinção, ambas, tanto a concessão como a permissão se darão de forma análoga. Dar-se-ão por advento do termo contratual (reversão), por encampação, por caducidade ou anulação. A exceção é com relação à revogação, que na permissão poderá ser feita a qualquer momento, sem que isso importe qualquer direito à indenização. A extinção devolve ao poder concedente os direitos e deveres relativos à prestação do serviço, facultando-lhe decidir pela execução direta do serviço ou pela outorga de nova delegação, mediante licitação²⁹⁸.

2.3.1.2.1 Estudo de setor: postal

A história do setor postal²⁹⁹ inicia-se antes mesmo do desenvolvimento da escrita, porém só com o surgimento dela que o setor se desenvolveu³⁰⁰. Inicialmente, foi concebido como um serviço organizado pelo Estado para uso quase exclusivo do soberano e do seu aparato estatal. Isso começou a mudar, na Europa³⁰¹, no início do século XVI, fruto da grande corrente de renovação

298 A Lei nº 8.987/95 prevê outras formas de extinção. A concessão se extingue pela falência ou extinção da empresa concessionária, ou pelo falecimento ou incapacidade do titular no caso de empresa individual (art. 15, VI). Esta última hipótese só se aplica às permissões, uma vez que somente pessoa jurídica pode ser concessionária (art. 2º, II).

299 Sobre a história do setor postal vide o site da ECT: < <http://www.correios.com.br>> e o livro VERDEGAY, E.; FISCOWICH, E. *Historia del correo desde sus orígenes hasta nuestros días*. París-Valencia: Facsímil, 1894. Sobre a história do serviço postal brasileiro, vide COSTA, Cássio. O estabelecimento dos correios no Brasil. *Revista do Serviço Público*. a. XXVI, v. 95, n. 4, p. 151-238, out./dez. 1963. Esta obra, além de fornecer importantes dados históricos, traz anexas as normas mais importantes do reino de Portugal sobre os correios na então colônia.

300 As primeiras redes postais foram estabelecidas na China e na Pérsia. Posteriormente, o Império Romano dispunha de uma sofisticada rede postal. In: VERDEGAY, E.; FISCOWICH, E. *Historia del correo desde sus orígenes hasta nuestros días*. París-Valencia: Facsímil, 1894, p. 35-61.

301 Os primeiros esforços à organização de um serviço de correios no Brasil ocorreu, apenas, em 25 de janeiro de 1663, ocasião em que foi oficialmente instituído o Serviço Postal no Brasil, quando o Alferes João Carvalho Cardoso foi nomeado para exercer o cargo de Correio-Mor do Mar e da Terra, com o objetivo principal de possibilitar a comunicação entre Portugal e o então Brasil-Colônia. Em 1798, foram criados os Correios Marítimos, por meio de Alvará, datado de 20 de janeiro, que instituíram o serviço regular entre Brasil e Portugal, mas não se pode dizer que, durante o período colonial, o serviço postal brasileiro tenha existido. Havia alguma organização no envio e recebimento de correspondência com Portugal, mas, dentro do território, o serviço chegou a ser proibido, como dá conta uma ordem do Rei de Portugal D. João V (Regulamento Provisório, datado de 1.º de abril de 1799 e as Instruções Práticas para os Correios Assistentes, de 6 de junho do mesmo ano), em pleno século XVIII, quando já despertava o sentimento nacionalista na colônia.

que sacudiu o continente. A principal transformação foi a maior acessibilidade aos serviços, ao menos a quem pudesse pagar as tarifas relativamente caras. No entanto, apenas a partir do séc. XIX, pode-se dizer que a maioria dos países europeus teve os seus correios “*universalizados*”³⁰².

No Brasil e em quase todos os países, a atividade postal foi estruturada sob a forma de prestação direta ou indireta pelo próprio Estado, oferecendo serviços à sociedade em um regime de monopólio, o qual constituía obstáculo à atuação de empresas privadas no mercado. Vale fazer referência à última etapa vivenciada no Brasil, que teve seu início em 1967, com a criação do Ministério das Comunicações³⁰³, que, a partir de 1968, recebeu em sua estrutura o já existente Departamento de Correios e Telégrafos – DCT³⁰⁴, o qual, em 20 de março de

O serviço postal brasileiro só ganhou impulso quando o Príncipe D. João VI veio para a colônia, no ano de 1808, ocorrendo uma grande expansão, pela comunicação postal estendida a várias províncias (Decisão n.º 12, de 8 de março de 1808, que instituiu o Regulamento Provisional da Administração Geral dos Correios da Coroa e Província do Rio de Janeiro, primeiro Regulamento Postal do Brasil, passando o serviço a ser executado pelo Estado, em regime de monopólio). Tal regulamento vigorou até 1844, ano em que passa a vigorar o novo regulamento para o serviço dos correios do império, por meio do Decreto n.º 399, de 21 de dezembro. Este teve alguns de seus dispositivos alterados pelo Decreto n.º 1682, de 28/11/1855 e o Decreto n.º 9112A, de 24/03/1888, que reformou os correios do império.

302 Isso, basicamente, por três motivos. Em primeiro lugar, os países europeus cassaram todas as licenças dadas aos particulares durante os séculos anteriores e das quais a mais famosa era a da família Von Taxis, e transformaram os correios em um serviço público estatal para servir a todos os cidadãos (sobre a família Taxis vide: PASCUAL, Juan José Montero. *La liberalización de los servicios postales*. Madrid: Trotta, 2005, p. 40). O segundo evento que contribuiu para a melhoria dos serviços de correios foi a invenção do selo postal. Até então, as remessas custavam caro e, na maior parte dos países, deviam ser pagas pelo destinatário. Um terceiro motivo para o rápido desenvolvimento dos correios, no século XIX, foi a fundação da União Postal Universal - UPU, em 9 de outubro de 1874, pelo Tratado de Berna, Suíça. A UPU passou a estabelecer regras para o funcionamento internacional dos correios e apoio ao desenvolvimento interno dos serviços dos países associados. O Brasil é membro da UPU desde o Decreto n.º 6.581, de 25 de maio de 1877, que promulga o ato diplomático de adesão do Brasil ao tratado celebrado em Berna (sobre a UPU vide <<http://www.upu.org>>).

303 O Ministério das Comunicações foi criado por meio do Decreto-lei n.º 200, de 25/02/67.

304 Até 1931, correios e telégrafos brasileiros eram duas repartições públicas distintas: Diretoria Geral dos Correios e Repartição Geral dos Telégrafos, que foram fundidas no Departamento de Correios e Telégrafos – DCT, dividido em 41 regiões e subordinado ao Ministério da Viação e Obras Públicas. O Decreto n.º 20.859, de 26/12/1931, criou o Departamento dos Correios e Telégrafos pela fusão da Diretoria Geral dos Correios com a Repartição Geral dos Telégrafos e aprovou o regulamento da nova organização administrativa. A Lei n.º 284 de 28/10/1936, passou o Departamento de Correios e Telégrafos à subordinação do Ministério da Viação e Obras Públicas.

O Departamento de Correios e Telégrafos (DCT) foi reestruturado em 1936, fazendo com que as Administrações de Correios passassem a denominar-se Diretorias Regionais. Porém, somente em 6 de dezembro de 1945, foi editado o Decreto-lei n.º 8.308, que concedeu autonomia técnico-

1969, por meio do Decreto-Lei n.º 509³⁰⁵, foi transformado³⁰⁶ na empresa pública denominada Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT³⁰⁷. Essa transformação de departamento para o novo modelo de empresa pública, em que o Estado mantinha sob sua propriedade e controle de 100% do capital, permitiu ao serviço postal alcançar um novo patamar de possibilidades de gestão, garantindo-lhe condições essenciais para que ocorresse uma grande transformação no serviço postal brasileiro³⁰⁸.

Enquanto o fornecimento de serviços postais no mundo globalizado era partilhado pelo Estado e pela iniciativa privada, no Brasil, a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) veio a se transformar em uma das empresas mais bem administradas do país, sendo referência mundial com relação ao serviço postal.

Nesse contexto, muitos países, capitaneados pela União Europeia³⁰⁹, adotaram para o setor postal medidas como o desmembramento de atividades com-

administrativa ao DCT. E foi o Decreto-lei n.º 8.867, de 24 de janeiro de 1946, que aprovou a reestruturação administrativa do DCT, fazendo com que os órgãos que administravam passassem a denominar-se Diretorias Regionais.

305 O Decreto n.º 64.676 de 10/06/1969 aprovou o estatuto provisório da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e o Decreto n.º 72.897 de 09/10/1973 aprovou o estatuto da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, vindo em seguida outro estatuto por meio do Decreto n.º 83.726 de 17/07/1979, que aprovou o estatuto da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, este até hoje vigente.

306 As principais razões que levaram a tal feito foram a baixa qualidade dos serviços prestados pelo DCT e o seu modelo de gestão de baixa eficiência.

307 Segundo o art. 2.º da Lei n.º 6.538, de 22 de junho de 1978, a ECT é uma empresa pública, que tem como único acionista (admitida a participação acionária de pessoas de Direito Público interno e entidades da administração indireta da União, dos Estados, do DF e dos Municípios) a União.

308 Em função da ausência de desafios de mercado, os correios do mundo operaram, por muito tempo, sem grande ênfase nas necessidades de seus clientes. Essa situação perdurou até meados do século XX, durante os quais, os correios tiveram a garantia de que suas atividades não estavam – nem deveriam estar – sujeitas a qualquer forma de competição, em um ambiente de estabilidade mercadológica e tecnológica. No mundo do séc. XX, ao final da década de 60 e início da década de 70, começaram a surgir empresas privadas oferecendo o serviço de transporte de documentos e mercadorias com atributos de qualidade sensivelmente superiores aos serviços tradicionais das administrações oficiais de correios, dando início à competição no setor, ainda que restrita a serviços mais sofisticados. Com o passar do tempo, as tecnologias avançaram, possibilitando assim a expansão dos serviços internacionais para os mercados nacionais, representando uma ameaça direta aos monopólios postais. No Brasil, algumas empresas privadas atuavam no mercado, mas nenhuma exercia uma competição propriamente dita com o monopólio estatal, ficando o país cada vez mais defasado em relação ao desenvolvimento mundial, e isto porque se tinha uma ideia de segurança nacional envolvendo os correios.

309 Na União Europeia, principalmente após da Diretiva 97/67/CE (COM (95) 227 final, DOCE C 322, 2 de dezembro de 1995), hoje modificada pela 2002/39/CE, conhecidas como Diretivas Postais, impõem

plementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva; o estabelecimento de concorrência “*gradual e controlada*” em fases da exploração da atividade econômica, em sentido estrito ou da prestação de serviço público; e a criação de regras para evitar a concentração econômica³¹⁰.

aos Estados-membros uma harmonização referida à prestação de um serviço universal no interior de toda a comunidade e, por outro lado, determinam a abertura, de maneira gradual e progressiva, do mercado postal para competição entre operadores. O art. 7.3 da Diretiva 97/67/CE estabelecia uma revisão da mesma, a partir de 1º de janeiro de 2000, para ser aplicada em janeiro de 2003. A este objetivo responde precisamente a Diretiva 2002/39/CE (Diretiva 97/67/CE do Parlamento e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa às normas comuns para o desenvolvimento do mercado interno e dos serviços postais da comunidade e a melhor qualidade dos serviços (DOCE L 15 de 21.1.1998, p. 14) e Diretiva 2002/39/CE do Parlamento e do Conselho, de 10 de junho de 2002, que modifica a primeira). Todas as regras por elas preconizadas trouxeram um marco normativo comum ao setor postal comunitário, que vem impulsionando e condicionando as novas ordenações dos serviços postais comunitários.

O processo de reforma dos mercados postais europeus começou formalmente com a publicação pela Comissão Europeia de seu “*Livro Verde sobre o desenvolvimento do mercado único dos serviços postais*” (COM (91) 476 final, Bruxelas, 11 de junho de 1992). Este livro corresponde a um estudo completo sobre o setor postal da Comunidade Europeia, com um excelente nível técnico e ricas informações, trazendo apontamentos sobre as dificuldades de se implantar um mercado único, já que cada Estado-membro possui problemas vinculados basicamente a regras de funcionamento, valores e prazos diferenciados, levando-se a propor uma série de medidas, descartadas as hipóteses extremas de liberalização completa do setor (que implicaria no desaparecimento do serviço postal universal) e uma harmonização completa do mesmo (que requeria a criação de um organismo centralizado em nível comunitário responsabilizado pelos serviços postais). Desse modo, o Livro Verde orienta para a realização de uma harmonização parcial para satisfazer os objetivos básicos, que seriam a garantia de um serviço postal universal com conteúdo equiparados para todos os Estados-membros, e, uma vez assegurado o serviço universal, liberar-se-ia de forma progressiva e controlada o setor para que o usuário tenha um poder de eleição de seu prestador de serviço maior.

Fruto do debate público gerado pelo “*Livro Verde*”, e como resumo do mesmo, a Comissão Europeia publicou uma Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu com “*linhas diretivas para o desenvolvimento dos serviços postais comunitários*” (COM (93) 247, 1993).

O Parlamento Europeu emitiu sua resolução a respeito da análise da Comissão no dia 22 de janeiro de 1993 (Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de janeiro de 1993, relativa ao “*Livro Verde sobre o desenvolvimento do mercado único dos serviços postais*”. DOCE C 42/240, de 15 de fevereiro de 1993). O Conselho emitiu sua opinião a respeito mediante a Resolução, de 07 de fevereiro de 1994 (Resolução do Conselho, de 07 de fevereiro de 1994, relativa ao desenvolvimento dos serviços postais comunitários. DOCE C 48/3, de 16 de fevereiro de 1994).

- 310 Tal mudança se dá pelo fato dos serviços postais serem serviços vitais para todas as atividades econômicas e sociais, visto que constituem um veículo essencial de comunicação e de comércio. Sobre a importância estratégica e econômica do setor postal, pode-se ver os dados contidos no Informe da Comissão do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a aplicação da Diretiva Postal, de 25 de novembro de 2002, documento COM (2002) 632, final. No mais, tais serviços deverão se dar em torno de um mercado complexo, diferenciado e dinâmico, que envolve bilhões de reais. O mercado postal é composto pela reunião de vários segmentos diferenciados entre si no que se refere ao perfil do cliente, concorrência, ciclo de vida do produto e densidade tecnológica dos serviços,

Essa reestruturação dos serviços postais passou a ser uma tendência mundial irreversível frente à magnífica dimensão deste setor. O processo de profunda transformação que está sofrendo o setor postal vem obrigando as autoridades públicas a realizarem profundas revisões estruturais e normativas que tradicionalmente regem o setor e que decorrem de uma série de fatos movimentados pela globalização³¹¹.

dentre outros. O serviço postal também é um serviço existente em todos os países do planeta e que envolve uma indústria de rede complexa e, por vezes, com uma magnitude inimaginável.

Em Portugal, os Correios remontam a 1520, ano em que o Rei D. Manuel I criou o primeiro serviço de correio público de Portugal. A Atual CTT – Correios de Portugal S.A. tem sua origem da fusão das Direcções-Gerais dos Correios e dos Telégrafos num único departamento, denominado Direcção-Geral dos Correios, Telégrafos e Faróis. Em 1911, a instituição passa a ser dotada de autonomia administrativa e financeira, passando a denominar-se Administração-Geral dos Correios, Telégrafos e Telefones, adoptando a sigla CTT que mantém até os dias de hoje. Em 1969, os CTT são transformados em empresa pública, com a denominação de CTT - Correios e Telecomunicações de Portugal, E. P. Em 1992, os CTT são transformados em sociedade anônima, com a denominação CTT - Correios de Portugal, S.A. Ao mesmo tempo, a área das telecomunicações é separada, formando uma empresa autônoma. Atualmente, transpondo a Diretiva Postal, Portugal promulgou a Lei n.º 102/99, de 26 de julho de 1999.

311 O primeiro destes fatos é a mudança nos meios tecnológicos. Antes, a atividade postal era organizada com base na utilização intensiva de mão-de-obra, pois não havia tecnologia que possibilitasse a automação dos processos produtivos postais a custos razoáveis. Hoje, a automação postal é uma realidade. Novos recursos tecnológicos como o computador, o reconhecimento ótico de caracteres, a digitalização e as redes de transmissão de dados tornaram possível a automação de diversos processos produtivos do fluxo postal que, ainda empregando mão-de-obra de forma intensiva em determinadas fases do fluxo, pode ostentar índices de produtividade crescentes.

Outro fato é a competição tecnológica, anteriormente, o principal concorrente da carta era o telefone. Portanto, não havia nenhuma ameaça à vista no setor. Hoje, no limiar da sociedade da informação, novas tecnologias disseminam o acesso a novos serviços como o fax, Internet, telefonia móvel, TV a cabo, dentre outros, os quais representam opção mais rápida e interativa que a carta.

Fato também de grande importância é a competição direta. É notório que algumas empresas privadas de correspondência agrupadas atuam no mercado, passando, por conseguinte, a atividade postal a ser objeto de exploração econômica por empresas privadas, atuando no setor com uma abordagem comercial agressiva.

Outra mudança diz respeito à exigência que o usuário vem tendo quanto ao serviço prestado. Antigamente, o usuário estava habituado a um baixo nível de qualidade dos serviços e não esperava significativos incrementos de qualidade; não questionava o serviço e recebia uma oferta previamente estruturada. Hoje, habituado a um alto nível de qualidade de serviços e produtos em outros setores, passa a exigir maiores níveis do serviço no país, além de diferenciação de serviços. Adquire consciência de seu papel como consumidor e passa a pleitear maior respeito aos direitos e interesses. O contexto político e econômico trouxe também uma grande mudança. Antes, o Estado se encontrava no centro da atividade econômica, sendo um importante provedor de bens e serviços e arregimentador quase que exclusivo dos altos volumes de investimentos para empreendimentos em larga escala; o conceito de fronteira econômica se confundia com o de fronteira do país e o comércio internacional era visto como um segmento bastante distanciado da economia doméstica.

Com relação ao Brasil, é fato que o modelo institucional do setor postal brasileiro, estruturado décadas atrás, vem mantendo seus pilares de sustentação, apesar das intensas mudanças no contexto em que ele se insere. Entretanto, apesar dessa longevidade, análises prospectivas do Ministério das Comunicações³¹² indicam que o modelo de sucesso da atual Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) poderá vir a apresentar problemas se não forem tomadas as decisões necessárias, não só à manutenção, como, principalmente, à evolução do setor.

Aliado a isso, tem-se uma total falta de normatização no setor postal. Atualmente, este setor está desprovido de disciplinamento atualizado e muitas empresas de *courier* estão atuando no vácuo das leis e/ou burlando o ordenamento jurídico, visto que não existe qualquer norma que as regule. Por vezes, tal situação coloca os usuários/consumidores, os empresários e até o poder público em circunstâncias de pouca ou nenhuma defesa, impondo-lhes condições aviltantes, sem maiores recursos que lhes preservem os interesses mínimos, o que acarreta uma total falta de segurança jurídica³¹³.

Hoje, o Estado busca desempenhar o papel de disciplinador, de regulador da atividade econômica, abstendo-se, quando possível, da oferta de bens e serviços, os quais devem ser, primordialmente, de responsabilidade da iniciativa privada, que já se encontra suficientemente desenvolvida e estruturada para aportar investimentos.

A respeito de todas essas evoluções vide: PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 11.

312 Tais análises foram divulgadas pelo Ministério das Comunicações e encaminhadas por meio da exposição de motivos (EMI nº 89/MC/MF/MOG, de 30 de junho de 1999) do Projeto de Lei nº 1.491/99 ao presidente da república (vide <<http://www.mc.gov.br>>).

313 De acordo com o art. 57 da Convenção da União Postal Universal, ratificada pela República Federativa do Brasil, “Os Serviços de Correo Expresso – EMS - devem ser os serviços postais mais rápidos executados por meios físicos. Eles consistem na coleta, despacho e entrega em reduzido espaço de tempo de correspondências, documentos e bens.” O serviço de entrega expressa, serviço EMS (*Express Mail Service*, serviço de correio expresso prestado pela rede dos operadores filiados à UPU), está totalmente regulamentado pela UPU. No art. 57 do Congresso de Seul, no art. 61 da versão final do Convênio de Beijing e na resolução C48/1994 do Congresso de Seul. Também se tem as resoluções do Congresso de Beijing n.º C83 e C84/1999. O serviço EMS é, portanto, um serviço regulamentado da UPU, enquanto os serviços similares oferecidos por outros operadores escapam da competência da UPU, que é um fórum governamental, e não regulamenta as empresas privadas, somente as de propriedade de governos. Entretanto, as empresas privadas que prestam serviços similares ao EMS (as empresas de remessa expressa), a cada ano que passa, estão mais interessadas em ingressar na UPU. Tais empresas são definidas como operadoras de âmbito internacional especializadas na prestação de serviços postais de alta velocidade.

De acordo com Juan José Montero Pascual (PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 25), tais serviços se caracterizam por todas ou algumas

De acordo com a análise, a convergência de todos esses fatores não é suportada pelo Modelo Institucional existente. No sistema postal atual, a Europa está em estágio mais avançado na concepção de um novo modelo, uma vez que já existe a decisão de considerar o continente europeu como um território postal único, com a transformação do tráfego internacional em tráfego doméstico e a livre competição entre os operadores. Assim, tendo em vista a necessidade de mudança e de normatização do setor postal e utilizando-se do modelo europeu, o Ministério das Comunicações, em 8 de dezembro de 1997, por meio da Portaria n.º778, criou o Programa da Reforma Estrutural do Setor Postal Brasileiro com o intuito de propor um novo modelo regulamentar e institucional para o setor, bem como a modernização organizacional e comercial da ECT³¹⁴.

das seguintes prestações suplementares: *“garantía de entrega en una fecha determinada; recogida en el punto de origen; entrega en mano al destinatario; posibilidad inmediata de cambiar de destino o destinatario; confirmación al remitente de la recepción de su envío; supervisión, seguimiento y localización de los envíos; trato personalizado a los clientes y prestación de un servicio bajo demanda, como y cuando se solicite por el usuario”*.

Tais serviços são prestados, portanto, para fazer chegar às mãos do destinatário final, com a maior rapidez e segurança possível, objetos postais, enviados aos distintos pontos do globo terrestre, o preço por ele cobrado é muitas vezes superior ao estipulado pelos correios oficiais, para serviços assemelhados.

A natureza do serviço de remessa expressa é a mesma do serviço postal tradicional. Elas não exploram um setor diferente do postal, mas sim um segmento do setor postal. Desse modo, as atividades desenvolvidas pelas empresas tradicionais de correios e as chamadas empresas de “*courier*” são rigorosamente idênticas.

As empresas de remessa expressa não estão submetidas a nenhum dispositivo do ordenamento postal vigente. Como observado no Brasil, a matéria postal é tratada na Lei 6.538, de 22 de junho de 1978, a qual, baseada nas condições políticas e mercadológicas vigentes da década em que foi elaborada, trata exclusivamente da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Conseqüentemente, tais empresas não se encontram sob o âmbito de um regime legal, apesar de sofrerem de uma regulamentação de diversos órgãos, quase todos atribuídos de funções fiscalizadoras. Deve-se lembrar que regulamentação quer dizer que haverá ordenamentos legal e infralegal que condicionam a prestação de serviços por todos os operadores que atuam no setor, sejam eles estatais ou privados.

Desse modo, entende-se que os serviços prestados pelas empresas de remessa expressa devem ser abrangidos pelo Projeto de Lei Postal por, basicamente, três motivos. Proteção do sigilo das correspondências; segurança das remessas postais; e condições da prestação do serviço. Esses três aspectos são intrínsecos do setor postal e exigem regulamentação e fiscalização por autoridade pública. Todos eles apresentam forte impacto na sociedade e atualmente não são objeto de fiscalização, a qual incide apenas sobre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

314 Seu objetivo foi o de empreender um programa de reformas amplo, envolvendo cinco pontos que constituem os pilares de organização do setor. São os pilares: 1) Reforma Regulamentar: envolvendo a construção de um novo contexto legal, abrangendo o mercado como um todo, em seus diferentes componentes: serviços, clientes, operador público, operadores privados e organismo regulador; 2) Reforma Organizacional: abrangendo a adoção de novas definições estruturais para

Dentre os pontos, destaca-se a Reforma Regulamentar, que culminou na elaboração do Projeto de Lei Postal (Projeto n.º 1.491/99), o qual, importando muitas das definições do “*Livro Verde sobre o desenvolvimento do mercado único dos serviços postais*” (1992), criou um novo contexto legal, abrangendo o mercado como um todo, em seus diferentes componentes: serviços, clientes, operador público, operadores privados e organismo regulador³¹⁵.

a ECT, envolvendo estrutura organizacional, regime jurídico, composição do capital, liberdades, poderes e obrigações, dentre outros; 3) Reforma Comercial: relacionada à introdução do princípio de atuação comercial nos diversos elementos da ECT, tais como qualidade do serviço, orientação para o mercado, sistemas de informação e novos serviços, dentre outros; 4) Reforma Tecnológica: associada à introdução de novas tecnologias na infraestrutura de produção e nos serviços ofertados à sociedade; e 5) Banco Postal: voltado para o estabelecimento de um conjunto básico de serviços financeiros prestados por meio da infraestrutura da ECT, focado em segmentos da população sem acesso ao sistema bancário convencional, em ação complementar ao Sistema Financeiro Nacional. Essas últimas duas reformas iniciaram-se antes da reforma regulamentar. A tecnológica, já vem sendo desenvolvida desde 1995, por ocasião do lançamento do Programa de Recuperação e Expansão para o Sistema de Telecomunicações – PASTE – e para o Sistema Postal, que aplicou milhões de reais em diversas plataformas vitais para a ECT, como sistemas de triagem automáticos, rastreamento de objetos, terminais de carga, containerização, segurança, automação de agências, autoatendimento, renovação da frota, rede de teleinformática, treinamento e modernização da gestão administrativa. A maioria dos investimentos foi voltada à recuperação e ampliação da infraestrutura operacional básica da ECT, válidos em qualquer modelo institucional a desenvolver.

Instituído pela Portaria do Ministério das Comunicações n.º 588, de 04/10/2000, e por ser um correspondente de instituições financeiras, o Banco Postal teve sua autorização fornecida por meio da Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 2.707, de 30/03/2000 e n.º 3.110, de 2003. O Banco Postal nada mais é do que o oferecimento de serviços financeiros básicos, como pagamentos de pensões, recebimentos de contas, remessa de dinheiro por cheque postal e contas de poupança simplificada. Ou seja, nesse sistema, a população poderá abrir contas bancárias e poupanças nas unidades de atendimento dos Correios, além de realizarem pequenas operações de crédito. O Banco Postal desempenhará um papel complementar ao sistema financeiro. É um modelo usado na Ásia e na Europa e que vinha sendo cogitado há anos no Brasil. Sua operação começou no dia 3 de abril de 2000, graças a um convênio firmado com o Banco do Brasil. Em 5 de junho de 2001, a ECT selecionou interessados para o Banco Postal, publicando o edital para o mesmo. No dia 20 de agosto de 2001, o Bradesco, com o lance de R\$200 milhões, venceu o processo de licitação para a implantação do Banco Postal, em parceria com a ECT (participaram da licitação apenas o Bradesco, o Itaú e a Caixa Econômica Federal).

315 O Projeto de Lei Postal (Projeto de Lei n.º 1.491/99) traz significativos avanços em relação à Lei n.º 6.538/78, tentando transformar a ECT, que é uma empresa pública com a totalidade de seu capital pertencente à União, em uma sociedade de economia mista, denominada “*Correios do Brasil S.A. – Correios*”, inclusive com a possibilidade de ampliação de seu objeto social. Neste ponto, propicia a prestação de outros serviços, destacando, especialmente, os serviços financeiros e outras atividades a ele relacionadas, como, por exemplo, o transporte de valores.

O Projeto de Lei n.º 1.491/99 também criou o Sistema Nacional de Correios (SNC), definindo tal sistema como o conjunto integrado pelos operadores, órgão regulador, redes físicas e processos que, de forma articulada e inter-relacionada, concorrem para a prestação à sociedade dos serviços de correios.

Sua organização dar-se-á por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas em lei, em especial, quanto à existência dos serviços essenciais à população e regulamentação e fiscalização de todas as modalidades de serviços de correios no país. Inclui-se na organização desse sistema, entre outros aspectos, a regulamentação, o disciplinamento, o planejamento e a fiscalização do uso e da exploração econômica de todas as modalidades de serviços de correios e atividades inerentes aos serviços postais no país.

Segundo o PL, seria operador do SNC toda pessoa física ou jurídica que explorasse economicamente, em nome próprio, os serviços postais ou quaisquer das atividades que lhe são inerentes. Poderão os operadores explorar outras atividades que não estas, mediante autorização do órgão regulador, qual seja, a Agência Nacional de Serviços de Correios (ANSC), incluindo as relacionadas ao preparo e ao tratamento de correspondências ou de objetos postais.

O órgão regulador que seria instituído pelo PL é a Agência Nacional de Serviços de Correios (ANSC), que seria criada para regular, controlar, normatizar e fiscalizar o Sistema Nacional de Correios, tendo como princípios fundamentais a disponibilidade do serviço essencial, a existência de competição ampla e justa e a defesa dos direitos e interesses dos usuários.

Seriam as redes físicas, segundo o PL, os conjuntos de instalações e equipamentos que compõem a infraestrutura do SNC, por meio dos quais seriam realizadas as atividades inerentes ao serviço postal. O órgão regulador definiria o modo, o prazo e as condições pelos quais se processaria o acesso e o compartilhamento de redes físicas, garantindo a compatibilidade entre elas e o tratamento não-discriminatório de operadores e usuários.

Outro dado importante que o projeto de lei regulava era o regime de exploração. Onde disciplinava a entrada e a atuação de operadores postais no sistema, seja no regime público ou privado. Eram estabelecidos os instrumentos de concessão, permissão e autorização. É importante salientar que o foco da regulamentação não está sobre a natureza do operador, isto é, se ele é de controle público ou privado. Está sim no serviço prestado, que pode ser em regime público ou privado.

O governo declara, na exposição de motivos do Projeto de Lei Postal, como objetivos principais dessa iniciativa os seguintes pontos: 1) Garantir a universalização dos serviços: reconhece o expressivo nível de abrangência dos serviços postais, que devem ser não só preservados, mas principalmente expandidos para níveis superiores, ampliando o acesso existente e estendendo-o a localidades brasileiras ainda não atendidas; 2) Introduzir a competição em todo o setor: concomitantemente à universalização, busca propiciar à sociedade os benefícios resultantes de um contexto em que operadores postais, em disputa de mercado, ofereçam serviços em níveis crescentes de qualidade e decrescentes de preços; 3) Estimular o desenvolvimento de serviços: entende que a inovação tecnológica e a dinamização de outros setores da economia vão demandar novas modalidades de serviços postais, que se articularão com outras atividades econômicas, com o objetivo de gerar soluções cada vez mais adequadas à diversidade dos perfis dos usuários; 4) Fortalecer o papel do setor postal como instrumento para o desenvolvimento econômico e social: reconhece no setor uma importante camada da infraestrutura nacional, e entende que sua rede física representa elemento facilitador da atividade econômica ao longo do território nacional, principalmente nos eixos nacionais de desenvolvimento. Também representa um importante elemento de inclusão social e da cidadania, principalmente ao possibilitar o acesso a iniciativas de difusão da educação, informação e cultura; 5) Assegurar o serviço postal autossustentável: estabelece que a transformação deverá manter a capacidade de autofinanciamento do sistema. Não poderão ser implantados modelos que desequilibrem financeiramente sua empresa de prestação de serviços de correios, a ECT, ou que venham a requerer recursos fiscais para a manutenção dos serviços essenciais ao país; 6) Consolidar o papel do setor como canal de interação entre governo e sociedade: identifica no setor, especificamente na abrangência da rede de atendimento e distribuição da ECT, um importante agente para

Esta reforma, até a presente data, não se deu. Passa-se, portanto, a analisar dentro do atual arcabouço do setor postal brasileiro, que está sustentado basicamente sob a CRFB³¹⁶ e a Lei n.º 6.538, de 22 de junho de 1978, qual a natureza jurídica do serviço postal brasileiro³¹⁷.

Pode-se definir serviço postal³¹⁸ como o conjunto de serviços de recolhimento, admissão, classificação, tratamento, curso, transporte, distribuição e entrega de um ponto determinado ou não a outro certo e determinado, de forma massiva, por meio de uma rede física ou não, de correspondência e objeto postal³¹⁹. Cada fase em si mesma é um serviço postal³²⁰. Não se pode,

prolongamento da ação governamental, principalmente em localidades que não são alcançadas por outros organismos, programas e iniciativas públicas; 7) Reestruturar a ECT: entende que a Empresa atingiu expressivos níveis de confiabilidade e credibilidade junto à sociedade brasileira e que, para garantir a preservação e a evolução dessa iniciativa bem-sucedida, são necessárias mudanças estruturais profundas para reposicioná-la no âmbito da Administração Pública e do mercado postal; 8) Preparar o setor para a integração internacional: diagnóstica profundas alterações estruturais em andamento na comunidade postal internacional e decide conduzir preparativos para a inserção brasileira ativa em um novo contexto mundial de correios; 9) Fortalecer o papel regulador do Estado: assume claramente suas funções de disciplinador da atividade econômica, em um primeiro momento formulando um arcabouço regulamentar e posteriormente exercendo o papel regulador que lhe compete; e 10) Estimular a geração de empregos: compreende a importância do trabalho para o cidadão e percebe que, organizando uma atividade econômica e estimulando a exploração por diversas empresas, está propiciando o surgimento de novos postos de trabalho no setor.

- 316 A Constituição brasileira traz apenas três menções diretas sobre a atividade postal. São elas: o art. 5.º, XII, o art. 21, X e o art. 22, V.
- 317 Apesar de se conhecer a existência da distinção oferecida pela União Europeia a respeito de serviços de correios, que se dividem em serviço postal, parapostal e de interesse social, tratar-se-á aqui, apenas, do serviço postal, por entender que o serviço parapostal se caracteriza como atividade econômica (serviço de interesse econômico geral); e o serviço de interesse social ser tido como serviço social, não estando envolvida na atuação estatal na ordem econômica.
- 318 Serviço postal já foi definido no art. 2º do Decreto n.º 14.722, de 16 de março de 1921, no art. 5º do Decreto n.º 29.151, de 17 de janeiro de 1951, no art. 15 do Decreto n.º 83.858, de 15 de agosto de 1979.
- 319 Correspondência é a comunicação na forma escrita, gravada ou fixada em suporte material e, nesta condição, destinada a endereço determinado ou à pessoa com endereço determinado; objeto postal é o bem material, com ou sem valor mercantil que atenda aos requisitos de postabilidade fixados na lei e na regulamentação e que seja encaminhado pelas redes físicas a endereço ou pessoa com endereço determinado. As encomendas e as mercadorias adquiridas por reembolso postal e venda direta por intermédio das redes físicas são consideradas objetos postais.
- 320 Joaquim Macaloss (MACALOSS, Joaquim. O serviço postal e o privilégio exclusivo. *Revista de Direito Público*, São Paulo. a. XVI, n. 68, out./dez. 1983, p. 123), citando Pontes de Miranda, expõe: “Correios significa, no texto, posta, serviço de transporte de cartas e encomendas postais as que se equiparam às cartas. Isso não quer dizer que se vede, constitucionalmente, a particulares, ou às próprias entidades intraestatais, manter serviços de entregas de objeto (não de cartas!). O cerne do conceito esta

portanto, confundir o serviço postal com outros serviços similares, como o de transporte e a autoprestação³²¹.

nas cartas missivas: cartas, escritos, mensagens fechadas, instituem serviço postal, e tem esse de pertencer à União". José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 1364) descreve serviço postal como o serviço público próprio e direto, de competência exclusiva da União à qual é facultada a outorga, por delegação, o seu desempenho a outras entidades, credenciadas pelo Estado, autarquias ou paraestatais. Ubirajara Costódio Filho (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 44 a 70), ao estudar o conceito de serviço postal, divide o mesmo em constitucional e legal. No primeiro, dita o autor, consiste na atividade de troca de correspondência entre dois sujeitos, operada por terceiro, pessoal e regularmente, e que constitui obrigação da União em decorrência de sua essencialidade à população, conforme definido em lei. No segundo, o autor afirma que se tem de observar 4 elementos extraídos do art. 7.º e 47 da Lei n.º 6.538/78: a) as atividades materiais nele envolvidas, que seriam as elencadas no art. 7.º da Lei n.º 6.538/78, quais sejam, o recebimento, a expedição, transporte e entrega; b) as coisas possíveis de troca por meio do serviço postal, que seriam os objetos de correspondência, os valores, as encomendas e as correspondências agrupadas (art. 7.º, §§1.º, 2.º e 3.º além do art. 9.º, inc. II da Lei n.º 6.538/78); c) as especificidades das coisas, delineadas no art. 12 e 13 da Lei n.º 6.538/78, pois, se não se enquadrarem, restarão caracterizados como carga; d) a estrutura física e de pessoal usada para a circulação das coisas, que o autor chama de via postal. Assim, para o autor, serviço postal, conforme a legislação vigente, consiste na atividade de troca de objetos postais (coisas adequadas às condições legais de postagem), executada por via postal (a estrutura física e de pessoal operada pela União, por meio da ECT e eventuais terceirizados) e que representa obrigação legal da União (à luz do art. 4.º da Lei n.º 6.538/78). Sobre o primeiro ponto do conceito de serviço postal legal, afirma o autor (ibidem, p. 57): "[...] o serviço postal é o conjunto de quatro atividades principais (recebimento, expedição, transporte, entrega), as quais, em tese, individualmente consideradas, são também serviços (numa acepção ampla) e admitem ser desenvolvidos por agentes diferentes, ou seja, um RECEBE, outro faz a EXPEDIÇÃO, terceira pessoa TRANSPORTA e uma quarta ENTREGA". Outros conceitos em: PASCUAL, Juan José Montero. *La liberalización de los servicios postales*. Madrid: Trotta, 2005, p. 11 e 12.

- 321 Muitas vezes, os prestadores de serviço de transporte estão no âmbito dos serviços postais, porém, se o mesmo não ocorrer de forma massiva, não se estará diante de um serviço postal, visto que estaria ausente uma de suas características, no entanto, o mesmo pode ser penalizado civilmente e criminalmente por tal conduta, conforme a atual legislação brasileira. Vide art. 70 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.688/41) e art. 42 da Lei Postal (Lei n.º 6.538/78). Também, estão excluídos do âmbito do serviço postal os realizados em regime de autoprestação, quais sejam, aqueles em que o remetente e o destinatário são a mesma pessoa física ou jurídica, e realiza o serviço por si mesma, não se utilizando de rede postal alheia. Alguns requisitos, portanto, devem ser considerados: ter a mesma pessoa como remetente e destinatário; ser realizado pela pessoa que se beneficia do mesmo; não se utilize de rede postal alheia. Ressalta-se que, se o país possuir algum setor postal que seja monopólio estatal, o autoprestador também não poderá enviar objetos incluídos no âmbito reservado ao monopolista. Não poderá este também fazer o envio de todos os tipos de serviços postais, porque, se assim o fizer, estará atuando como se fosse uma empresa postal, decaindo a figura de autoprestador e passando a ser um operador postal. Tais condutas vêm gerando imensa insegurança, já que nunca se sabe se estão infringindo a lei ou não.

Uma vez munido do conceito de serviço postal, caracterizado pela utilização de uma rede com características próprias, tendo-se um destinatário concreto e possuindo uma execução massiva, cabe analisar se tal serviço assume forma de serviço público ou de atividade econômica em sentido estrito.

Observando-se os arts. 5.º, XII; 21, X; e 22, V, verifica-se que a CRFB, ao tratar do tema, não deixa transparecer a natureza jurídica do serviço postal. Em contrapartida, os incisos XI e XII do art. 21 levam a crer que, ao tratar de serviço público, a CRFB colocou de forma expressa a possibilidade de a União Federal prestá-lo diretamente ou mediante delegação de seu exercício aos particulares, em regime de concessão ou permissão, deixando parcialmente claro que todas as atividades arroladas nesses dispositivos (inciso XI e XII) são consideradas serviços públicos.

Walter Nunes da Silva Júnior³²² concorda com o entendimento de que o legislador ordinário não pode criar, mediante lei subconstitucional, monopólio, mas levanta questão a respeito dos incisos X, XI, e XII do art. 21, da CRFB/88. Para o autor, a apartação das matérias dos incisos XI e XII deu-se em virtude de possibilitar a descentralização dos serviços afetos à União e, nas hipóteses do último, não apenas por meio de concessão, mas também mediante autorização e permissão, bem como não necessariamente por empresa sob controle acionário estatal. Pergunta ele, ainda, por que se reservou ao serviço postal, inciso próprio, sem explicitar-se o modo de exploração, como se fez em relação às matérias dos incisos XI e XII.

Cabe ressaltar que os serviços de remessa expressa são um serviço postal. As remessas expressas não exploram um setor diferente do postal, mas sim um segmento do deste. Para a Abraec Jr. (CAMPBELL JR., James. Considerações técnicas sobre o documento apresentado pela Associação Brasileira de Empresas de Courier (ABRAEC) em relação ao Projeto de Lei n.º 1.491/99, ao Congresso Nacional), a remessa expressa constitui um serviço de natureza distinta do serviço postal, do que se discorda. Primeiramente, porque a quase totalidade dos ordenamentos estrangeiros é clara ao abranger, no âmbito dos serviços postais, os serviços de correio expresso. Ademais, é senso comum que o serviço expresso nada mais é senão o serviço de correio prestado com diferencial que lhe agrega valor, sem, no entanto, desvirtuar sua natureza.

Neste sentido, a Diretiva Europeia 97/67/CE define os serviços postais em seu art. 2.º, item 1, como os “serviços que consistem na coleta, triagem, encaminhamento e distribuição de itens postais”. Incluídos, evidentemente, os serviços expressos nesta definição. A própria União Postal Universal (UPU) tem regulamentação específica sobre documentos e encomendas expressas, tornando claro, nos termos do art. 57 de sua Convenção, que estes serviços se incluem no âmbito dos serviços postais.

322 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul./ago., 1999, p. 70.

O inciso X do art. 21 estabelece como competência da União “*manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*”³²³. A Constituição utiliza-se do verbo *manter*, que não significa a prestação direta do serviço, mas, sim, a responsabilidade de garantir a disponibilidade do serviço. Logo, o serviço postal e o correio aéreo nacional³²⁴, jamais, poderiam ser considerados inerentes após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Outro motivo: o serviço postal como inerente ao Estado repousa no fato de que, como se observou na história dos correios, houve época em que a infraestrutura necessária à prestação de serviços postais só poderia ser oferecida pelo poder público. O fato é que a iniciativa privada não tinha capacidade nem interesse econômico em desempenhar a atividade postal em todo o território nacional³²⁵. Assim, tendo em vista que a iniciativa privada não desejava exercer tal atividade, o Estado se incumbiu desta tarefa. Razoável, portanto, crer que nestas circunstâncias, o serviço postal fosse um serviço público inerente³²⁶.

Entretanto, passou-se por uma grande evolução tecnológica e econômica, principalmente no âmbito dos meios de comunicação e transporte, o que levou a importantes mudanças nesse quadro, fazendo com que as empresas privadas criassem aptidões para o desempenho da atividade postal. Tanto é assim que se

323 Tal artigo vem estipulado pelo constituinte nas competências da União. Ou seja, dentro do Pacto Federativo. Determinou a Constituição quais seriam as atribuições a cargo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Percebe-se isso analisando a Constituição e verificando que o art. 21 encontra-se dentro do Título III, que trata da organização do Estado e estabelece os marcos da divisão federativa da República. Neste título, encontra-se um capítulo dedicado à União (Cap. II), assim como um aos Estados (Cap. III) e outros aos Municípios (Cap. IV). Dentro do Capítulo II, encontra-se o art. 21, precedido do rol de bens da União e sucedido pelo artigo destinado às suas competências legislativas.

324 O correio aéreo nacional é espécie do gênero serviço postal, de modo que a referência ao gênero estará automaticamente englobando a espécie.

325 Cássio Costa (COSTA, Cássio. O estabelecimento dos correios no Brasil. *Revista do Serviço Público*, a. XXVI, v. 95, n. 4, p. 151-238, out./dez. 1963, p. 163) esclarece que, o serviço postal, no final do séc. XVII, era: “*esporádico, moroso e sobretudo inseguro e antipático ao povo, não era negócio que tentasse qualquer iniciativa privada*”.

326 À época, de acordo com Walter Nunes da Silva Júnior (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul./ago., 1999, p. 66), reconhecer-se-ia que a União detinha, por desejo dos constituintes, o poder-dever ou dever-poder de exercer os serviços de correios que interessam a todo o grupo social, não apenas por constituírem-se elementos de integração nacional, sendo relevante a sua disciplina por ordem de segurança nacional, mas também em virtude de compromissos internacionais assumidos pelo governo perante Estados estrangeiros, pois é espécie de serviço que extrapola os limites internos dos países.

veem, hoje, dezenas de empresas de encomendas expressas atuando no mercado. A iniciativa privada, na verdade, possui o interesse econômico, mas deseja por muitas vezes desempenhar a atividade apenas em locais de seu interesse, normalmente regiões metropolitanas. Mais um motivo, portanto, para se acreditar que o serviço postal não é inerente.

No mundo, a prestação de serviço postal não pressupõe o exercício de um poder estatal: muitos Estados não lhe atribuem a qualidade de serviço público e outros sequer preveem essa modalidade de intervenção do Estado na economia³²⁷.

Desse modo, poder-se-ia falar que, na realidade atual, o serviço postal pode não ser prestado apenas pelo Estado, bem como não decorre de alguma de suas funções básicas, não sendo, então, um serviço público inerente.

Também não seria um serviço público por opção político-constitucional, vez que a corrente constitucionalista entende que o serviço público para ser considerado um serviço por opção político-constitucional, precisa ter previsão Constitucional e não legal; caso contrário, feririam o princípio da livre iniciativa. Argumentam, também, que se o serviço público pudesse ser instituído por lei, o princípio da segurança jurídica ficaria prejudicado.

Aqui, a dificuldade reside no fato de que a Constituição relacionou essa atividade, mas não o fez em relação a outras atividades de relevante interesse coletivo (produzir alimentos e medicamentos, por exemplo), qual o intuito outro que não o de legitimar a presença do Estado, definindo-lhe um regime jurídico (CRFB, art. 22, V).

Não há, pois, que se falar que a eventual lei ordinária “*instituiria*” o serviço. Esta já está tratada na CRFB, cabendo à lei definir seus contornos, que poderiam ser tanto de serviço público quanto de atividade econômica.

327 As Cartas constitucionais de alguns Estados sequer se referem a serviços postais. Este é o caso, por exemplo, de Portugal, Suécia, Luxemburgo, Itália, Irlanda, Grécia, Dinamarca, França, Finlândia, Bélgica, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Chile, Equador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Panamá. Nos Estados Unidos, os serviços postais não são serviços públicos, mas sua Constituição prevê a competência do Congresso em estabelecer agências postais (*Article 1. Section 8*). Semelhante disposição há na Constituição argentina, que prevê a competência do Congresso Nacional para estabelecer “*las postas y correos generales de la Nación*” (art. 67, XIII). Na Alemanha, o serviço postal prestado pelo Estado convive com o privado, explorado como atividade econômica (art. 87). In: BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 222, p. 179-212, out./dez., 2000, p. 202.

Luis Roberto Barroso³²⁸ entende que, desde 1968, o serviço postal já não é considerado como um serviço público. Como já referido, pode ter sido considerado no passado, em razão, principalmente, da falta de capacidade ou interesse da iniciativa privada, porém, na atualidade, é considerado uma atividade econômica³²⁹.

Alexandre Santos de Aragão³³⁰ aduz que os serviços postais inserem-se dentre os serviços aos quais a Constituição permite que sejam classificados como públicos propriamente ditos ou públicos impróprios ou virtuais.

Ora, sendo-se partidário da corrente essencialista-legalista, entende-se que atualmente algumas áreas do setor postal devem ser consideradas como um serviço público e outras não. Nessa perspectiva, poder-se-ia considerar os serviços postais de necessidade social/essenciais³³¹, como público privativo, uma vez que são aqueles que, em função de sua importância para o cidadão e para o desenvolvimento e integração nacional, a União obriga-se a assegurar a toda a sociedade, em todo o território nacional, de modo contínuo e economicamente

328 BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 222, p. 179-212, out./dez., 2000, p. 203.

329 De acordo com o autor, o marco legal dessa alteração histórica, na natureza do serviço postal brasileiro, foi a transformação do Departamento de Correios e Telégrafos – DCT em empresa pública, e, de acordo com o art. 5º, inc. II, do Decreto-lei n.º 200/67, esta foi criada por lei para a exploração de atividade econômica.

Afirma o Luis Roberto Barroso (ibidem, p. 203) que: “Somente atividades econômicas podem ser objeto de monopólio estatal; o Estado o institui exatamente para subtrair da iniciativa privada o exercício de determinada atividade econômica. O serviço público é, por sua própria natureza e definição jurídica, titularizado pelo Estado, de modo que não há necessidade nem lógica em prever, em relação a ele, um regime de monopólio. Os serviços públicos já são, por assim dizer, essencialmente ‘monopolistas’: aos particulares só pode ser delegado seu exercício, e ainda mediante um ato negocial específico do Poder Público, precedido de um procedimento administrativo de licitação (art. 175, CF). Conseqüentemente, basta que não se conceda ou permita a prestação de determinado serviço para que ele seja desempenhado exclusivamente pelo Estado”.

Ora a própria Constituição assim prevê. Afinal, todos os casos de monopólio arrolados no art. 177 são atividades econômicas. O mesmo acontecia com a Constituição de 1967/69, em seu art. 163.

Para o autor, pelo menos desde 1968, o direito brasileiro não considera o serviço postal como serviço público e sim como atividade econômica explorada, na época sob o regime de monopólio, pelo Estado, como se verá adiante. Lembra-se aqui que a Constituição de 1967/69 também se referia ao serviço postal rigorosamente nos mesmos termos que a atual (art. 8º, XI: Compete à União manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional). A diferença, porém, é que ela permitia a monopolização pelo Estado de atividade econômica por meio de lei ordinária (art. 163).

330 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 174.

331 Lembrando, é claro, que, por ser um conceito jurídico indeterminado, deverá ser interpretado e ponderado no caso concreto.

acessível e com observância das metas e deveres de qualidade e universalização. Daí porque, apesar da Lei Postal não mencionar nada a respeito de regime público, entender-se que o serviço postal de necessidade social/essencial é um serviço público privativo (prestado em regime público).

Deve-se, portanto, os serviços postais essenciais serem considerados como serviços públicos privativos, porque são eles uma medida do mínimo que deve ser oferecido à população em condições acessíveis e predeterminadas, sendo evidente que o interesse público envolvido na prestação deste serviço tende a estender, ao máximo, a noção de serviço universal³³². O ideal, em um Estado de justiça democrático de direito, é a máxima democratização e acesso aos serviços postais. Se a tendência atual é a obtenção desta democratização por meio da livre concorrência, nada impede que, dados os avanços tecnológicos e sociais de um determinado Estado, o pacote básico de serviços postais que o Estado se compromete a garantir seja ampliado³³³.

O art. 21, inciso X, da Carta Magna cuida de impor à União a obrigação de manter um serviço postal. A Constituição limitou-se a prescrever o dever de manutenção do serviço. Nada esclareceu sobre a forma de sua prestação. Ou seja, mesmo que o serviço postal não seja rentável, nem tão pouco autossuficiente, deverá a União prover os meios necessários para que tal prestação sempre exista, estando disponível ao uso dos brasileiros. Tem-se, por conseguinte, uma exclusividade frente aos demais entes da federação e uma obrigação irrenunciável frente à população. Mas nada esclarece sobre a forma de sua prestação.

Percebe-se assim que a sociedade admite a colaboração do Estado na prestação do serviço postal, e mais, transferiu a ele a obrigação de mantê-lo. Assim, quando a sociedade transfere o poder ao Estado, e no texto constitucional explicita o que se transfere, como é o caso do serviço postal, *a contrario sensu*, estabelece o que conservou em suas mãos, delimitando, desta forma, o âmbito de atuação legítima do poder público, isto é, todo serviço que não seja essencial³³⁴.

332 Entende-se que essa universalidade pode ser tanto objetiva como subjetiva. A primeira está relacionada não aos destinatários do direito, mas sim às prestações dos serviços. Já a universalidade subjetiva significa dizer que todos têm direito, inclusive os estrangeiros, ao acesso e à disponibilidade do serviço.

333 Neste sentido, várias das legislações mundiais, como também o Projeto de Lei Postal brasileiro, preveem a possibilidade do poder executivo estender o âmbito dos serviços postais universais.

334 Para Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (apud SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77,

jul./ago., 1999, p. 69-70), se manter é conservar, manter o serviço postal é preservar essa atividade com as características que possuía no momento da edição da norma constitucional, isto é, com as características de monopólio da União, na forma da Lei n.º 6.538/68.

Walter Nunes da Silva Júnior (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul./ago., 1999) afirma que, ao cuidar do serviço postal em inciso próprio, desejou o constituinte definir que, em tais serviços, não poderia haver descentralização mediante concessão, permissão ou autorização, ainda que para empresa sob controle acionário estatal. Por conseguinte, conclui que o serviço postal detém a natureza de serviço público, que só pode ser explorado diretamente pela União Federal.

Em sentido oposto, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Reestruturação do setor postal brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, v. 19, p. 149-169, jul./set. 1997) acrescenta que o constituinte não pretendeu esgotar os serviços públicos que podem ser prestados pela União através de concessão com o rol do inciso XII. Fosse assim, o art. 175 não teria razão de existir ou referir-se-ia expressamente ao poder público municipal ou estadual. Acentua o autor: “Ora, se o inciso X não fez – como ocorria com o inciso XI – restrição apenas à exploração direta ou à concessão à empresa estatal, vale a regra geral do art. 175. Ocorre que, no caso dos demais serviços públicos titularizados pela União e ausentes do rol do inciso XII, haverá necessidade de lei para concessão, conforme determinação do art. 175. Já nos serviços enumerados a que se refere Marçal (inciso XI e XII do art. 21 da CF/88), não se põe a necessidade da autorização legislativa, já que preexiste autorização constitucional. [...] A não inclusão de um serviço no rol do inciso XII do art. 21 não importa na vedação da delegação de sua prestação a particulares por meio de concessão. Reforça nossa tese a Lei 9.074/95. No seu art. 1.º, vemos um rol de serviços e obras públicas de competência da União, que poderão ser objeto de concessão. E esse rol não corresponde expressamente àquele constante do art. 21, XII, da CF”. Dessa maneira, o autor conclui que nada há na Constituição que indique que o serviço postal deverá ser prestado diretamente pela União. Muito pelo contrário, sendo serviço público, como entende, poderá ser delegado a particulares na forma como dispõe o art. 175, válido para todo e qualquer serviço titularizado por um ente da federação.

Geraldo Ataliba (ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, a. XIX, n. 77, p. 80-93, jan./mar. 1986, p. 85) entende que a atribuição, em norma constitucional, do caráter público, exclusivo da União, aos serviços postais e do Correio Aéreo Nacional, revela que a própria Constituição qualificou-os como serviço público, conferindo-lhes atributo de alto interesse público, de âmbito nacional e dotando-os de prerrogativas robustas para instrumentar sua ação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (apud ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, a. XIX, n. 77, p. 80-93, jan./mar. 1986, p. 89), ainda, na vigência da Constituição anterior, em sua contribuição sobre o tema, declara ser inegável que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos presta serviços que configuram serviço público, porque expressamente incluídos, pela CRFB, dentro de alçada do poder público. De outra parte, afirma ser também irretrucável que os demais serviços prestados por essa Empresa, aqueles não incluídos no “regime de monopólio”, devem ser tidos como privados, podendo ser livremente exercidos pelos particulares, sem necessidade de permissão ou concessão, “uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes, assim como a lei os considerou exclusivo do Estado, nem os colocou debaixo de um regime de direito público”.

Por fim, vale ressaltar Ubirajara Costódio Filho (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Serviço Postal*: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 110, 114 e 115), para o

A própria exposição de motivos da Lei n.º 6.538/78 ressalta a natureza de serviço público do serviço postal, ao dizer que “*como todo serviço público, o serviço postal e o de telegrama devem satisfazer uma necessidade de interesse geral, no caso, a coleta, o transporte ou a transmissão, e a entrega de correspondências*”. Há ainda que se mencionar o fato da Lei Postal (Lei n.º 6.538/78) e o Decreto-lei n.º 509/69, que dispõem sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, serem totalmente complacentes ao utilizar o termo serviço público, atividade econômica, monopólio e privilégio exclusivo³³⁵.

Argumenta-se, também, que o serviço postal não seria um serviço público, tendo em vista que, a partir de 1988, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) iniciou uma campanha de franqueamento de novas agências, celebrando assim uma série de contratos de exploração de serviços postais com

qual, não existe, no texto da CRFB/88, definição sobre a vinculação do art. 21, X, ou ao art. 173, ou ao art. 175; o serviço postal é atualmente disciplinado como serviço público por decisão legislativa, isto porque o constituinte de 1988 silenciou a respeito do “*como*” a União há de “*manter o serviço postal*”; então, o autor considera que o serviço postal não está qualificado na CRFB/88, *a priori*, nem como atividade econômica, nem como serviço público, assim como a participação da iniciativa privada também não resta afastada de atuar nesse setor; a decisão sobre a concretização do art. 21, X, reclama integração por parte do legislador ordinário, que concebe o serviço postal como serviço público, haja vista o teor dos privilégios concedidos à ECT no art. 12 do Decreto-Lei n.º 509/69, e da explícita menção do art. 1.º, inc. VII, da Lei n.º 9.648/98.

Completa o autor (*ibidem*, p. 116 e 117) esse entendimento, afirmando que o termo monopólio é mais um hábito legislativo que indicativo da identificação do serviço postal como a categoria das atividades econômicas. Toda a legislação postal anterior – Decreto n.º 14.722/21, Decreto-lei n.º 1.191/39, Decreto-lei n.º 1.681/39, Decreto n.º 29.151/51 - ao Decreto-lei n.º 509/69 e a Lei n.º 6.538/78 – referiam-se a certo “*monopólio*” da União nesse setor, parecendo, ao autor, que o legislador deixou-se levar pela “*força do hábito*” ao manter o emprego do termo “*monopólio*” para descrever a posição da União no setor postal; não pretendia, com tal vocábulo, conscientemente, enquadrar o serviço postal na categoria das atividades econômicas em sentido estrito.

335 Ora, dita o art. 1.º do Decreto-lei n.º 509/69, que o antigo DCT se transformará em empresa pública, denominada ECT, nos termos do art. 5.º, item II do Decreto-lei n.º 200/67 (assim, também o faz o art. 2.º da Lei n.º 6.538/78). Este fato cria estranheza, já que o art. 5.º, item II, do Decreto-lei n.º 200/67, ao definir empresa pública, afirma ser esta uma entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica. Desse modo, sendo empresa pública, explora atividade econômica, podendo possuir o monopólio, e assim afirma o art. 2.º, inciso I, do Decreto-lei n.º 509/69, que dita que à ECT compete executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais (assim também o faz o art. 9.º da Lei n.º 6.538/78).

Ocorre que o art. 27 da Lei n.º 6.538/78, único artigo na lei que afirma que é serviço público o serviço de telegrama, devendo este ser explorado pela União em regime de monopólio. Além de não ter incluído os serviços postais como serviço público, especificando, apenas, o serviço de telegrama, afirma que este será explorado sob o regime de monopólio o que, não é técnico, a expressão correta seria privilégio exclusivo.

as agências franqueadas³³⁶. Caso o serviço postal fosse considerado um serviço público, jamais poderia ter havido o franqueamento de agências por evidente violação do art. 175, da Constituição, que exige a concessão ou permissão para que o particular preste qualquer serviço público³³⁷.

336 Sobre franquia no âmbito da Administração Pública, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 165. Especificamente em relação aos correios, vide: José Cretella Neto (CRETELLA NETO, José. Do contrato internacional de franchising. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69) que ressalta: “*Quanto ao franchising de serviços prestados pelos órgãos da Administração Pública Indireta, não há maiores problemas com relação ao uso da marca, como Correios por exemplo*”; Dinorá Adelaide Musetti Grotti (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. Coleção temas de direito administrativo, n.º 6, p. 220) que entende: “*que a adoção de franquia como meio de transferir a execução de serviços públicos nos Correios constitui desvio de finalidade, principalmente, se for realizada sem o prévio procedimento licitatório*”; Maria Neuenschwander Escosteguy Carneiro (CARNEIRO, Maria Neuenschwander Escosteguy. Exame da possibilidade jurídica de modificação do “monopólio” postal. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Candido Mendes. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, dez. de 2004, p. 42), ao tratar da discussão que se instaurou desde o início em torno do uso das marcas da ECT, bem lembra que: “*a implantação do sistema d franquia postais foi tida inicialmente como uma oportunidade para a ECT auferir receita pela utilização de seus bens instangíveis (marcas) e tornar-se, conseqüentemente, mais competitiva no setor. Além disso, a implantação do mencionado sistema teve o intuito de ampliar os pontos de atendimento sem custo para a ECT*”; Valdecy Faria Leite (LEITE, Valdecy Faria. Adoção do sistema de franquia nos correios do Brasil: um estudo sobre a qualidade e produtividade no setor público. 1996. Tese (Doutorado) – UFRJ/COPPEAD. Rio de Janeiro, 1996.) procura, com sua tese, contribuir para o entendimento das implicações, à Administração Pública, decorrentes da adoção do sistema de franquia pelos correios brasileiros em termos de qualidade e de produtividade do serviço de atendimento postal. Os resultados sugerem que, adotado o ponto de vista do segmento pesquisado de clientes organizacionais da ECT e consideradas as limitações do estudo, a adoção do *franchising* para as agências postais é percebida como uma transformação organizacional que proporciona benefícios aos usuários das unidades franquiadas. Considerando-se, ainda, que a adoção do *franchising* proporcionou a ECT agregar novos serviços aos serviços postais convencionais anteriormente prestados incrementando, deste modo, o faturamento global dos correios, pode-se concluir que a mudança do formato organizacional para a prestação do serviço de atendimento postal, no Brasil, resultou em uma bem-sucedida estratégia empresarial no setor público; e outros como Wagner Nogueira França Baptista e Glória de F. Alvim F. Pereira F. Braz (BAPTISTA, Wagner Nogueira França; BRAZ, Glória de F. Alvim F. Pereira F. Inexigibilidade de licitação entre órgãos e entidades da Administração Pública na contratação de serviços. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo. a. XI, v. 9, p. 428-435, set. 1998, p. 432), afirmam que se, por um lado, a opção da ECT pela franquia parece um mérito; por outro lado, expõe a sua incapacidade de assegurar por si só a disponibilização dos serviços postais com a garantia de sua confiabilidade, qualidade e eficiência. A opção pela delegação, do serviço postal transmuda-se não numa escolha propriamente dita, mas numa necessidade, num imperativo.

337 De acordo com Fernando Herren Aguillar (AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Mas Limonad, 1999, p. 138): “*se uma atividade puder ser desempenhada por particulares sem concessão ou permissão, ela não pode ser considerada serviço público*”.

Cabe inferir, em vista disso, que se a natureza do serviço postal é definida pela Constituição e/ou por lei, entende-se que há definição em lei como serviço público e que a própria Constituição, no inciso X, não fez menção à delegação, o que não é necessário, uma vez que existe a regra geral do art. 175, devendo apenas a lei estabelecer o seu regime jurídico de prestação pela Administração direta ou indireta, ou facultada a concessão ou permissão de sua execução pelo setor privado.

São, assim, serviços públicos privativos (prestados em regime público) os chamados serviços postais essenciais, sendo todos os demais serviços, considerados como não essenciais, atividades econômicas em sentido estrito não-monopolística. Tais serviços públicos devem ser prestados de forma contínua e universal, independentemente de sua lucratividade ou atratividade econômica³³⁸. São aqueles que, em função de sua importância para o cidadão e para o desenvolvimento e integração nacional, a União obriga-se a assegurar a toda a sociedade, em todo o território nacional, frisando-se, de modo contínuo e economicamente acessível e com observância das metas e deveres de qualidade e universalização. Os serviços não integrantes do serviço postal essencial, diversamente, são relegados à livre iniciativa, conforme as necessidades do mercado e as decisões dos empresários interessados na execução de tais atividades.

Desse modo, serviço postal essencial, tido aqui como serviço público privativo, é um nível mínimo de serviço que será garantido pelo Estado à sociedade, é uma espécie de cesta básica de serviços, que, por obrigação constitucional (art. 21, X), devem ser mantidos pela União. Funcionam como uma forma de respeito ao cidadão, de proteção à dignidade da pessoa humana na medida em que a obrigação de garantir tais serviços está vinculada ao suprimento de necessidades vitais do ser humano, que podem ser supridas pela garantia ao serviço básico a que todos os cidadãos devem ter acesso.

Esses serviços, hoje, converteram-se na expressão que denomina o novo regime jurídico da intervenção pública em defesa do interesse público. As obriga-

338 Afirma a exposição de motivos da Lei Postal (Lei n.º 6.538/78): “Como todo serviço público, o serviço postal e o de telegrama devem satisfazer uma necessidade de interesse geral, no caso, a coleta, o transporte ou a transmissão, e a entrega de correspondências. Em vista disso, gozam de monopólio, mas devem, em contra-partida, assegurar a permanência e a universalidade dos serviços, nos lugares mais remotos do País”. Assim percebe-se que a razão do monopólio da União foi a de viabilizar financeiramente a sua prestação em caráter regular e universal.

ções do serviço universal constituem, assim, um núcleo do novo regime jurídico de intervenção pública no setor.

2.3.2 Serviço público não-privativo

Os serviços públicos não-privativos, denominado por alguns de serviços públicos compartilhados³³⁹ ou não exclusivos³⁴⁰, são os serviços que possuem uma dubiedade de titulares, ou seja, são aqueles serviços que podem ser desenvolvidos pelo Estado ou pelo setor privado, sendo que este último os exerce de forma paralela ou complementar ao poder público. A iniciativa privada os presta livremente, não necessita de delegação, afinal, é titular do serviço, ou seja, desempenha-

independentemente de concessão, permissão ou autorização.

A figura 5.2 volta a demonstrar a subclassificação da natureza jurídica de serviço público em privativos e não-privativos, porém cabe diferenciá-la. Os serviços públicos não-privativos são todas atividades econômicas classificadas como serviço público que não tenham apenas titularidade pública. Ou seja, que tenham uma natureza

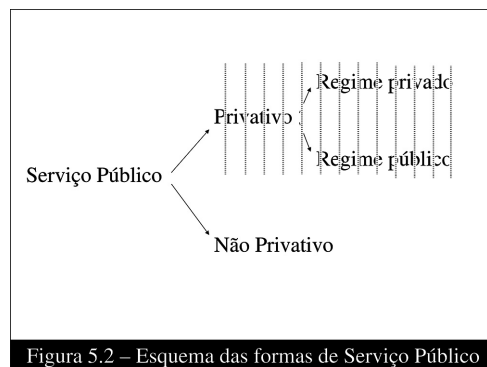


Figura 5.2 – Esquema das formas de Serviço Público

Fonte: Elaborada pelo autor.

competencial comum onde tanto o poder público como a iniciativa privada simultaneamente a possuem.

Isso significa que, por questões de essencialidade-legalidade, determinada atividade econômica é configurada como serviço público, porém, com aspectos quanto à sua prestação, por parte da iniciativa privada de atividade econômica em sentido estrito. O fato de não se sujeitar a nenhum título habilitante, não lhe exime da fiscalização do poder público, que a efetua no exercício normal de sua polícia administrativa.

Dessa forma, é a atividade que, sendo da competência do Estado, não o é com exclusividade. Apenas se caracteriza como serviço público se prestada por

339 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 180 e ss.

340 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 264.

aquele. A Constituição brasileira expressamente indica ser dever do Estado a prestação de serviços de ensino, saúde e previdência, mas não afastou destas esferas a iniciativa privada. Tal configuração biforme de prestação não autoriza a ilação de que, por tal motivo, estariam as atividades (educação, saúde, previdência) descaracterizadas da categoria serviço público.

Fica consagrada uma tripla possibilidade: prestação exclusiva do Estado; prestação pelo Estado com a participação do particular; ou prestação pelo particular. Nos dois primeiros casos, não se tem dúvidas que se estará diante de um serviço público não-privativo, uma vez que seu desempenho se constitui em um dever para o poder público. Agora, quando prestados pela iniciativa privada, a exploração que seria concomitante é tida por alguns³⁴¹ como modalidade de atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada.

Crê-se que determinada atuação no mercado ou se caracteriza como serviço público não-privativo ou como atividade econômica em sentido estrito, sendo coisas totalmente diferentes, não podendo ser equiparadas. Se o particular prestar um serviço não-privativo, será ele regulado pelas regras consoante a tais serviços e não a regras da atividade econômica em sentido estrito. Nesses serviços considerados públicos não privativos existe uma flexibilização do regime jurídico público, estabelecendo-se apenas algumas das obrigações de serviços públicos.

Desse modo, por mais que em certas atividades a iniciativa privada preste um determinado serviço sem nenhum título habilitante específico – nos casos dos serviços públicos, a permissão ou a concessão, por exemplo – poder-se-ia imaginar que faltaria um dos elementos essenciais do conceito de serviço público, qual seja o elemento subjetivo que se configura na prestação pelo Estado ou por seu delegatário. No entanto, o que existe nesses casos não é uma simples delegação, mas sim a própria titularidade do serviço. Como afirmado, o particular e o Estado exercem a titularidade de maneira concomitante, sendo considerado como serviço público pela corrente essencialista-legalista, a qual se adota no presente trabalho.

Porém, é verdade que tal solução não se demonstra de todo razoável, já que haverá uma mescla entre os regimes jurídicos aplicáveis ao particular que o presta. Por mais que sejam considerados serviços públicos poderão, quando

341 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146 a 149.

prestados pela iniciativa privada, almejar o lucro, ao contrário do que acontece com o prestador público do serviço, cujo único objetivo é o atendimento do interesse público. Dessa forma o fará como qualquer prestador de atividade econômica em sentido estrito, mas afirmar que se caracteriza como modalidade dessas, parece exagerado.

2.3.2.1 Estudo de setor: saúde

O histórico da saúde pública brasileira³⁴² inicia-se com a chegada da família real portuguesa em 1808. Inicialmente, limitou-se ao desenvolvimento da profissão, criando-se duas escolas de medicina: o Colégio Médico-Cirúrgico no Real Hospital Militar da cidade de Salvador³⁴³ e a Escola de Cirurgia do Rio de Janeiro³⁴⁴. Para não dizer que outras ações não existiam³⁴⁵, além da criação de ambas as instituições, até 1850, as atividades de saúde pública limitavam-se à delegação das atribuições sanitárias às juntas municipais e controle de navios e saúde dos portos³⁴⁶.

342 Sobre o histórico do setor de saúde brasileira vide: <<http://portal.saude.gov.br/>>; BARBOSA, Plácido; REZENDE, Cássio Barbosa de (Org.). *Os serviços de saúde pública no Brasil*: especialmente na cidade do Rio de Janeiro de 1808 a 1907 (esboço histórico e legislação). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909; POLIGNANO, M. V. *História das políticas de saúde no Brasil*: uma pequena revisão. Belo Horizonte: UFMG, 2001; SALLES, Pedro. *História da medicina no Brasil*. Belo Horizonte: G. Holman, 1971.

343 Por meio de Carta Régia, de 18 de fevereiro de 1808, assinada por D. Fernando José de Portugal, Ministro do Reino, foi determinado que José Correia Picanço fizesse o plano do curso e que escolhesse, entre os cirurgiões do Hospital Militar, os professores que deveriam ensinar não só cirurgia, mas também Anatomia e Arte Obstétrica (SOUZA FILHO, J. A. *O ensino da clínica obstétrica na Universidade da Bahia*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1967).

344 Criada pelo Decreto de 05, de novembro de 1808.

345 Excepciona a criação, em 1809, do lugar de provedor-mor da saúde pelo Decreto 042, de 23 de julho. O alvará 006, de 22 de janeiro de 1810, dá regimento ao provedor-mor da saúde e a aprovação, criação e estabelecimento de hospitais regimentais (Decreto 064, de 07 de agosto de 1820).

346 O Decreto 057, de 09 de julho de 1833, dá regulamento à inspeção de saúde pública do porto do Rio de Janeiro e o Decreto 268, de 29 de janeiro de 1843 contém o regulamento das inspeções de saúde dos portos, alterado posteriormente pelos Decretos 2.409, de 27 de abril e 2.734, de 23 de janeiro, que instituíram novos regulamentos à inspeção de saúde dos portos.

Seu primeiro marco legislativo foi em 1897, quando aprovado o regulamento da Diretoria Geral de Saúde Pública pelo Decreto 2.458, de 10 de fevereiro³⁴⁷. Depois, em 1920, por meio do Decreto 3.987, de 02 de janeiro, ocorre uma grande reorganização dos serviços da saúde pública, e a Diretoria Geral de Saúde Pública é substituída pelo Departamento Nacional de Saúde Pública³⁴⁸. Em 17 de julho de 1975, foi instituído o Sistema Nacional de Saúde, que abrangia as atividades que visavam à promoção, proteção e recuperação da saúde nos diversos campos de ação do Ministério da Saúde, do Ministério da Previdência e Assistência Social, do Ministério da Educação e Cultura, do Ministério do Interior e outros, além dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios³⁴⁹.

Atualmente, o sistema da saúde pública³⁵⁰ que atende a toda população é regulamentado pela Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica

347 Subordinada ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, suas atribuições consistiam basicamente: na direção dos serviços sanitários dos portos marítimos e fluviais, na fiscalização do exercício da medicina e da farmácia, nos estudos sobre as doenças infecto-contagiosas, na organização de estatísticas demográfico-sanitárias e no auxílio aos Estados, mediante solicitação dos respectivos governos e em casos previstos constitucionalmente.

348 Essa nova estrutura introduziu a propaganda e a educação sanitária como técnica de ação, inovando o modelo conhecido, à época, como campanha puramente fiscal e policial. Em 1930, com o Decreto n.º 19.402, de 14 de novembro, foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública. Em 13 de janeiro de 1937, foi instituída a Lei n. 378, que reformulou o mesmo Ministério da Educação e Saúde Pública, e debatia apenas questões internas. Nesse período, o Estado não oferecia assistência médica, a não ser em casos especiais, como tuberculose, hanseníase e doença mental. Em 25 de julho de 1953, foi criado o Ministério da Saúde, por meio da Lei n.º 1.920, desmembrando o anterior Ministério da Saúde e Educação em dois: saúde e educação e cultura.

349 Devido à escassez de recursos para a sua manutenção, ao aumento dos custos operacionais e ao descrédito social em resolver a agenda da saúde, todo o modelo proposto entrou em crise. Na tentativa de conter custos e combater fraudes, foi instituído, pelo Ministério da Previdência, no âmbito do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária (CONASP) (Lei n.º 6.950, de 04 de novembro de 1981), criado com o objetivo de racionalizar as despesas, contenção de gastos e custos do sistema de saúde. Em 1983, foram criadas as Ações Integradas de Saúde (AIS), um projeto interministerial (Previdência – Saúde – Educação) visando a um novo modelo assistencial, que incorporava o setor público, procurando integrar ações curativo-preventivas e educativas da saúde entre instituições públicas, federais, estaduais e municipais, objetivando o desenvolvimento dos sistemas estaduais de saúde para atender a Política Nacional de Saúde.

350 Paralelo ao sistema de saúde pública, sempre existiu, no Brasil, devido à escassez de recursos para a sua manutenção, ao aumento dos custos operacionais e ao descrédito social em resolver a agenda da saúde, um setor médico privado. Esse cresceu e se desenvolveu por meio de fomento estatal até a crise da década de 1980, quando passou a formular novas alternativas para sua estruturação, direcionando seu modelo para parcelas da população, classe média e categorias de assalariados, procurando, por meio da poupança desses setores sociais, organizar uma nova base estrutural.

da Saúde), que regula, em todo o território nacional, as ações e os serviços de saúde. Esta lei fixa o campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Constituição de 1988, e estabelece a competência das várias entidades estatais, União, Estados e Municípios, regulando, ainda, a participação complementar da iniciativa privada. A Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro 1990, veio regular a participação da comunidade na gestão do SUS, estabelecendo ainda os requisitos necessários para a transferência de recursos aos Estados e Municípios.

Mais recentemente, surge a Lei n.º 9.656, de 03 de junho de 1998, volta para regular a atuação privada no segmento da saúde, estabelecendo regras aplicáveis aos planos privados de assistência à saúde. Ela objetivou uma uniformização da oferta de planos de saúde a partir de parâmetros mínimos de atendimento, permitindo, em consequência, uma maior competição de qualidade e valor dos produtos e serviços ofertados. Para tanto, dispõe sobre os direitos e

Concebeu-se um subsistema de atenção médica supletiva, composto de 5 (cinco) modalidades assistenciais: medicina de grupo, cooperativas médicas, autogestão, seguro-saúde e plano de administração. Cada modalidade com sua peculiaridade, todas possuem um denominador comum que era o fato de basear-se em contribuições mensais dos beneficiários (poupança), em contrapartida pela prestação de determinados serviços. Estes serviços e benefícios eram predeterminados, com prazos de carências, além de determinadas exclusões. Tal subsistema cresceu ao ponto de corresponder a ¼ da população total brasileira, chegando a ter um volume de faturamento na casa dos trilhões de dólares. O mercado de seguros ou planos privados de saúde varia consoante à importância do setor público de saúde no sistema de saúde de cada país. Conforme M. Marchand e F. Schroyen (MARCHAND, M.; SCHROYEN, F. Markets for Public and Private Health Care: Redistribution Arguments for a Mixed System. Discussion Paper 23. Louvain: Center for Operations Research and Econometrics, Université Catholique de Louvain, 2001), um sistema de saúde misto, com um setor público de dimensão média, alcança melhores resultados em termos de bem-estar social, desde que haja uma boa distribuição de renda na população desse país. Para T. Christiansen, J. Lauridsen e F. Kamper-Joergensen (CHRISTIANSEN, T.; LAURIDSEN, J.; KAMPER-JOERGENSEN, F. Demand for Private Health Insurance and Demand for Health Care by Privately Insured in Denmark – With a Specific View to Equity. Odense: Department of Public Health, University of Southern Denmark, 2001), não é apenas a distribuição de renda, mas também, o grau de escolaridade que desempenha um papel importante na aquisição de seguros ou planos privados de saúde. Afirma que a probabilidade de tê-los aumenta com a renda, a escolaridade obrigatória e os anos adicionais de frequência de outros tipos de ensino. Também a incidência da doença ou a sua cronicidade desempenham um papel importante no mercado de seguros ou planos privados de saúde, uma vez que determinam o tipo de cobertura (FELDMAN, R.; ESCRIBANO, C.; PELLISE, L. The role of government in health insurance markets with adverse selection. Health Economics. n. 8, v. 7, p. 659-670, ago., 1998; NEUDECK, W.; PODEZECK, K. Adverse selection and regulation in health insurance markets. Journal of Health Economics. Bristol, n. 4, v. 15, p. 387-408, ago., 1996).

Hoje, como poderá se observar, a CRFB abriu à iniciativa privada a possibilidade de atuação em caráter complementar.

deveres dos consumidores e fornecedores nesse mercado específico, bem como do agente público encarregado da efetivação dos comandos definidos³⁵¹.

Em seguida, foi criada, pela Lei n.º 9.961, de 28 de janeiro de 2000, oriunda da aprovação da Medida Provisória n.º 1.928, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)³⁵², para a fiscalização dos comandos previstos na Lei n.º 9.656/98, que já previa a existência de uma entidade reguladora³⁵³. A ANS, ao lado do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU, criado pela Lei n.º 9.656/98, órgão integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, integrado por Ministros de Estado e com competência para supervisionar a execução de políticas de saúde, aprovar o contrato de gestão da ANS, fixar normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das empresas operadoras, regulam o setor³⁵⁴. Estes órgãos,

351 Estão submetidas às normas estabelecidas por essa legislação todas as pessoas jurídicas de Direito Privado que operam planos de assistência social (art. 1.º), incluindo-se, aí, as cooperativas que operem os “*plano privado de assistência à saúde*” (definidos no art. 1.º, § 1º, inciso I) e as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. Verifica-se, portanto, a impossibilidade de operação de produtos por pessoas físicas.

352 O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu que cabe à ANS fiscalizar e *regular* os contratos posteriores à Lei n.º 9.656/98, mas não tem tal competência de interferir na autonomia dos pactos firmados antes de sua vigência e sujeitos a um outro conjunto de obrigações definidas nos contratos (e não numa legislação setorial), ou seja, os contratos firmados antes da vigência da Lei n.º 9.656/98 deveriam ser respeitados, o que é uma decorrência natural dos princípios da não-retroatividade das leis e da autonomia da vontade. Isso, porém, não retira a competência da ANS, como autoridade administrativa fiscalizadora sob a matéria em zelar pela defesa do consumidor. Isto porque o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), como norma geral de produção e consumo (art. 24, V da CRFB), prevê a existência de normas supletivas, que tenham por objetivo reduzir o grau de abstração da generalidade de seus comandos para cada segmento de mercado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1931 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Data Publicação: 28-05-2004).

É bom recordar, também, que a ANS divide o espaço dos serviços voltados para a regulação da saúde com a ANVISA.

353 Tal lei foi regulamentada pelo Decreto n.º 3.327. Sobre a regulação jurídica do setor da saúde, vide: CUNHA, Paulo César Melo. A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

354 Ambas as leis possuem a finalidade de promover a defesa do peculiar mercado de saúde privada, além de garantir, por meio dos instrumentos regulatórios, uma relação saudável entre titular da atividade, fornecedores do serviço e consumidores, procurando alcançar um ponto médio diante da desigualdade de interesse.

acrescidos de inúmeras menções na CRFB³⁵⁵, são, portanto, o arcabouço legal que sustenta o serviço de saúde brasileiro.

É notório que o Estado deve zelar pelo bem-estar de toda sociedade, motivo que ocasionou, ao longo da história, uma intervenção não só na economia, mas também no ordenamento social. Portanto, sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos estruturais da organização política brasileira (art. 1.º, III da CRFB), torna-se indispensável a atuação e, por conseguinte, a intervenção pública no setor de saúde, que, deve-se lembrar, é um direito social previsto expressamente no art. 6.º da CRFB³⁵⁶.

355 Art. 6º; 23, II; 24, XII; 30, VII; 34, VII, e); 35, III; 167, IV; 194; 196; 197; 198; 199; 200 e 227.

356 Em Portugal, o art. 64 da Constituição de 1976 assegura que todos têm direito à proteção da saúde e o dever de defender e promover, sendo tal direito realizado, designadamente, através de um Serviço Nacional de Saúde (SNS) universal, porque dirigido à generalidade dos cidadãos; geral, porque abrange todos os serviços públicos de saúde e todos os domínios e prestações médicas e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito, pois que o cidadão deverá ter direito a esse serviço sem qualquer encargo ou através do pagamento de taxas, as quais, em qualquer caso, não podem impedir o acesso ao SNS em virtude de condições económicas ou sociais, ou seja, incumbe prioritariamente ao Estado garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 342).

O direito à proteção da saúde possui feição de Direito Social, o que, por sua própria estrutura, exige prestações do Estado e impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, designadamente, a criação e manutenção do Serviço Nacional de Saúde, o que ocorreu com a Lei n.º 56/79, de 15 de setembro. O SNS foi então configurado tendo por escopo “assegurar o direito à proteção da saúde, nos termos da Constituição” (art. 1.º). Era, de acordo com o mencionado diploma, “constituído pela rede de órgãos e serviços” aí previstos, os quais, “atuando de forma articulada e sob direção unificada, gestão descentralizada e democrática”, visavam à “prestação de cuidados globais de saúde a toda a população” (art. 2.º). Dois aspectos fundamentais caracterizaram a configuração do SNS: o financiamento a partir do orçamento geral do Estado e a integração das várias estruturas de prestação de cuidados de saúde num sistema único.

Cumprindo as imposições decorrentes do texto constitucional citado, Portugal edita a Lei n.º 48/90, de 24 de agosto (Lei de Bases da Saúde), bem como a Lei n.º 11/93, de 15 de janeiro (Estatuto do Serviço Nacional de Saúde).

Depois da Lei de Bases da Saúde e do Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, outros diplomas consubstanciaram o SNS, como o Regulamento das Administrações de Saúde (Decreto-Lei n.º 336/93, de 29 de setembro), o Decreto-Lei n.º 156/99, de 10 de maio, que estabelece o regime dos sistemas locais de saúde e o Decreto-Lei n.º 157/99, de 10 de maio, que estabelece o regime de criação, organização e funcionamento dos centros de saúde e o Decreto-Lei n.º 60/2003, de 1 de abril.

De todas essas normas, percebe-se que o sistema de saúde em Portugal é demasiadamente complexo. Assim o é porque os subsistemas especiais de certas categorias profissionais (que abrangem ¼ da população) e os sistemas privados (que abrangem quase 1/5) coexistem com o SNS, que pode ser utilizado por toda a sociedade, sendo financiado por meio das receitas fiscais.

Além do mais, o dever de zelar pela saúde é comum a todas as entidades federadas (art. 23, inciso II da CRFB)³⁵⁷. A presença do Estado no segmento da saúde se dá em dois enfoques: público e privado³⁵⁸.

Com a finalidade de regular tais setores, foi criada, por meio do Decreto-lei n.º 309/2003, de 10 de dezembro, a Entidade Reguladora da Saúde, que tem como atribuições a regulação e a supervisão das atividades das entidades prestadoras de cuidados de saúde. Cabe à ERS, velar pelo cumprimento das obrigações legais e contratuais dos regulados, no que respeita ao acesso dos utentes aos cuidados de saúde, à observância dos níveis de qualidade e à segurança e, genericamente, aos direitos dos utentes.

Incumbe à ERS assegurar o direito de acesso universal e equitativo de todos ao serviço público de saúde, bem como zelar pelo respeito da liberdade de escolha nas unidades de saúde privadas, prevenindo e punindo as práticas de rejeição discriminatória ou infundada de pacientes. Incumbe-lhe igualmente prevenir e combater as práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde. A ERS deverá, em colaboração com a Autoridade da Concorrência, garantir a concorrência entre os prestadores de cuidados de saúde, considerando as especificidades associadas ao mercado da saúde, visando sempre a defender os direitos e interesses legítimos dos utentes.

Constitui ainda atribuição da ERS a avaliação dos indicadores de qualidade dos cuidados de saúde prestados, bem como o acompanhamento do cumprimento das obrigações inerentes à acreditação dos estabelecimentos e serviços.

A ERS poderá, ainda, dar parecer e emitir recomendações sobre o funcionamento do sistema de saúde, além de dispor de poder particular sobre acordos, contratos e convenções, sobre os modelos inovadores de gestão subjacentes à prestação de cuidados de saúde e sobre os requisitos e as regras relativos ao exercício da atividade seguradora por entidades autorizadas a explorar o ramo “Doença” (vide: MARQUES, Rui Cunha. *Regulação de serviços públicos*. Lisboa: Sílabo, 2005).

- 357 Recordar-se que, no âmbito da competência federal, por força do princípio da especialidade, a atividade administrativa de fiscalização do setor privado de saúde foi descentralizada por outorga da titularidade dessa função a uma entidade especializada na administração indireta, criando-se, por lei, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que passou a exercer efetivamente o título de uma competência que, até então, situava-se na administração centralizada (Ministério da Saúde).
- 358 Em ambos os enfoques, vislumbra-se a presença do Estado. Na saúde pública, como executor do serviço público; na saúde privada, como regulador da atividade econômica em sentido estrito, desenvolvida por entidades privadas. Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33) elucida: “No que diz respeito especificamente à saúde, o art. 197 estabelece que as ações e serviços de saúde devem ser executados diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado e o art. 199 proclama que ‘a assistência à saúde é livre à iniciativa privada’. No primeiro dispositivo, cuida-se da saúde como serviço público (integrado em um sistema único) a cargo do Estado e contempla-se a possibilidade de que esse serviço seja prestado diretamente (pelo próprio Poder Público) ou através de terceiros, podendo esses terceiros ser pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (o que implica a possibilidade de parceria com a iniciativa privada ou a delegação da execução a terceiros). No segundo dispositivo, cuida-se da saúde como atividade privada exercida pelo particular, por sua própria iniciativa; no § 1º do art. 199 volta-se à idéia de parceria entre público e privado, ao prever-se que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

No que diz respeito à saúde com enfoque público, as ações são desenvolvidas pela máquina administrativa estatal de modo a assegurar o cumprimento de um dever estatal de fornecer saúde a todos, incidindo, portanto, os princípios da universalidade e da igualdade, que se traduzem na necessidade de alcançar todos por meio de tratamentos isonômicos, além de prescrever um correlato dever do Estado de garantir a sua promoção, por meio de políticas sociais e econômicas (art. 196 c/c 200 da CRFB)³⁵⁹. Em regra, a saúde pública tem sido prestada de maneira gratuita, embora a gratuidade não seja um imperativo constitucional para tais serviços. A Constituição de 1988, já reconhecendo a impossibilidade de oferecimento dos serviços de saúde pública a todos em condições de generalidade, regularidade, atualidade, cortesia, gratuidade ou modicidade de custos e eficiência, abriu à iniciativa privada a possibilidade de atuação em caráter complementar, nos termos do que prescreve o art. 199 da CRFB³⁶⁰.

Já quanto ao enfoque privado da saúde, pode-se alegar que é ela exercida com caráter suplementar ao dever estatal de fornecer saúde a todos. A presença do Estado nesse setor se dá com a fiscalização da atuação da iniciativa privada no fornecimento de bens e serviços (art. 174, da CRFB), e não se confunde com a complementação exercida no setor público da saúde pelos particulares, afinal, esta última é uma atividade econômica, a qual é livre à

359 A saúde, quando prestada pelo Estado, rege-se pelo disposto no art. 198 da Constituição. Concebeu-se, para o desenvolvimento de ações e serviços de saúde, um sistema único, através de uma rede regionalizada e hierarquizada, submetidos às seguintes diretrizes: descentralização, com direção única a cada nível de governo, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade (art. 198, da CRFB).

A ideia foi criar um só sistema de saúde, com receitas orçamentárias de todos os entes federativos (art. 198, parágrafo único, da CRFB), em que cada um deles atue, dentro da sua esfera de competência, de forma regionalizada e descentralizada, permitindo que todos tenham acesso a um serviço de saúde com qualidade. A execução dos serviços de saúde pode, entretanto, ser feita diretamente (ou seja, pelo próprio Estado), ou por intermédio de terceiros (art. 197, da CRFB), através das técnicas de descentralização como o convênio e a terceirização, por exemplo. Altera-se, aqui, apenas a forma de gestão do serviço público, mas continua sendo ele de responsabilidade do poder público. Trata-se do Sistema Único de Saúde (SUS), instituído como afirmado pela Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990.

360 As instituições privadas participam de forma complementar do sistema único de saúde, mediante contrato de Direito Público ou convênio, sendo vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos e que atuem na área de saúde (art. 199, §1º e §2º, da CRFB).

iniciativa privada (art. 199 da CRFB), desenvolvida em regime de livre iniciativa, mas, sujeita a uma regulação estatal³⁶¹.

Vistos sucintamente ambos os enfoques que a Constituição brasileira concede aos serviços de saúde, cabe analisar quando a atuação do Estado assume a forma de serviço público e quando assume a forma de atividade econômica em sentido estrito³⁶².

Uma vez tida como um direito de todos, a saúde se qualifica como um direito difuso³⁶³, isto é, transindividual, de natureza indivisível e cujos titulares são indetermináveis. O objetivo do serviço de saúde é, portanto, garantir o exercício do direito à saúde que integra não só questões epidemiológicas de fenômenos puramente biológicos, mas também sociais, ambientais, econômicos, culturais, educacionais, entre outros que podem gerar enfermidades³⁶⁴.

No modelo de saúde pública, tem-se um serviço desenvolvido pelo Estado de modo a assegurar o cumprimento de um dever geral de fornecimento de saúde a todos se reconhecendo a possibilidade da iniciativa privada, de forma complementar, atuar no setor. Admitindo a participação complementar da iniciativa privada, pode-se argumentar que o serviço de saúde público não tem configurações de um serviço público inerente, pois pode não ser prestado

361 Susete Barboza França (FRANÇA, Susete Barboza. A presença do Estado no setor saúde no Brasil. Revista do Serviço Público. n. 3, v. 49, p. 85-100, jul.-set., 1998, p. 88/89) demonstra as especificidades do mercado de saúde privada, que o tornam singular e que ensejam uma intervenção estatal por meio da regulação. Alude que, num modelo de mercado competitivo, é necessário uma série de pressupostos, a começar pela existência de compradores e vendedores bem informados, nenhum deles com poder suficiente para controlar os preços e consumidores que decidem livremente se irá comprar ou não, o que comprar, quando e onde comprar. Para a autora, na saúde, o consumidor não é livre. Afirma que *“a natureza da saúde e da doença limitam muito a soberania do consumidor de serviços de saúde”*. Aduz que, por ser a doença involuntária e imprevisível, a capacidade do consumidor para decidir que serviços obter é seriamente limitada. Incapaz de prever o momento em que vai consumir cuidados, desconhecendo a incidência da doença e a eficácia do tratamento, o consumidor revela uma enorme dependência em face do prestador. Por isso a regulação.

362 Já se afirmou anteriormente que a necessidade de saber se determinada atividade constitui ou não serviço público é de fundamental importância para definir-se a disciplina jurídica a ela aplicável.

363 Jorge dos Reis Bravo (BRAVO, Jorge dos Reis. A tutela penal dos interesses difusos. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 14) conceitua interesses metaindividuais como difusos, incluindo entre eles: *“o direito à saúde e o direito à proteção do consumo de bens e da utilização de serviços (aí se incluindo a proteção da produção, conservação, manuseamento, armazenamento, embalagem e venda dos produtos, alimentares ou outros, em condições de higiene, à proteção na adesão a cláusulas contratuais preexistentes, à proteção contra abusos publicitários, etc.)”*.

364 Saúde é *“um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença”* (definição encontrada no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde).

apenas pelo Estado, além de não decorrer de alguma de suas funções básicas. Porém, ainda sob o enfoque da corrente constitucionalista, poder-se-ia dizer que esses serviços são considerados serviço público por opção político-constitucional, tendo em vista os arts. 34, VII, “e”; 35, III; 167, IV da CRFB, que dispõem expressamente sobre um serviço público de saúde; art. 194 da CRFB que afirma compreender a seguridade social nas ações conjuntas dos poderes públicos e da sociedade, mas, principalmente; art. 196 da CRFB que garante a saúde como um direito de todos e dever do Estado, promovendo um acesso universal e igualitário para a sua promoção, proteção e recuperação; art. 197 da CRFB que afirma ser de relevância pública as ações e serviços de saúde, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiro; art. 198 da CRFB que trata especificamente das ações e serviços públicos de saúde; e art. 199 da CRFB que afirma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Considerando-se públicos os serviços de saúde pela corrente constitucionalista, deve-se entender, também, como públicos, tais serviços para a corrente convencionalista-legalista, que entende que o conceito de serviço público depende de disposições constitucionais e/ou legais.

No mais, também, considerar-se-iam, como públicos, os serviços de saúde caso se adotasse a corrente essencialista, pois saúde por seu próprio conceito é uma necessidade relevante para a população, além de não poder ser atendida universal e igualmente de forma satisfatória pela iniciativa privada.

Ora, pelo fato de compartilhar-se do ideário da corrente essencialista-legalista, entende-se, neste estudo, que a saúde universal e igualitária é um serviço público não-privativo, assim, devendo ser prestado pelo Estado ou pela iniciativa privada.

Quando prestado pelo Estado, sem dúvida, estar-se-á diante do serviço público não-privativo da saúde, sendo neste caso aplicado de forma integral o regime jurídico público. Nada impede, porém, que o Estado realize tal serviço de forma direta ou indireta. Logo, poderá o Estado delegar a iniciativa privada por meio dos instrumentos que possui para tanto, é dizer, concessão ou permissão. Como o serviço é gratuito, a única forma de delegação será por meio da concessão administrativa. No mais, cabe a todas as entidades federadas o desenvolvimento de ações nesse sentido (art. 23, inciso II, CRFB), sob a forma de um conjunto encadeado de órgãos e atividades, denominado Sistema Único de Saúde (art. 200, CRFB). Quando prestado pela iniciativa privada, a exploração também se

enquadrará como um serviço público não-privativo e não como modalidade de atividade econômica em sentido estrito, mesmo sendo sabedor de que ela possa almejar lucro, ao contrário do que acontece com o prestador público do serviço de saúde, cujo único objetivo é o atendimento do interesse público.

A Legislação e também a essencialidade do serviço de saúde definem a natureza jurídica da atividade como um serviço público, por mais que a própria norma não requeira nenhum título habilitante. Afinal, dá-se ao particular a própria titularidade do serviço e não meramente a sua delegação, apesar dessa não ser proibida quando o Estado a exerça.

Percebe-se assim que a sociedade impõe a participação do Estado na prestação do serviço de saúde, transferindo a ele o dever de prestá-lo (art. 196, CRFB), e não só de mantê-lo como o faz no serviço postal, e mais, reconhece a impossibilidade do Estado oferecer esses serviços a todos (art. 199, CRFB), o que leva ao entendimento, a *contrário sensu*, de que a sociedade conservou em suas mãos todo e qualquer serviço de saúde, seja ele para ser prestado com enfoque público ou privado. Logo, o Estado, além de executor do serviço universal e igualitário de saúde, também, atua como regulador do mercado de saúde privada.

2.3.3 Atividade econômica em sentido estrito monopolizada

Determinada atividade é considerada monopolizada se a empresa que a realiza possui o controle da produção e de preços na sua acepção mais ampla³⁶⁵. Apesar de economicamente o monopólio não significar um único vendedor, – como se verá mais adiante, a expressão monopólio não se aplica exclusivamente àquelas empresas que detêm 100% do mercado, mas, também, àquelas situações em que um dos produtores detém parcela substancial do mercado e nenhum de seus concorrentes tem o poder sobre o preço de mercado – no caso ora analisado, ou seja, quando o Estado atua em determinada atividade econômica em sentido estrito ou em parte dela, estará ele exercendo um poder de atuar com exclusividade no mercado como único vendedor. Caracteriza-se, portanto, uma

365 Affonso Insuela Pereira (PEREIRA, Affonso Insuela. *O direito econômico na ordem jurídica*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 311) bem lembra que o Direito brasileiro já definiu o monopólio no art. 5.º da Lei n.º 4.137 de 10.09.1962, que regulava a repressão ao abuso do poder econômico: “Entendem-se por condições monopolísticas aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços”.

atuação pela ausência da concorrência e a imposição do preço pela vontade unilateral do único vendedor, que é o Estado. Daí porque Hely Lopes Meirelles³⁶⁶ afirma que: “monopólio é a exclusividade de domínio, exploração ou utilização de determinado bem, serviço ou atividade. Característica do monopólio é a privatividade de algum direito ou de alguma atividade para alguém”.

O autor trata do que aqui se deseja abordar, ou seja, do monopólio estatal que pode se dar tanto na hipótese de guarda à soberania ou como preservação da ordem econômica³⁶⁷, sendo esta última a que interessa para o foco desta pesquisa. Para Hely Lopes Meirelles³⁶⁸, monopólio estatal (ou seja, monopólio legal ou de direito) é a reserva para o poder público de determinado setor do domínio econômico. Se a exclusividade for sobre todo o domínio econômico, deixará de ser monopólio para ser estatização da economia privada, como ocorre nos regimes socialistas, como verificar-se-á mais adiante. Em consonância com Herbert Gross³⁶⁹, o monopólio estatal é a deliberada subtração de certas atividades privadas das mãos dos particulares para colocá-las sob a égide da nação por motivo de interesse público³⁷⁰.

366 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 576-577.

367 Este monopólio estatal pode ser dividido em duas hipóteses. Pode-se ter monopólio de atividades afetas diretamente à soberania (ex.: declaração de guerra ou defesa nacional) e monopólios de atividades essenciais à preservação da ordem econômica. No primeiro caso, pela sua própria natureza, sua essência, não carecendo de referências legal ou constitucional expressas para constituírem monopólio, tendo de ser monopolizadas pelo Estado. No segundo caso, ou seja, naqueles em que se cria o monopólio para a preservação da ordem econômica, devem estar concentradas na mão do poder público, sendo imprescindível a expressa previsão legal ou constitucional. Ao falar em referência legal ou constitucional, não se está posicionando, mas apenas deixando claro que, dependendo da ordem jurídica, poderá se exigir previsão legal ou constitucional.

368 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 577.

369 Apud SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 126 e 127.

370 Vale mencionar que o monopólio legal ou de direito não configura apenas o monopólio estatal. Em tese, poderia o legislador criar um monopólio de empresas privadas para proteger outros direitos e, por conseguinte, o interesse público. Tal possibilidade configurou-se, por primeira vez, no *Slaughter-House Cases*, que se refere a um conjunto de três casos similares, julgados pelo *U.S. Supreme Court*. Em 1869, o legislador do estado da Louisiana aprovou uma lei que permitiu a criação de corporação que centralizava todos os matadouros na cidade. O objetivo declarado do novo regime foi o de restringir o despejo de restos e resíduos em vias e providenciar um local único para os animais serem mantidos e abatidos. O *U.S. Supreme Court* admitiu tal possibilidade por argumentos de saúde pública (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Slaughter-House*, 83

A Constituição brasileira de 1988 não é favorável aos monopólios. A atual constituição não deseja que o Estado atue como empresário, mas sim como agente normativo e regulador da atividade econômica, trazendo, portanto, uma nova visão da ordem econômica e do papel do Estado, diferente do que ocorria com a Constituição Federal de 1967/69 (art. 163), onde o legislador ordinário, em matéria econômica, possuía ampla competência podendo intervir no domínio econômico e até criar monopólio.

Por ser mais analítica que sua antecessora, a atual Carta Magna apresenta a vantagem de haver reduzido o uso de fórmulas excessivamente genéricas dos arts. 163 e 167, que regulavam o sistema de intervenção do Estado na atividade econômica, tão frequentemente abusado que as intervenções se faziam até por atos administrativos, como decretos, resoluções, etc.

Também o antigo art. 170 deixava espaço muito amplo à intervenção concorrencial do Estado em qualquer atividade econômica, dando apenas preferência às empresas privadas, permitindo a exploração estatal direta mesmo sem caráter suplementar, o que equivaleria a dizer que, declarado o interesse público, estava constitucionalmente justificada a estatização de qualquer setor da economia.

US (16 Wall) 36 (1873). Argued January 11, 1872. Reargued February 3–5, 1873. Decided April 14, 1873. Full case name: The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company; Paul Esteben, L. Ruch, J. P. Rouede, W. Maylie, S. Firmberg, B. Beaubay, William Fagan, J. D. Broderick, N. Seibel, M. Lannes, J. Gitzinger, J. P. Aycock, D. Verges, The Live-Stock Dealers' and Butchers' Association of New Orleans, and Charles Cavaroc v. The State of Louisiana, ex rel. S. Belden, Attorney-General; The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company. Citations: 83 U.S. 36; 83 U.S. (16 Wall.) 36; 21 L. Ed. 394; 1872 U.S. LEXIS 1139. Prior history: Error to the Supreme Court of Louisiana. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Salmon P. Chase. Laws applied: U.S. Const. Art. IV. sec. 2, 13th, 14th, 15th Amendments). No entanto, tal prática foi tida como um monopólio legal. E por tal motivo, alguns anos mais tarde, a mesma assembleia terminou com este e reintroduziu a concorrência, tendo sido, também, respaldado pelo U.S. *Supreme Court*. Na ocasião, pôde-se afirmar que a liberdade de exercer livremente uma profissão, como a de açougueiro, constitui um direito de ampla proteção que a Constituição americana confere e que os Estados-membros não podem invadir (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*. Butchers' Union Co. v. Crescent City Co., 111 U.S. 746 (1884). Argued April 9-10, 1884. Decided May 5, 1884. Full case name: Butchers' Union Slaughterhouse and Livestock Company v. Crescent City Livestock Landing and Slaughterhouse Company. Citations: 111 U.S. 746. Prior history: None. Subsequent history: None. Laws applied: U.S. Const).

Hodiernamente, os novos casos de intervenção, embora multiplicados, pelo menos restaram bem definidos, *numerus clausus*, e apenas um dispositivo trata agora, e com maior restritividade, da atuação (art. 173).

A Constituição de 1988 restringiu a possibilidade de interferência do Estado na ordem econômica, não mais falando de intervenção, mas sim de atuação, dispondo que, “*ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*”³⁷¹, conforme de-

371 O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de ressaltar, ainda no âmbito da Constituição de 1967/69, que o termo “*urgência*” e “*interesse público relevante*”, aos quais se referia o art. 58 da então Constituição, assumiam caráter político, estando entre o discricionarismo dos juízes de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do congresso. Porém, com relação ao conceito de “*segurança nacional*”, declara o STF que esse não é indefinido ou vago, nem aberto àquele discricionarismo do presidente ou do congresso. Para o STF, “*segurança nacional*” envolve “*toda a matéria pertinente a defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 62730 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 20-12-1967, Relator: Ministro Aliomar Baleeiro, Data Publicação: 20/12/1967).

Germán Fernández Farreres (FARRERES, Germán Fernández. En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: especial referencia al principio de subsidiariedad. Revista de Administración Pública. Madrid, n. 80, p. 127-167, may/ago., 1976, p. 150) analisa a Lei 194/1963, de 28 de dezembro, relativa ao “*Plan de Desarrollo Económico y Social*”, e critica a indeterminação do conceito “*alto interés nacional*”. Segundo o autor, o alto interesse nacional vem a ser um conjunto de fins absolutamente heterogêneos, como: manter uma posição relevante do poder público nos setores básicos, reestruturar setores e empresas, impulsionar o crescimento de setores de tecnologia avançada, contribuir ao desenvolvimento regional, evitar o excesso predomínio de capitais estrangeiros de determinados setores e fomentar a investigação nas empresas. Vide sobre o assunto: ORTIZ, Gaspar Ariño. La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión. Revista de Administración Pública. Madrid, n. 88, p. 55-106, ene./abr., 1979.

O judiciário espanhol na Sentença do Tribunal Supremo Espanhol, de 10 de outubro de 1989, declarou que a definição do objeto social de uma empresa municipal que seria constituída pelo *Ayuntamiento de Barcelona* era vago e impreciso. Dizia o objeto que a empresa deveria ser para: “*la promoción, refuerzo y participación en actividades económicas y sociales que contribuyan al desenvolvimiento del entorno socio-económico, potenciando iniciativas generadoras de riqueza y ocupación*” (ESPANHA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 10 de octubre de 1989). Para o Tribunal espanhol, não existia, no caso, uma vinculação com o princípio da especialidade das empresas públicas, segundo o qual, é necessário precisar com rigor a atividade que esta deve desenvolver para poder examinar se sua criação contribui realmente ao bem comum.

No mais, o judiciário brasileiro entende que, quando diante de um conceito jurídico indeterminado, está-se perante a uma norma aberta ou de extensão, que só o exame do caso concreto viabiliza aferir ou não sua existência. Empenham-se a doutrina e a legislação infraconstitucional em fixar-lhe contornos. Ao menos é assim que se entendeu ao analisar a expressão “*qualquer outro interesse difuso*”

finidos em lei” (art. 173), acrescentando que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4.º)³⁷².

ou coletivo” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 200336000102750, Processo: 200336000102750 UF: MT Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Data da decisão: 5/6/2006 Documento: TRF100230951, Fonte: DJ DATA: 30/6/2006 PAGINA: 142, Relator: Desembargador Luciano Tolentino Amaral, Data Publicação: 30/06/2006).

372 Artigo importante do Direito português que trata especificamente sobre a intervenção direta do Estado na economia é o 86, n.º 3 da CRP que, também, utiliza a incerteza semântica da vagueza (“sectores básicos”) para alargar a sua previsão.

Em ação que desejava que se declarasse, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das normas do art. 1.º da Lei n.º 110/88, de 29 de setembro, que autorizava o governo a alterar a Lei da Delimitação dos Setores (Lei n.º 46/77, de 8 de Julho), bem como da do art. 7.º desta última lei, o *Tribunal Constitucional Português*, no acórdão n.º 444/1993, analisou o princípio da vedação dos sectores básicos da economia à iniciativa privada e art. 1.º, n.os 1, 2 e 3, da Lei n.º 110/88. Enfatiza-se inicialmente que o modelo económico consagrado na Constituição é um modelo económico misto ou pluralista. Um modelo onde existe liberdade de iniciativa privada e liberdade de iniciativa pública. No entanto, há uma área da economia vedada à iniciativa privada. Essa área proibida aos privados não a define, porém, a Lei Fundamental, que devolve para o legislador a sua delimitação, chamados de “sectores básicos”. A Comissão Constitucional nos Pareceres n.º 13/80 e 23/81, afirma que a definição desses refletirá as valorações, os juízos e as opções políticas que faça o “poder político existente em cada momento histórico”. Sustenta o TC, desse modo, que o conceito de “sectores básicos” é, assim, um conceito aberto à intervenção do legislador, ou seja, à sua “liberdade de conformação”, que evidentemente não é absoluta ou total. Determina o acórdão que: “o legislador há-de, com efeito, e desde logo, respeitar o princípio da coexistência dos sectores. E, assim, não será legítimo que leve tão longe a vedação de certas actividades económicas à actividade privada que desvirtue ou subverta o próprio sentido do sector privado ‘enquanto elemento essencial do modelo económico misto delineado pela Constituição’ (cfr. Acórdão n.º 186/88). Mas, por outro lado, não será legítimo ao legislador ficar tão perto nessa vedação que lhe retire todo o sentido ou a ‘esvaízie de conteúdo útil’”. Por fim, não declara a norma inconstitucional (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 444/93, Processo: n.º 403/88, Plenário, Relator: Conselheiro Messias Bento, Data: 14 de Julho de 1993, Publicado no Diário da República, II serie, de 19 de outubro de 1993).

O *Tribunal Constitucional português* teve a oportunidade de analisar que a maioria dos sectores básicos que ficam vedados à atividade privada pertence à categoria dos “serviços públicos”. Afirma o TC que, dentre os serviços elencados como básicos, “a própria finalidade social dessas actividades económicas as torna, ou tende a torná-las, em geral, deficitárias ou insuficientemente rendíveis”, e logo por aí indesejadas pelo setor privado. Para o TC, o que importa é saber se a Constituição impõe, ou até onde impõe, uma certa e determinada conformação “real” ou “material” da organização económica, ou se afinal consente e até onde consente diversificadas alternativas nessa conformação (ou seja, se impõe um, ou comporta, e até onde, diferenciados modelos económicos efetivos). Conforme o TC, a resposta não pode ser vista unicamente (é óbvio) à luz do art. 85, n.º 3, da Constituição portuguesa, pois a singularidade da imposição ao legislador, no sentido de vedar sempre um “mínimo” de sectores à iniciativa privada e, sobretudo, na “liberdade de iniciativa pública”, não o permite. Segundo o TC, o critério de rendibilidade ou não das atividades vedadas (ou mesmo, caso se queira, o seu caráter de “serviços públicos”) é, bem vistas as coisas, um critério inadequado e juridicamente imprestável para limitar as fronteiras da liberdade de conformação legislativa no âmbito do art. 85, n.º 3, da Constituição, e, ainda mais, para servir de padrão a um correspondente controle contencioso. Não pode falar-se neste contexto, pois, de atividades em que estaria excluída *in re ipsa* a possibilidade da sua subordinação à óptica económica privada, ou seja, em maior ou menor medida, a uma

Dessa forma, mantendo a orientação das Constituições anteriores, a atual assegurou à iniciativa privada a preferência para exploração da atividade econômica, atribuindo ao Estado somente as funções de “fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (art. 174).

Assim, conquanto o Estado brasileiro tenha ampliado seus monopólios tratando-se de modalidades de aplicação imediata, em compensação, com o desaparecimento da regra do art. 163, *caput*, da Carta anterior, que concedia ampla competência na matéria ao legislador ordinário, ou seja, facultava-se a possibilidade deste legislador instituir monopólios estatais, impossibilitou-se, na nova, a criação de qualquer outra modalidade, salvo

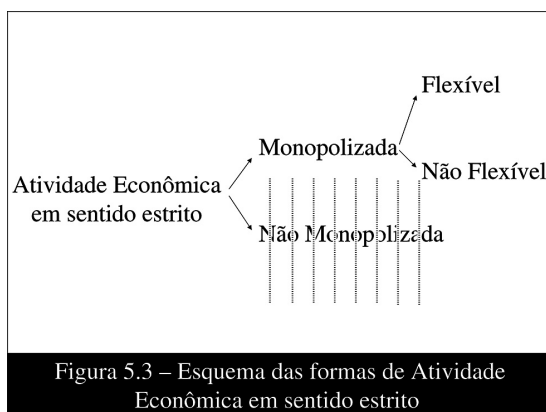


Figura 5.3 – Esquema das formas de Atividade Econômica em sentido estrito

Fonte: Elaborada pelo autor.

por emenda constitucional ou por uma interpretação de mutação constitucional³⁷³.

Ora, se a própria Constituição ampliou o monopólio, uma lei federal não pode mais instituí-lo, como fazia o art. 163 da Constituição de 1967/69, e apenas as atividades enumeradas no art. 177 da atual Constituição são monopólios estatais, isto é, são monopólios legais ou de direito.

Desse modo, pode-se dizer que a atividade econômica em sentido estrito monopolizada é uma situação excepcional, que hoje a Constituição não admite que seja reproduzida pelo legislador ordinário. A figura 5.3 retrata essa subcate-

óptica de lucro. Em suma: “optar por vedar ou não à actividade de empresas privadas determinados ‘sectores básicos da colectividade’, é ainda algo que cabe inteiramente no quadro da liberdade de conformação legislativa consignada no art. 85, n.º 3, da Constituição, e se inscreve na teleologia deste preceito” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 186/88, Processo: n.º 344/88, Plenário, Relator: Conselheiro Cardoso da Costa, Data: 11 de Agosto de 1988, Publicado no Diário da República, II serie, de 5 de setembro de 1988).

373 Para José Vicente Santos de Mendonça (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 448), ao contrário da maioria da doutrina, sustenta que é possível a criação de monopólios legais por lei ordinária: “a uma, porque o Texto Constitucional não permite a extração de dados com base nos quais se possa afirmar que houve um silêncio eloquente quanto ao ponto (em relação à redação da Constituição de 67/69); a duas, porque a lição de que ‘exceções’ se ‘interpretam restritivamente’ costuma esconder manipulações argumentativas que configuram exceções – sem explicar o porquê – e pressupõem graus de intensidade para tal ‘interpretação restritiva’”.

gorização das atividades econômicas em sentido estrito. Essa forma de atuação só convive com o princípio da livre iniciativa, com o qual se confronta, por força do princípio da unidade, pelo qual todas as normas constitucionais originárias têm a mesma hierarquia e harmonizam-se por meio de uma interpretação sistemática de modo a garantir a integridade do texto³⁷⁴.

Ora, resta dizer que o exercício da atividade econômica realizada pelo Estado, em regime de monopólio, significa que tais atividades não apenas passam a ser exercidas pelo Estado, como que os particulares estão impedindo de explorá-las³⁷⁵. Assim, pelo menos, é o que se depreende da idéia de monopólio. No entanto, atualmente, a CRFB flexibilizou o monopólio, criando um regime de competição entre empresas que se dispõe em disputar, num procedimento licitatório, as contratações previstas no §1.º do art. 177 da CRFB. Por tal motivo que dentro da classificação atividade econômica em sentido estrito monopolizado, tem-se outra divisão entre as que são flexíveis e as que não o são (figura 5.3).

No mais, vale mencionar que todos os casos de monopólio arrolados nesse art. 177 são atividades econômicas em sentido estrito. O mesmo acontecia com a Constituição de 1967/69, em seu art. 163. Isso faz crer que somente atividade

374 Nas palavras de Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 185): “O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou ‘otimização’ das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas”.

375 É por ir contra a livre iniciativa que boa parte da doutrina defende que, a partir da entrada em vigor da nova Carta, só são admitidos os monopólios estatais por ela previstos expressamente; lei alguma podendo criá-los. Essa é a opinião, dentre outros, de Fábio Konder Comparato, Celso Antônio Bandeira de Mello e Nelson Eizirik, respectivamente (apud BARROSO, Luis Roberto. *Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada*. *Revista de direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 222, p. 179-212, out./dez., 2000, p. 200): “A vigente Carta Constitucional preferiu seguir o critério de enumeração taxativa dos setores ou atividades em que existe (independentemente, pois, de criação por lei) monopólio estatal, deferido agora exclusivamente à União (art. 177 e 21, X, XI e XII). Quer isto dizer que, no regime da Constituição de 1988, a lei já não pode criar outros monopólios, não previstos expressamente no texto constitucional, pois contra isso opõe-se o princípio da livre iniciativa, sobre o qual se funda toda a ordem econômica (art. 170).

Finalmente, convém lembrar que a Constituição previu o monopólio de certas atividades. São elas unicamente as seguintes, consoante arrolamento do art. 177 da Constituição [...] Tais atividades monopolizadas não se confundem com serviços públicos. Constituem-se, também elas, em ‘serviços governamentais’, sujeitos, pois, às regras do Direito Privado. Correspondem, pura e simplesmente, a atividades econômicas subtraídas do âmbito da livre iniciativa.

Com relação à intervenção monopolista do Estado na atividade econômica, embora tenha a vigente Constituição ampliado o elenco de hipóteses em que ela ocorre, impossibilitou-se a criação de novos monopólios estatais, salvo por emenda constitucional”.

econômica em sentido estrito pode ser objeto de monopólio legal ou de direito. Por isso, não se pode confundir o termo monopólio com o termo privilégio. O monopólio é a detenção exclusiva de bem ou da atividade por uma só pessoa; privilégio é a delegação do direito de exploração do bem ou da atividade monopolizada a um ou alguns interessados. O monopólio é sempre exclusivo e excludente dos demais interessados; o privilégio pode ser exclusivo ou não.

Luis Roberto Barroso³⁷⁶ declara que:

Somente atividades econômicas podem ser objeto de monopólio estatal; o Estado o institui exatamente para subtrair da iniciativa privada o exercício de determinada atividade econômica. O serviço público é, por sua própria natureza e definição jurídica, titularizado pelo Estado, de modo que não há necessidade nem lógica em prever, em relação a ele, um regime de monopólio. Os serviços públicos já são, por assim dizer, essencialmente 'monopolistas': aos particulares só pode ser delegado seu exercício, e ainda mediante um ato negocial específico do poder público, precedido de um procedimento administrativo de licitação (art. 175, CF). Conseqüentemente, basta que não se conceda ou permita a prestação de determinado serviço para que ele seja desempenhado exclusivamente pelo Estado.

Pode-se individuar, de uma forma bem simples, que privilégio é gênero, sendo exclusivo e monopólio espécies deste. O privilégio exclusivo está para o serviço público, assim como o monopólio para a atividade econômica em sentido estrito³⁷⁷.

2.3.3.1 Estudo de setor: petróleo e gás natural

A história da indústria do petróleo e do gás natural é recente³⁷⁸, data de meados do século XIX – atualmente, é tida como uma das principais ativi-

376 BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 222, p. 179-212, out./dez., 2000, p. 203.

377 Segundo Enrique Sayagués Laso (apud ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 45 e 46): "*la cláusula de exclusividad no puede confundirse con el monopolio. Esta es la supresión de la concurrencia en una actividad libre para reservarla a una persona pública o privada, mientras que aquella solo puede surgir en los servicios públicos, donde no existe libre concurrencia pues para explotarlos se necesita concesión*".

378 Sobre informação histórica do petróleo e sua indústria vide: <<http://www.anp.gov.br/>> e DIAS, José L. de Mattos; QUAGLINO, Maria Ana. *A questão do petróleo no Brasil: uma história da Petrobras*. Rio de Janeiro: FGV, 1993.

dades econômicas mundiais³⁷⁹. Desde seu descobrimento³⁸⁰ até 1938, a exploração dessa atividade no Brasil era realizada em regime de livre iniciativa. O Decreto-Lei n.º 395, de 29 de abril de 1938, nacionalizou as riquezas do subsolo brasileiro e criou o Conselho Nacional do Petróleo³⁸¹. A internacionalização do petróleo, porém, começou apenas na década de 1950, com as concessões que poderiam envolver todo o território de um país, em condições altamente vantajosas às companhias petrolíferas³⁸². Tal mecanismo foi de imensa utilidade para a transformação do petróleo na principal matriz energética do século XX³⁸³.

Em 1953, estabeleceu-se o monopólio estatal com a promulgação da Lei n.º 2.004, de 03 de outubro de 1953. Essa lei criou a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. Tinha, à época, a função de órgão central da execução da Política Nacional do Petróleo. Em 1963, o monopólio foi ampliado, passando a abranger igualmente as atividades de importação e exportação de petróleo e seus derivados. O sistema manteve-se nesses moldes até 1995, ano que ocorreu a flexibilização do monopólio³⁸⁴.

379 Por ser uma riqueza distribuída de forma desigual pelo planeta e por ser um recurso não-renovável, transformou-se ele em um mercado de extrema importância política, sendo inclusive chamado de ouro negro, foi e continua sendo causador de crises governamentais, levando a explícitas, e até mesmo, implícitas guerras, massacres e extermínios. Apenas a título de exemplo, pode-se citar a primeira Guerra do Golfo, as diferentes guerras entre os países árabes, inclusive a Guerra Irã-Iraque, a luta pela independência da Chechênia e a Guerra Iraque-Estados Unidos da América.

380 No Brasil, muitas concessões para tentativas de exploração de petróleo foram outorgadas a partir de 1858 (Decreto n.º 2.266, de 02 de outubro de 1958), porém o primeiro poço de petróleo (488 metros) foi realizado entre 1892 e 1896, no município de Bofete, no estado de São Paulo, por Eugênio Ferreira Camargo. Tal poço era improdutivo.

381 O Decreto-lei n.º 538, de 07 de julho de 1938, organiza o Conselho Nacional de Petróleo, define suas atribuições e dá outras providências. Coincidentemente, em 1939, foi descoberto o primeiro poço produtivo, mas antieconômico no Brasil, chamado, à época, de óleo de Lobato, bairro da cidade de Salvador, no estado da Bahia, onde foi descoberto.

382 Posteriormente, tais concessões foram tidas como lesivas à sociedade, sendo inclusive necessária uma Resolução da ONU (n.º 1803/68) reconhecendo o direito dos países ao subsolo (soberania sobre os seus recursos naturais).

383 Nessa época, as “Sete Irmãs” – Shell, Texaco, Móbil, Gulf, Chevron, Esso, British Petroleum – dominavam o mercado. Foi a existência de companhias menores, não-verticalizadas e a criação de estatais que quebraram a hegemonia das “Sete Irmãs”. Excepcionando-se a tal fenômeno, países como Argentina, México e Brasil criaram suas estatais, respectivamente, em 1923 (YPF), 1938 (Petróleo Mexicano) e 1953 (Petrobras).

384 Vivenciava-se, nessa época, um crescimento econômico jamais visto pelo Brasil. Ocorre que depois da primeira crise petrolífera, de outubro de 1973, sintomas de esgotamento das possibilidades desse

A Emenda Constitucional n.º 5, de 15 de agosto de 1995, abriu a possibilidade de os Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, que, nos termos de redação original do art. 25, §2º, só poderiam ser delegados a empresa sob controle acionário estatal. A Emenda Constitucional n.º 9, de 9 de novembro de 1995, admitiu que a União atribuisse a exploração (pesquisa) e a produção (lavra) do setor petrolífero por empresas privadas ou estatais³⁸⁵.

Com o intuito de implementar as Emendas Constitucionais citadas, foi editada a Lei n.º 9.478, de 07 de agosto de 1997, que estabeleceu as diretrizes gerais da Política Energética Nacional, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética, determinou as atividades relativas ao monopólio do petróleo e criou a Agência Nacional do Petróleo (ANP)³⁸⁶, de modo a ditar normas de condução entre os agentes envolvidos (concedente, concessionário e usuário). Essa agên-

crescimento já eram visíveis, e com a intenção de manter tal ritmo, discutiu-se se o melhor era ajustar-se ou buscar financiamento, infelizmente, o país decidiu endividar-se e esgotar suas fontes, criando taxas de inflação crescentes, dívidas interna e externa elevadas, acentuando o desequilíbrio do balanço de pagamentos, entre outros.

Com uma política de intervenção direta na economia, a máquina do Estado cresceu e transformou-se num gigante incontrolável, levando o Estado, com uma série de outros motivos, a um declínio que perdurou desde o segundo “*choque*” do petróleo, em 1979, até o início da década de 1990, englobando toda década de 80, também chamada de “*década perdida*”.

Em 1990, foi criado o Programa Nacional de Desestatização, por meio da Lei n.º 8.031, de 12 de abril. Tal programa tinha como escopo reduzir o tamanho do Estado, desestatizando, principalmente, por meio da privatização. Pode-se interpretar tal legislação como uma identificação estatal do que seria “*relevante interesse coletivo*”, uma vez que a legislação determinou que certas empresas desempenhavam papel estratégico na economia brasileira, tendo sido expressamente excluídas do Programa, dentre elas, tinha-se a Petrobras (art. 3º). Sobre o tema lecionou José Edwaldo Tavares Borba (BORBA, José Eduardo Tavares. Sociedade de economia mista e privatização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 44): “*Como empresa, a PETROBRÁS permanecerá excluída do processo de privatização, e a transferência das ações de seu capital, de propriedade da União, continua adstrita ao disposto na Lei nº 2004/53. Nessas condições, 51% do capital deverão permanecer na titularidade da União. As demais ações poderão ser alienadas, inclusive dentro do processo de privatização*”. Tal entendimento do legislador não se modificou após a revisão das normas atinentes ao Programa (art. 2º, § 2º da Lei n.º 9.491/97).

A exclusão da Petrobras do Programa Nacional de Desestatização leva ao entendimento de uma legitimação da entidade para explorar a atividade econômica em face do relevante interesse coletivo.

385 Ressalta-se que o mesmo foi feito em relação à União, quanto aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens pela Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995; até então, o art. 21, em seus incisos XI e XII, só admitiam a concessão à empresa estatal.

386 Diferencia-se a ANP dos demais entes reguladores criados pela União pelo fato de ser o único ente que não regula, nem controla ou fiscaliza um serviço público, mas sim uma atividade econômica em sentido estrito. Tal se deu, por ser a indústria petrolífera de absoluta essencialidade à economia nacional.

cia, chamada de reguladora, possui a forma de autarquia especial, caracterizada pela independência nas suas decisões, por meio da nomeação de conselheiros selecionados dentre pessoas com notório saber e conhecimento no setor petrolífero, após aprovação de seus nomes pelo poder legislativo, para exercício de funções com um mandato fixo antes do qual não podem ser destituídos do cargo.

Vivencia-se, no momento, uma época de transição³⁸⁷, na qual a Petrobras possui um novo papel, uma vez que passou a atuar em competição com as demais empresas do setor, como se privada o fosse e em consonância com os dispositivos constitucionais que asseguram a livre iniciativa e a livre competição. Devido a este motivo, passou a Petrobras a ser uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério das Minas e Energia, que tem por objetivo a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades ou afins, conforme definidas em lei, tudo em caráter de livre competição com outras empresas. Para tanto, pode agir diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias³⁸⁸, associada ou não a terceiro (art. 61, caput e §1.º da Lei n.º 9.478/97)³⁸⁹.

387 Para não prejudicar a Petrobras dos embaraços impostos às entidades da Administração Pública, foi instituído um regulamento simplificado de licitação (art. 67 da Lei n.º 9.478/97), além de ter se dado a Petrobras a hipótese, por mais que remota, de vencedora em caso de empate. A ideia básica era evitar a demora típica dos procedimentos licitatórios previsto na Lei n.º 8.666/93.

388 Suas subsidiárias, embora sejam pessoas jurídicas distintas, pertencem a um mesmo grupo econômico, representando especializações das funções de sua controladora. Sua existência decorre de um imperativo regulatório e é decorrência direta do princípio da especialidade. Com intenção de ampliar a competitividade, prevê-se para o setor a desagregação de atividades – *unbundling* – segregando estágios competitivos daqueles que não comportam competição. Tal desagregação possui 3 níveis: contábil, jurídica ou societária. A contábil existe para controlar as receitas de cada uma das atividades impedindo, dessa maneira, os subsídios cruzados. A jurídica exige que as atividades sejam desenvolvidas por pessoas jurídicas distintas, ainda que do mesmo grupo (vide art. 65 da Lei n.º 9.478/97). E a desagregação societária ou acionária, onde se tem a mais grave forma de intervenção, impede que um grupo controle toda a cadeia de atividades, impondo-se, como consequência, a alienação compulsória do controle de um segmento (vide, art. 12 da Portaria n.º 116, de 05 de julho de 2000 da ANP).

389 Em Portugal, a indústria petrolífera está regulamentada pela Lei n.º 1.947, de 12 de fevereiro de 1937 (Lei do Petróleo) e seu regulamento, o Decreto n.º 29.034, de outubro de 1938. A Lei do Petróleo constituiu o primeiro marco regulamentar do setor petrolífero português emanada com vista a regular “a importação, o armazenamento e tratamento industrial dos petróleos brutos, seus derivados e resíduos”, abrangendo, assim, todo o circuito petrolífero, da prospecção à comercialização dos produtos refinados. Ambos os diplomas legais constituíram o enquadramento legal do setor do petróleo,

Desse modo, a normatização que sustenta a organização do setor petrolífero e de gás natural são, basicamente, a Constituição Federal³⁹⁰, a Lei n.º 9.478, de 07 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo), a Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1989, os Decretos n.º 2.455, de 14 de janeiro de 1998, n.º 2.705, de 03 de agosto de 1998 e n.º 1, de 07 de fevereiro de 1991.

O setor petrolífero pode ser definido como o setor que explora, produz, refina, processa, transporta, comercializa (importa e exporta), distribui e revende petróleo e seus derivados, gás natural e outros hidrocarbonetos³⁹¹.

tendo-se mantido em vigor muitas das suas disposições até à recente publicação do Decreto-lei n.º 31/2006, de 15 de fevereiro.

Com a adesão de Portugal à União Europeia, muitas alterações foram implementadas no setor, porém como consequência direta do art. 208 do Acordo de Adesão, Portugal, em 1993, editou o Decreto-lei n.º 106/93, de 7 de abril, que operou a abertura da gestão do setor, após a abolição de medidas de controle e fiscalização direta, estabelecendo disposições que visaram à organização de uma informação sistemática e permanente às autoridades públicas, dando cumprimento à Diretiva 76/491/CEE, de 4 de maio.

Paralelamente e transportando para o Direito português a Diretiva 98/93/CE, de 14 de dezembro, foi editado o Decreto-lei n.º 10/01, de 27 de janeiro, sobre as ditas “reservas estratégicas”.

Atualmente, o setor energético em Portugal tem como estratégia a liberalização e a promoção da concorrência nos mercados (Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de outubro). Especificamente no setor petrolífero, vale citar a criação, por meio do Decreto-lei n.º 31/2006, de 15 de fevereiro, do Sistema Petrolífero Nacional (SPN), que concretiza no plano normativo a linha estratégica da Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de outubro. Tal diploma define para o setor petrolífero um quadro legislativo coerente e articulado com a legislação comunitária, com as obrigações decorrentes da Agência Internacional de Energia e com os princípios e objetivos estratégicos aprovados na referida resolução. Estabelece o regime geral para o acesso ao exercício das várias atividades de tratamento e refinação, armazenamento, transporte por conduta, distribuição e comercialização, mantendo o princípio da sujeição a licenciamento das instalações petrolíferas a partir das quais aquelas são exercidas, mas prevendo para a comercialização um licenciamento próprio, considerando as realidades e a multiplicidade de situações específicas inerentes à comercialização de produtos petrolíferos.

Nesse contexto, cabe ao Estado português o papel supletivo de garantir a segurança do abastecimento de combustíveis através da monitorização do mercado pela Direção-Geral de Geologia e Energia e pela definição da obrigação de constituição de reservas pelos intervenientes.

390 A Constituição brasileira traz várias menções sobre a atividade do petróleo e do gás natural. São elas: art. 20, IX e § 1º; art. 22, IV e XII; art. 25, § 2º; art. 155, II, § 2.º, X, b), § 3º e § 4º, I; art. 176, § 1º, § 2º, § 3º e § 4º; art. 177, I, II, III, IV, § 1º, § 2º, I, II, III, § 3º e § 4º, I, a), b), II, a), b), c); e art. 238.

391 Tanto o Petróleo como o gás natural ou apenas gás são definidos pela Lei n.º 9.478, de 07 de agosto de 1997, em seu art. 6º. Ressalta-se, apenas, que as reservas de petróleo e gás natural não são nem bens de uso comum do povo nem de uso especial vinculado à prestação de um serviço público, mas bens que podem ser afetados a uma exploração econômica, como os bens dominicais e sua utilização são tidas como de uso especial. Assim, refere-se Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 433): “Bens dominicais, ou do patrimônio disponível, são aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles

O setor petrolífero é, portanto, estruturado por uma série de etapas ou segmentos que podem ser delegados pelo Estado por meio de concessão ou autorização. Não se podem confundir as etapas ou segmentos, nem as formas de delegação, que variam conforme as primeiras.

Sabe-se que as concessões no Direito brasileiro podem ser de obra pública, de uso de bem público, de direitos reais sobre o uso de bens públicos e de prestação de serviços públicos, mas também podem ser de atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Não se trata, nesse último caso, de um contrato de serviço público, como usualmente a concessão era utilizada. Trata-se de um contrato *intuito personae*, comutativo, oneroso, imperativo, mutável, intransferível e, principalmente, *sui generis*, uma vez que não admitem o uso de cláusulas exorbitantes (tão típicas dos contratos administrativos) e admite ao contratante (ANP) poderes de intervenção na execução contratual (normalmente negados nos contratos privados), conforme dispõe o art. 43 e 44 da Lei n.º 9.478/97.

Analisando-se a questão, percebe-se que se está diante de mais uma importação, adaptada ao modelo brasileiro. Melhor teria feito o legislador se denominasse tal contrato de “licença”, termo utilizado mundialmente para a delegação da atividade petrolífera.

A concessão da atividade petrolífera não é precária e nem constitui um ato unilateral da Administração Pública. Trata-se de um contrato econômico³⁹²,

diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim, ou mesmo alienados pela Administração se assim o desejar. Dá por que recebem também a denominação de bens patrimoniais disponíveis, ou de bens do patrimônio fiscal. Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de direito pessoal ou real, isto é, sobre eles a Administração exerce poderes de proprietário, segundo os preceitos de direito constitucional e administrativo, na autorizada expressão de Clovis Beviláqua.” Não confundir os bens públicos, que podem ser objeto de uso comum ou de uso especial, com a classificação de bens como de uso comum, especial ou dominical. A utilização das reservas de petróleo e gás em atividades econômicas de exploração, desenvolvimento e produção é tida como de uso especial e José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 846) define o bens públicos de uso especial como: “[...] a forma de utilização de bens públicos em que o indivíduo se sujeita a regras específicas e consentimento estatal, ou se submete à incidência da obrigação de pagar pelo uso”.

392 Existe divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica da concessão da atividade petrolífera. Alexandre Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, v. 10, n. 44, p. 171-202, maio-jun., 2002, p. 174-175; p. 180-182) e Toshio Mukai (MUKAI, Toshio. Responsabilidade Civil Objetiva - Previsão Legal – Parecer. *Doutrina ADCOAS*. v. 2, n. 12, p. 406-413, dez., 1999, p. 406-407 e p. 409-412) entendem serem contrato de Direito Privado. Já Maria D’Assunção Costa

mas não de Direito Privado³⁹³, pelo qual a ANP atribui ao particular poderes de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. É, portanto, espécie de contrato da administração, mas não se enquadra nos chamados contratos administrativos, pois aqui, a Administração explora uma atividade econômica em sentido estrito e não um serviço público (tratar-se-á da natureza dos diversos segmentos petrolíferos mais adiante).

Viu-se que foi a EC n.º 9 que abriu a possibilidade para que o Estado contratasse com empresas estatais ou privadas o exercício do monopólio, desde que garantisse, com tal delegação, o fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional e definisse as condições de contratação por meio de ente regulador do setor, a ANP³⁹⁴. Esta personaliza a competência da União, a quem cabe o monopólio estatal do petróleo e teve a ela concedida o papel de concedente, sendo-lhe outorgada a competência para editar as normas técnicas sobre o procedimento de contratação, como da atribuição de elaborar os editais, promover as licitações e celebrar os contratos para a execução de atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural³⁹⁵, com vistas à flexibilização desejada pela EC n.º 9³⁹⁶.

Menezello (MENEZELLO, Maria D' Assunção Costa. *Comentários a Lei do petróleo*: Lei Federal nº 9.478, de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000, p. 125-126) concebe como um contrato de uso e exploração de bem público.

393 De acordo com Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 98), dito contrato não se trata de um contrato de Direito Privado, "porque, tendo a Administração como contratante, os interesses público e privado não se equivalem a ponto de afastar todas as prerrogativas de Estado". Segundo o autor, trata-se de um contrato de intervenção do Estado no domínio econômico, ou, simplesmente, de contrato de direito econômico.

394 Ressalta-se que a propriedade do petróleo e do gás natural são da União, uma vez que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo (CRFB, art. 20, IX), sendo assegurada às demais entidades federadas uma participação no resultado da sua exploração ou compensação financeira pelos danos dela decorrentes. Porém, sua exploração é disciplinada pela ANP, por mandamento legal. Registra-se, também, que é garantida, constitucionalmente, ao concessionário, a propriedade sobre o produto da lavra (CRFB, art. 176, § 1º).

395 Não confundir o espaço geográfico em que desenvolverão as atividades concedidas (bacia sedimentar, reservatório ou depósito, jazida, bloco e campo de petróleo), cujas definições estão contidas no art. 6º da Lei nº 9.478/97, com o objeto do contrato, que é a atividade de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural.

396 Em consonância com Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 99), as licitações para a concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural não se

A licitação pública, por onde se escolhe a proposta mais vantajosa para a Administração, é regra constitucional (art. 22, XXVII, art. 37, XXI e princípios da isonomia, eficiência e economicidade) e legal (art. 8, IV e 23, da Lei n.º 9.478/97).

Por serem de bens públicos dominicais, ou seja, por integrem o patrimônio disponível da União e por serem de uso especial, uma vez que ocorrem alterações no estado natural do bem, tem-se afastada a noção de concessão de serviço público e vê-se justificada a licitação na modalidade de concessão de exploração de atividade econômica³⁹⁷.

Tais contratos são peculiares, pois se referem à exploração econômica de um monopólio. Há, pois, fases distintas: exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural³⁹⁸.

submetem aos preceitos da Lei n.º 8.666/93, mas aos da Lei n.º 9478/97, às normas editadas pela ANP e ao edital de licitação (art. 36 da Lei n.º 9478/97); este último decorre da competência específica da ANP para estruturar tecnicamente, por meio da regulação, um mercado até então inexistente (onde antes havia um monopólio). Acrescenta, ainda: “No caso do petróleo e gás natural, cabe notar que, na inexistência de um mercado prévio, certas características do procedimento da Lei n.º 8.666/93, especialmente no que concerne aos documentos de habilitação (e, detalhando mais ainda, notadamente na parte fiscal), são absolutamente inaplicáveis; afinal, as empresas que lograrem êxito no certame licitatório, deverão necessariamente constituir-se no Brasil, sob as leis brasileiras, para assinar o contrato de concessão. Mas suas controladoras, habilitadas a participar da licitação, podem ser empresas estrangeiras, com sede no exterior, onde nem sempre existem os documentos aqui exigidos”.

397 Por sua vez, Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 548-549) adota classificação distinta e considera que os bens de uso comum são aqueles exercidos, em igualdade de condições, por todos os membros da coletividade. Para a autora, tais bens admitem duas modalidades: o uso comum ordinário e o uso comum extraordinário. No entanto, alerta a autora que “existem determinados casos de utilização de bem público por particular que, por sua peculiaridade, dão margem a controvérsias quanto a sua inclusão em uma ou outra modalidade de uso (comum ou privativo), havendo quem os inclua em terceira categoria. Trata-se de utilização que não se exercem com exclusividade (não podendo, por isso, ser consideradas privativas), mas que dependem de determinados requisitos, como pagamento de prestação pecuniária ou de manifestação de vontade da Administração, expressa por meio de ato de polícia, sob a forma de licença ou de autorização. O uso é exercido em comum (sem exclusividade), mas remunerado ou dependente de título jurídico expedido pelo Poder Público”.

398 A cadeia do gás e do petróleo é assim descrita na pesquisa de estudos setoriais do ENERGE e COPPE/UFRJ (TOLMASQUIM, Mauricio Tiommo; SZKLO, Alexandre Salem (Coords.). *A Matriz Energética Brasileira na Virada do Milênio*. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ; ENERGE 2000, p. 450): “A indústria de petróleo constitui uma cadeia de atividades que vai desde a prospecção de uma jazida até a distribuição de derivados ao consumidor. Conseqüentemente, caracteriza-se por uma grande heterogeneidade tecnológica e uma vasta gama de processos produtivos. Os principais segmentos da indústria de petróleo são, a montante (upstream), exploração e produção e a jusante (downstream), transporte, refino e distribuição”.

Apesar de não poder se opor às decisões comerciais dos concessionários, não há como negar certo poder-dever que a ANP tem no que tange aos contratos de concessão³⁹⁹, o que é uma das características dos contratos da Administração, ou seja, a direção. Isso, no entanto, não o transforma em um contrato administrativo, uma vez que o concessionário possui privilégios e restrições que esses não o possibilitam⁴⁰⁰.

A exploração, também chamada de pesquisa, pode ser concedida por 3 anos, podendo ser prorrogada por um prazo máximo de 2 anos, que dependerá de um requerimento formal. É o conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando descoberta de petróleo e gás natural. Divide-se, basicamente, em pesquisa e perfuração. A pesquisa levanta os diversos fatores que indicam a formação de grandes acumulações de hidrocarbonetos. Uma vez identificados todos estes fatores, é feita a perfuração do poço. Completa-se com a exploração propriamente dita e a avaliação de eventuais descobertas. Existe nessa fase um programa exploratório mínimo que deve ser cumprido. Descobrendo-se petróleo, há de ser feita uma notificação de descoberta, para que então se avalie a descoberta no intuito de declarar ou não essa como comercial, que é, vale mencionar, uma faculdade do concessionário, caso esta não ocorra deverá devolver à ANP a área de desenvolvimento (é o chamado direito de desistência).

Uma vez realizada a declaração de comercialidade, há de ser feito um plano de desenvolvimento que deve ser preparado de acordo com as boas práticas da indústria do petróleo. Deve a ANP aprovar o plano em 180 dias. Decorrido tal prazo e não havendo manifestação, o plano estará automaticamente aprovado, tendo em vista o silêncio da Administração. Ressalta-se, que essa aprovação “*tácita*” não é ato administrativo, mas sim fato jurídico. Pode a ANP, dentro de suas atribuições, solicitar modificações para sua melhor adequação. O concessionário obriga-se a cumprir o plano, caso contrário, pode a ANP aplicar sanções (advertência ou multa) ou até rescindi o contrato. Deve o concessionário, portanto, submeter à ANP qualquer alteração que se mostre conveniente e oportuna. Por fim, tem-se a fase da produção, também chamada de lavra, que cobre as atividades anteriormente mencionadas (desenvolvimento), uma vez que tem início na data da declaração de comercialidade e a produção propriamente dita do petróleo ou do gás natural. Tal fase é o conjunto de operações de extração de petróleo ou gás natural e de preparo para sua movimentação. Pode ser concedida por até 27 anos, podendo ser reduzida ou prorrogada se requerido e após análise da ANP. Até este ponto, as indústrias de petróleo e gás natural caminham juntas.

Tais informações foram obtidas por intermédio do site da ANP – Agência Nacional de Petróleo (<<http://www.anp.gov.br/gas/index.asp>>).

- 399 Por exemplo: definição de áreas, aprovação de programas de exploração, prorrogação do prazo para a exploração, aceitação de reduções do programa exploratório mínimo e formulação de exigências para tanto, aceitação de programas de abandono, análise de planos de avaliação de descoberta para fins de comercialidade ou não, estabelecimento de instruções para a utilização de áreas ambientalmente sensíveis ou nas quais se encontrem outros recursos minerais, análise e imposição de modificações em programas de produção e, até mesmo, interrupção da produção.
- 400 Por exemplo: a decisão sobre a comercialidade cabe exclusivamente ao concessionário, ainda que este a tome submetendo-a ao prévio exame do poder concedente; admite-se a que quaisquer controvérsias sejam submetidas à arbitragem, sem necessidade de serem levadas ao poder judiciário; não é o concessionário livre para escolher todos seus fornecedores, obriga-se que este adquira um percentual mínimo de produtos e serviços no mercado local.

Logo, a concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural, conferindo-lhe a propriedade do petróleo depois de extraído, com os encargos relativos aos pagamentos dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes (art. 26, da Lei n.º 9.478/97)⁴⁰¹.

Outra atividade submetida à tutela da ANP é o refino do petróleo e o processamento do gás natural (art. 53, da Lei n.º 9.478/97)⁴⁰². A exploração destas atividades se instrumentaliza por meio de autorização⁴⁰³ outorgada pela ANP, após a apresentação de proposta pelo interessado de construção e operação de refinarias ou de unidades de processamento e de estocagem de gás natural.

É também por meio de autorização que a ANP outorga as empresas o direito de construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural (art. 56, da Lei n.º 9.478/97).

Refinado o petróleo e transportado, tem-se a distribuição ou revenda de seus derivados⁴⁰⁴. Já no setor de gás natural, feito o processamento e transportado o gás natural, ter-se-á a distribuição do gás que ocorre por meio de serviços locais de comercialização junto aos usuários finais, explorados com

401 As participações governamentais deverão estar previstas no contrato de concessão e estão arroladas no art. 45 da Lei n.º 9.478/97. São elas os bônus de assinatura; os royalties; as participação especial; e o pagamento pela ocupação ou retenção de área (vide arts. 46 a 52 da Lei n.º 9.478/97).

402 O refino é o conjunto de processos destinados a transformar o petróleo em derivados de petróleo. O tratamento ou o processamento de gás natural é o conjunto de operações destinado a permitir o seu transporte, distribuição e utilização (art. 6º, V e VI, da Lei n.º 9.478/97).

403 Trata-se de autorização de polícia para o desenvolvimento de atividades econômicas, que é tradicionalmente caracterizado como ato administrativo unilateral (já que praticado pela Administração após provocação) e precário (eis que sujeito à revogação a qualquer momento). Paulo Valois (VALOIS, Paulo. *A evolução do monopólio estatal do petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 133) explica que: "Para alguns, a autorização para as atividades de transporte, importação, exportação e refino de petróleo é passível de críticas por ser precária, não gerando direito subjetivo para o titular. A insegurança gerada pelo regime das autorizações foi de certa forma atenuada pela política adotada pela ANP, que em seus atos administrativos, tentou limitar as hipóteses em que a autorização poderia ser cassada pela administração pública. O exemplo clássico é o da Portaria ANP n.º 28/99, que enumerou os casos de cassação das autorizações emitidas para o refino do petróleo. O argumento em favor desse regime decorre do fato de que a emissão de autorizações pela ANP prescinde de prévio procedimento licitatório, conferindo maior celeridade para o desenvolvimento dos projetos".

404 A distribuição é a atividade de comercialização, por atacado, com a rede varejista ou com grandes consumidores; e a atividade e a revenda à atividade de venda a varejo exercida por postos de serviços ou revendedores.

exclusividade pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, nos termos do art. 25, §2.º da CRFB.

Uma vez munido das noções basilares do setor petrolífero, caracterizado como visto por diversas etapas e por envolver bens dominicais e de uso especial, cabe analisar se todas essas etapas e se todos os bens nelas envolvidos assumem forma de serviço público ou de atividade econômica e sentido estrito.

Observou-se que a Emenda Constitucional n.º 5, de 15 de agosto de 1995, abriu a possibilidade de os Estados-membros concederem, mediante licitação, às empresas privadas, a exploração dos serviços locais de distribuição de gás canalizado, que, nos termos de redação original do art. 25, §2º, só poderiam ser delegados a empresa sob controle acionário estatal⁴⁰⁵, o que nada mais era que estabelecer uma forma de monopólio para o Estado-membro⁴⁰⁶.

405 Roberto Barcellos Magalhães (MAGALHÃES, Roberto Barcellos. Comentários à Constituição Federal de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 191 e 192), ao tratar do art. 25, §2º, ditava que: *“Pela generalidade do seu consumo, suas tarifas hão de corresponder a níveis módicos, compatíveis com as possibilidades das classes de mais baixa renda, que as empresas particulares nem sempre se julgam em condições de atender, mesmo operando sob regime de concessão. Daí a solução constitucional de inadmitir esse sistema, só permitindo que os serviços de distribuição de gás canalizado sejam executados por empresas estatais”*.

Ressalta-se, também, que se tinha a discussão de se saber se a expressão empresa estatal se referia à empresa do Estado (unidade federativa) ou da União. Nesse contexto, alguns doutrinadores, como José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 600), entendiam que a expressão “*empresa estatal*” significava estadual. Outros, como Ives Gandra Martins (MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, tomo II, p. 93) afirmam que não se pode confundir estatal com estadual, logo, o que a Constituição almejava era a exploração do gás natural canalizado pelo poder público, impondo que tais serviços fossem explorados pelos Estados-membros, diretamente ou, mediante concessão – à época dos comentários –, por empresa estatal, que poderia ser de qualquer ente federado. Autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pinto Ferreira e José Cretella Júnior se silenciaram quanto a esta questão, citando apenas em empresa estatal. Com a edição da EC n.º 5, passou a haver a possibilidade da iniciativa privada atuar no setor, ocorrendo uma desestatização do serviço de gás natural canalizado, acabando, portanto, com toda esta divergência.

406 Conforme Roberto Barcellos Magalhães (MAGALHÃES, Roberto Barcellos. Comentários à Constituição Federal de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 191, 192): *“A Emenda Constitucional nº 5, de 1994, abriu o setor de gás canalizado à iniciativa privada e acabou com o monopólio das empresas estatais que já atuam em 16 Estados.*

Sem embargo, a Constituição garante a preservação dos direitos dessas empresas distribuidoras de gás, mantendo, inclusive, a vigência dos respectivos contratos, mesmo os celebrados com terceiros.

O que muda é o poder de cada Estado de alterar a área de concessão dessas estatais, abrindo concorrência à iniciativa privada e a faculdade, que passará a ser conferida aos governos estaduais, no sentido de sua gradual privatização.

O novo texto constitucional não proíbe que mesmo empresas existentes possam se associar ao capital ou à iniciativa privada.

A complexidade do setor gasífero é ressaltada por José Afonso da Silva⁴⁰⁷, que afirma não ser fácil compreender a lógica do constituinte que, ao mesmo tempo, dá o monopólio de pesquisa e lavra de gás natural à União e confere aos Estados-membros a exploração direta ou por concessão. Por isso defende que a “*conciliação será a União pesquisar e lavrar e depois outorgar aos Estados que tenham condições, a distribuição; esta é que os Estados poderão explorar diretamente ou mediante concessão*”.

Assim, pode-se dizer que, no setor de gás natural da fase de exploração até a distribuição, têm-se atividades econômicas em sentido estrito monopolística. A distribuição ao consumidor final é tida como um serviço público privativo e não como uma atividade econômica em sentido estrito monopolizado como todas as etapas anteriores.

Independentemente de qual corrente a respeito da noção de serviço público se adotar, irá se definir o serviço de gás natural como serviço público privativo, pois além de ser essencial⁴⁰⁸, está assim disciplinado no art. 25, §2º da CRFB, logo constitucionalizado. Ou seja, não são as fases de exploração até a distribuição do setor de gás natural inerentes ao Estado, pois não envolve uma função estatal típica, também não é um serviço público por opção político constitucional porque a Constituição não o define como tal, excetuando-se a distribuição que a própria Constituição, em seu art. 25, §2º, afirma que cabe aos Estados explorar diretamente ou mediante concessão os serviços locais de gás canalizado (distribuição), confirmando, portanto que a atividade (distribuição) se trata de um serviço público privativo.

Celso Ribeiro Bastos⁴⁰⁹ salienta que a distribuição de gás canalizado jamais deveria ficar relegada à seara dos particulares. Para o autor, o serviço público tem de corresponder a uma atividade que, pela sua própria natureza, só o Estado tem condições de prestar. Sustenta que se, no mesmo lugar, fosse dado a duas ou mais empresas explorarem o mesmo serviço (distribuição de gás canalizado), resultaria uma redundância de esforços no mesmo sentido, com manifestos inconvenientes de ordem pública.

A quebra do monopólio da distribuição de gás natural e canalizado contribuirá para à expansão do setor, que, já não podendo contar com recursos oficiais de monta, atrairá capitais privados para perfazer suas necessidades que, até o ano 2005, são estimadas em cerca de três bilhões de dólares”.

407 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 600.

408 Roberto Barcellos Magalhães (MAGALHÃES, Roberto Barcellos. Comentários à Constituição Federal de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 191, 192), ao tratar do art. 25, §2º, assevera que o serviço de gás natural: “*Trata-se de um dos serviços públicos essenciais às populações urbanas, tão importante quanto os fornecimentos de água e luz*”.

409 BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 128-132.

O mesmo se argumenta no que diz respeito aos demais derivados do petróleo. Nenhuma passagem constitucional ou legal evidencia que a atividade do petróleo seja um serviço público. Não se pode considerá-lo como tal por nenhuma das correntes doutrinárias definidoras do serviço público. Observando-se as normas constitucionais reguladoras da atividade petrolífera, visualiza-se que a Emenda Constitucional n.º 9, de 9 de janeiro de 1995, incluiu no texto constitucional a possibilidade da União contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177. Conclui-se que tal setor se configura como uma atividade econômica em sentido estrito, que a partir de tal emenda, passou a ter um regime flexibilizado, não-monopolístico, ao inverso do que ocorria anteriormente em que o regime era de monopólio. Essa mudança enquadrou a Petróleo Brasileiro S. A. – Petrobras, no art. 173, §1º, da CRFB, transformando-a numa empresa estatal que passou a ser apenas uma das empresas admitidas na competição pela exploração da atividade econômica. Pode então a União conceder o exercício das atividades de petróleo e gás natural a empresas competentes no intuito de viabilizar o ingresso no mercado de agentes competidores, acabando com a exclusividade da Petrobras, por meio da qual, outrora, a União exercia seu monopólio.

Ora, determina a Constituição que o setor petrolífero seja considerado como uma atividade econômica em sentido estrito monopolizada (art. 177, I a IV, da CRFB), porém ela mesma admite que a União atribua a realização de tais atividades a empresas privadas ou estatais, flexibilizando esse monopólio, tornando-se a atividade numa atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada, desde que o Estado exerça seu poder de contratar com empresas estatais ou privada a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 da CRFB. Assim, ou será uma atividade econômica em sentido estrito monopolizada, mas flexível, ou uma atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada, mas exclusiva. Prefere-se a segunda hipótese pois há concorrência no setor. Verdade seja dita, monopólio, no sentido estrito da palavra não existe, o que existe é um regime de competição entre empresas que se dispõe em disputar, num procedimento licitatório, as contratações previstas no §1.º do art. 177 da CRFB. Apesar disso, entende-se complicado classificar tais segmentos como atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada, pois nessa não há qualquer impedimento à iniciativa privada de ter acesso à atividade, ou seja, não há títulos habilitantes, o que não é o caso em questão já que existe a figura habilitante da concessão, já tratada. Ao mesmo tempo, é complicado classificar como atividade econômica em sentido estrito monopolizada, porque existe concorrência no

setor, daí a dificuldade na classificação. Trata-se, portanto, de uma atividade, *sui generis*, uma situação híbrida, em que se vê aspectos relativos a cada classificação.

A fase de distribuição e refino é, como já visto, para o setor de gás natural, serviço público privativo e, para os demais derivados do petróleo, atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada⁴¹⁰.

2.3.4 Atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada

É a forma “*padrão*” de atuação do Estado como agente econômico. Nesta forma, o Estado atua em condições de igualdade com a iniciativa privada. É mais

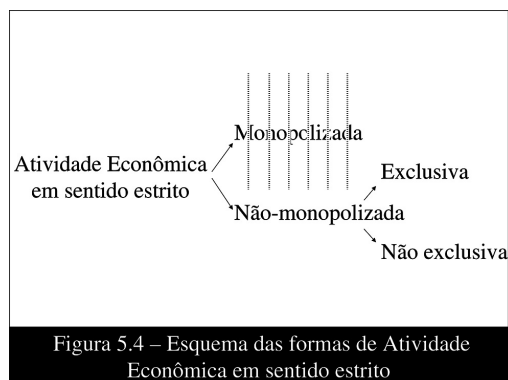


Figura 5.4 – Esquema das formas de Atividade Econômica em sentido estrito

Fonte: Elaborada pelo autor.

um empresário da atividade, não havendo qualquer impedimento à iniciativa privada de ter acesso à atividade econômica. Atua em regime de concorrência com os particulares (figura 5.4).

Apesar de “*padrão*”, tal forma também é excepcional, afinal só se admite sua criação por lei, no caso de imperativos da segurança nacional ou relevante interesse

coletivo (art. 173 da CRFB). Vê-se assim que, apesar de ser uma forma menos gravosa para a livre iniciativa, ela também a prejudica.

410 O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de se manifestar, assinalando que os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da CRFB são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas as quais se refere o § 1º não podem ser chamadas de “*concessionárias*”. Para tal Tribunal, trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição. A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo - ANP. Por isso afirma com todas as letras que: “*A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas [§ 1º, II, do art. 173 da CB/88]. Atua em regime de competição com empresas privadas que se dispõem a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios [art. 37, XXI, da CB/88], as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 3273 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102, Relator: Ministro Carlos Britto, Data Publicação: 02/03/2007).

Os parágrafos e incisos do art. 173 estabelecem as normas gerais a serem observadas no desenvolvimento dessas atividades. Deve, portanto, o Estado, instituir uma das duas formas empresariais previstas no dispositivo: empresa pública ou sociedade de economia mista, que, por sua vez, deverão submeter-se ao regime próprio da iniciativa privada, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, como deixam claro os §1º, II e §2º do art. 173 da CRFB, de modo a evitar a concorrência desleal em relação aos competidores privados⁴¹¹.

Mesmo tentando, a CRFB, assegurar ao Estado-empresário a condição de igualdade em relação à iniciativa privada, a fim de evitar a concorrência desleal⁴¹², as empresas, integrantes, que são da Administração Pública Indireta, estão obrigadas a observar os princípios e regras de Direito Público expostos no art. 37 e seguintes da Constituição.

Observa-se, também na figura 5.4, que tal atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada pode ou não ser exclusiva, no sentido de existir alguma forma de impedimento à iniciativa privada de ter acesso à atividade. Hodiernamente, o Brasil criou títulos habilitantes *sui generis* que criaram situações híbridas, onde se vê a concessão de determinadas atividades às empresas (públicas ou privadas), restringindo à iniciativa econômica por meio da exclusividade há uma das empresas.

411 O Supremo Tribunal Federal (STF), em uma decisão sobre desapropriação pelo Estado de bem de sociedade de economia mista federal que explora serviço público privativo da União, no caso em questão, o serviço portuário prestado pela Companhia Docas do Rio de Janeiro, teve oportunidade de considerar que o art. 173, §1º da CRFB aplica-se às entidades públicas que “*exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade*”. Ademais, de alertar que tal artigo nada tem a ver com a desapropriabilidade ou indesejabilidade de bens de empresas públicas ou sociedades de economia mista, declara que o artigo visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem à atividade econômica na mesma área ou em área semelhante (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 172816 UF: RJ – RIO DE JANEIRO, Fonte: DJ 13-05-1994 PP-11365 EMENT VOL-01744-07 PP-01374, Relator: Ministro Paulo Brossard, Data publicação: 09/02/1994).

412 Em norma que disciplinava a obrigatoriedade de concessão para a realização de uma liquidação de produtos, a *Corte Costituzionale italiana* definiu que as oportunidades de negócios desse tipo estão sujeitas a controle, a fim de evitar a concorrência desleal e desinformação em detrimento dos compradores. Desse modo, concluiu que não apenas o texto e o conteúdo das regras, mas também a forma como são interpretados e observados ou executada, não pode ser considerada contrária aos princípios da liberdade de iniciativa econômica privada. (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 60 de 22 GIUGNO 1965, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 6 luglio 1965. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 171 del 10 luglio 1965. Pres. AMBROSINI - Rel. JAEGER, Massime: 2409).

Não se pode deixar de mencionar que a atividade econômica em sentido estrito também pode ser classificada em função da imperatividade ou não da intervenção. De fato, existem atividades econômicas que a Constituição expressamente determina que o Estado desenvolva, são os casos das formas de intervenção participativa impositiva. E há, por outro lado, o art. 173 da Carta que veicula cláusula geral permitindo que a lei, atendidos os pressupostos constitucionais (imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo) decida a respeito da exploração de determinada atividade econômica pelo poder público, são os casos das formas de intervenção participativa concorrencial, cujas distintas formas serão tratadas no Capítulo III.

As atividades determinadas pela Constituição como de prestação obrigatória correspondem a decisões políticas do próprio constituinte originário a respeito daqueles pressupostos – imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo. Podem ser inclusos nesta categoria, os serviços de estatística, geografia, geologia, cartografia (art. 21, XV), o serviço postal e o correios aéreo nacional (art. 21, X)⁴¹³.

2.3.4.1 Estudo de setor: energia elétrica

A história do setor elétrico brasileiro⁴¹⁴ inicia-se ainda no império, quando começam a incrementar-se algumas atividades industriais e a urbanização das grandes cidades, então, tornando-se uma realidade⁴¹⁵.

413 Há autores que, como visto, acrescentam aqui a educação (art. 208, CRFB), a saúde (art. 198, CRFB) e a previdência (art. 203, CRFB).

414 Disponível em: <http://www.eletronbras.com.br/Em_Biblioteca_40anos/default.asp> e <<http://www.memoria.eletronbras.com/historia.asp>> Acesso em: 23 de maio de 2009.

415 Em 1879, D. Pedro II concedeu, por meio do Decreto n.º 7.151, de 08 de fevereiro, a Thomas Alva Edison o privilégio de introduzir no Brasil aparelhos e processos de sua invenção destinados à utilização da eletricidade na iluminação pública. No mesmo ano, foi inaugurada, na Estação Central da Estrada de Ferro D. Pedro II, atual Estrada de Ferro Central do Brasil, a primeira instalação de iluminação elétrica permanente.

Em 1881, a Diretoria Geral dos Telégrafos instalou, na cidade do Rio de Janeiro, a primeira iluminação externa pública do país em trecho da atual Praça da República. Em 1883, D. Pedro II inaugurou, na cidade de Campos, o primeiro serviço público municipal de iluminação elétrica do Brasil e da América do Sul. Em 1892, foi inaugurada, no Rio de Janeiro, pela Companhia Ferro-Carril do Jardim Botânico, a primeira linha de bondes elétricos instalada em caráter permanente do país. Em 1899, foi criada, em Toronto (Canadá), a São Paulo Railway, Light and Power EmpresaCliente Ltd (SP RAILWAY) e, em 1904, a Rio de Janeiro Tramway, Light and Power EmpresaCliente (RJ

A regulação do setor deu-se, inicialmente, em 1903, com a aprovação pelo Congresso Nacional do primeiro texto de lei disciplinando o uso de energia elétrica no país (Lei n.º 1.145, de 31 de dezembro de 1903), porém, apenas em 1933, com a criação da Divisão de Águas (Decreto n.º 23.016, de 28/07/1933) ligada ao Ministério da Agricultura, e do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), aos quais o setor elétrico era afeto, e, em 1934, com a publicação do Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934)⁴¹⁶, que realmente o setor foi regulado⁴¹⁷.

TRAMWAY), unificadas em 1912, passando a denominar-se Brazilian Traction, Light and Power EmpresaCliente Ltd. Em 1927 a norte-americana American and Foreign Power EmpresaCliente (AMFORP) iniciou suas atividades no país adquirindo o controle de dezenas de concessionárias que atuavam no interior de São Paulo.

416 Foi o Código de Águas o marco principal, à época, da regulamentação dos serviços e da indústria de energia elétrica no país. Tal código assegurava ao poder público um controle rigoroso sobre as concessionárias e autorizatárias de energia elétrica, além de determinar a fiscalização técnica, financeira e contábil de todas as empresas do setor, apesar da existência de somente pequenas concessionárias privadas e de pequeno porte.

417 Em 1939, por meio do Decreto-lei n.º 1.285, de maio de 1939, o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica (CNAEE), órgão competente para processar as concessões na área de energia elétrica. Tal Conselho foi o principal órgão do Governo Federal para a política setorial, até a criação do Ministério das Minas e Energia (Lei nº 3.782, de 22 de julho de 1960) e da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás (Lei n.º 3.890-A, de 25 de abril de 1960), no início da década de 1960. A Eletrobrás, instalada oficialmente em 11 de junho de 1962, era uma Sociedade de Economia Mista que liderava um grupo composto, inicialmente, por 4 (quatro) empresas: a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (Chesf), a Central Elétrica de Furnas (Furnas), a Companhia Hidroelétrica do Vale do Paraíba (Chevap) e a Termoelétrica de Charqueadas S. A. (Termochar), mas que, também, abrangia participação minoritária nas chamadas empresas associadas. A participação minoritária da Eletrobrás, nas chamadas empresas associadas, foi reforçada, nos anos seguintes, por financiamentos concedidos pela *holding* via aporte de capital. No segundo semestre de 1963, o grupo das associadas já era composto por duas empresas federais: a Sociedade Termoelétrica de Capivari (Sotelca) e a Companhia Hidro Elétrica de Boa Esperança (Cohebe), além de 10 concessionárias estaduais, inclusive a Centrais Elétricas de Minas Gerais (Cemig); a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), do Rio Grande do Sul; a Centrais Elétricas de Urubupungá S.A. (Celusa), de São Paulo (encarregada da construção da usina de Jupiá); e a Centrais Elétricas de Goiás (Celg). Funcionando como núcleo de um conjunto de empresas (subsidiárias e associadas), a Eletrobrás pôde desempenhar com maior eficiência seu papel de planejamento e financiamento dos programas de energia elétrica do país. A empresa coordenava sua execução, promovia o relacionamento do setor com outros países, desenvolvia pesquisas relacionadas com preservação do meio ambiente e com fontes alternativas de energia, além de gerir as etapas do serviço de energia elétrica (geração, transmissão e distribuição) até as reformas implantadas na década de 1990.

Até o início da década de 1990, o setor elétrico brasileiro foi marcado por uma forte participação do poder público⁴¹⁸, levando ao fortalecimento das concessionárias públicas em cenários de crescente investimento por parte do Estado⁴¹⁹. A estrutura do setor tinha uma consolidação na qual a política energética era traçada pelo Ministério das Minas e Energia e executada pela Eletrobrás, atuando o DNAEE⁴²⁰ como órgão normativo e fiscalizador.

A reforma do setor foi iniciada com a Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND), que incluía a exigência de licitação para a construção de novas usinas e o ingresso de capitais privados na área de geração⁴²¹. No entanto, só foi implementada no início de 1993 com a aprovação de 3 (três) normas: a Lei n.º 8.631, de 04 de março de 1993, que fixou níveis de tarifas para o serviço público de energia elétrica, extinguiu o RENCOR e estipulou o uso do Regime de Remuneração Garantida pela Eletrobrás; o Decreto n.º 915 de 06 de setembro de 1993, que permitiu a entrada de autoprodutores no setor, autorizando a formação de consórcios para geração de energia elétrica para consumo próprio e, em havendo excedente, a venda às concessionárias e; o Decreto n.º 1.009, de 22 de dezembro de 1993

418 No início da década de 1950, o setor elétrico era praticamente monopolizado por duas grandes empresas estrangeiras: a canadense Brazilian Traction, Light and Power Company (Light) e a norte-americana American & Foreign Power Company (Amforp). Ambas prestavam os serviços de eletricidade nos principais centros urbanos brasileiros.

Foram tais “*monopólios*” que fizeram com que o governo defendesse a intervenção do Estado no setor para superar os pontos de estrangulamento do mesmo, encaminhando ao Congresso brasileiro três propostas: criação da Eletrobrás e criação de um Imposto Único sobre Energia Elétrica (IUÉE) e de um Fundo Federal de Eletrificação (FFE).

419 Foi essa maior participação do Estado na economia que inaugurou um novo ciclo de expansão do setor de energia elétrica brasileiro. Vale ressaltar que, nem mesmo a intervenção direta do Estado, modificou a estrutura de propriedade existentes, conseguiu mudar o fato da eletricidade a base produtiva do país.

420 Em 1965, criou-se, por meio da Lei nº 4.904, de 17 de dezembro, o Departamento Nacional de Águas e Energia (DNAE), vinculado ao Ministério das Minas e Energia, o qual, em 1967, extinguiu o CNAEE, com absorção de suas funções pelo DNAE. A denominação deste foi alterada para Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE) em 1968.

421 O Programa Nacional de Desestatização (PND) incluiu a Escelsa e a Light em 1992. Em 1995, foi a vez das quatro subsidiárias regionais da Eletrobrás (Chesf, Furnas, Eletrosul e Eletronorte).

O leilão de venda da Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. (Escelsa), cujo lance mínimo foi estipulado em R\$320 milhões, inaugurou o processo de privatização do setor, em junho de 1995. A Light Serviços de Eletricidade S.A. foi vendida em leilão da Bolsa de Valores do Rio, em maio de 1996, por US\$2,26 bilhões, sem ágio, à estatal francesa Electricité de France (EDF, que ficou com 34% das ações) e às norte-americanas Houston Industries Energy e AES Corporation (11,35%, cada).

que criou o Sistema Nacional de Transmissão de Energia Elétrica (SINTREL), com o objetivo de assegurar o livre acesso às linhas do sistema nacional de transmissão, conforme critérios técnicos e operacionais traçados pelo Grupo Coordenador do Planejamento do Sistema – GCPS e Grupo Coordenador para Operação Interligada – GCOI, facultando às concessionárias que também dispõem de linhas de transmissão próprias a adesão ao SINTREL. Foram essas normas, os primeiros passos para um regime concorrencial no setor de geração de energia elétrica.

Em 1995, com o advento da nova Lei de Concessões (Lei n.º 8.987) e a Lei n.º 9.074, de 07 de julho de 1995, que cuidou da prorrogação das concessões de energia elétrica, introduziu-se também a figura do produtor independente, dando aos novos consumidores de carga maior ou igual a 10MW a liberdade de escolha do seu supridor. Ou seja, liberou os grandes consumidores do monopólio que as concessionárias exerciam, além de assegurar o livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição.

O Decreto n.º 2.003, de 10 de setembro de 1996, regulamentou a geração (produção) de energia elétrica pelo autoprodutor e pelo produtor independente, figuras que possibilitaram o regime concorrencial no segmento. Ocorre que a transmissão de energia continuava sendo um monopólio natural, não existindo qualquer concorrência e a distribuição apenas permitia a grandes consumidores ter acesso direto à geração.

Uma vez que o DNAEE possuía uma estrutura técnica e administrativa insuficiente para atender às necessidades do setor, decidiu-se, em 1996, substituí-lo pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), por meio da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996⁴²².

422 A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) é uma autarquia em regime especial, vinculada ao MME, com as atribuições de regular (incluindo as de poder concedente) e fiscalizar a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização da energia elétrica, atender reclamações de agentes e consumidores, mediar os conflitos de interesses entre os agentes do setor elétrico e entre estes e os consumidores, sempre em benefício da sociedade; conceder, permitir e autorizar instalações e serviços de energia, garantir tarifas justas, zelar pela qualidade do serviço, exigir investimentos, estimular a competição entre os geradores e assegurar a universalização dos serviços. Para Geraldo Pereira Caldas (CALDAS, Geraldo Pereira. Concessões de serviços públicos de energia elétrica. Curitiba: Juruá, 2001, p. 93): “No caso dos serviços de energia elétrica, dentro do novo marco regulatório, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) é a autarquia que tem a incumbência de defender os interesses dos usuários, através da regulamentação e fiscalização dos serviços, respeitando, por outro lado, os direitos dos concessionários”. Carlos Fernando Souto e Gustavo Kaercher Loureiro (SOUTO, Carlos Fernando; LOUREIRO, Gustavo Kaercher Loureiro. O novo modelo do setor elétrico brasileiro e

A nova modelagem do setor elétrico brasileiro foi completada por meio da Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, que ademais de permitir a reestrutura-

as cooperativas de eletrificação rural. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 49) ditam que os motivos que levam à atividade regulatória no âmbito do serviço público de energia são de ordem técnica (provenientes da natureza altamente especializada e perigosa do serviço, como, por exemplo, as regras de segurança que estabelecem padrões de procedimentos no trato com a energia elétrica, as condições de fornecimento, as exigências de níveis do aproveitamento ótimo de potenciais energéticos, as que estipulam níveis de tensão da energia, condições de seu transporte, etc.) e de ordem econômica (envolvendo o controle de custos e preços, definição de padrões de qualidade do serviço, controle ambiental, estrutura e conformação do mercado, conduta dos agentes no mercado e definição de seus participantes, controle do acesso à informação, etc.). Os autores explicam que, segundo a atividade constitua um monopólio natural ou uma zona competitiva, a ênfase regulatória é diversa. Quando se trata de competição no setor elétrico, o controle incide, fundamentalmente, em definição de padrões de qualidade, previsão e vedação da prática de *dumping*, controle ou limitação de preços, controle ou limitação da oferta, entre outros.

É válido ressaltar que o Brasil, em 2001, enfrentou uma crise no abastecimento de energia que afetou significativamente a regulação do setor. A escassez de chuva colocou em risco o abastecimento energético nacional, calcado na matriz hidrelétrica. A crise energética fez com que o país enfrentasse uma notória ofensa aos princípios da eficiência e regularidade na prestação de um serviço público essencial e a insegurança jurídica generalizada tanto para os prestadores dos serviços (investidores) como para os usuários. Com a finalidade de agilizar as providências para enfrentar a escassez, o Governo Federal criou, por meio da Medida Provisória nº 2.148-1, de 24 de maio de 2001, a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica (GCE), órgão de natureza executiva e hierarquicamente subordinado ao Presidente da República, com o objetivo de propor e implementar medidas no setor de energia elétrica, de forma emergencial, decorrentes da situação hidrológica crítica, visando à harmonização entre a demanda e a oferta do referido insumo, almejando-se evitar a interrupção intempestivas ou imprevisíveis do suprimento de energia elétrica. Compartilha-se o entendimento de Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 61), o qual percebe que a disciplina da escassez realizada pelo racionamento e energia deveria ser tratada pela ANEEL, uma vez que esta tem o dever de implementar políticas públicas mediante tratamento técnico. O que houve foi, na verdade, com a criação da uma Câmara de Gestão da Crise no Setor Elétrico, uma “*verdadeira captura das funções legalmente atribuídas à Agência Nacional de Energia Elétrica, por ato de força materializado em Medida Provisória*”. Em junho de 2001, a GCE decretou o racionamento de energia elétrica, nas regiões Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e parte da região Norte, que perdurou até fevereiro de 2002. Sua finalidade era disciplinar a escassez do insumo. Tal Câmara criou também o Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico, com a missão de encaminhar propostas para corrigir as disfunções correntes e propor aperfeiçoamentos para no modelo do setor elétrico. Durante o período de racionamento de energia, surgiram dúvidas sobre a constitucionalidade de tal medida, uma vez que o usuário que ultrapassava a meta preestabelecida sofreria uma sobretaxa, corte de luz e teria que pagar taxa pela religação. Sustentava-se a violação ao princípio da proporcionalidade, o que parece infundado já que cabia ao poder público gerenciar uma escassez, estabelecendo-se um limite para que cada um pudesse receber o serviço sem prejudicar o outro de recebê-lo. Não havia como fornecer energia elétrica para todos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADC - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, Processo: 9 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-01 PP-00001, Relator: Ministro Néri da Silveira, Data publicação: 23/04/2004).

ção, via cisões e regionalizações do Sistema ELETROBRÁS, com intuito de maximizar o preço de venda das estatais, separou em quatro as fases do setor: geração (produção), transmissão, distribuição e, agora, comercialização⁴²³. Para tanto, duas novas figuras foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio: o Mercado Atacadista de Energia (MAE)⁴²⁴ e o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS)⁴²⁵, a quem incumbiu a administração do MAE, vindo a assumir, progressivamente, as funções até então dos Grupos Coordenadores para Operação Interligada (GCOI) e sendo encarregado de calcular o custo marginal do sistema, equilibrando oferta e procura a partir de dados técnicos oferecidos por geradores, distribuidores e varejistas⁴²⁶.

423 A partir de então, qualquer agente do setor poderia importar ou exportar energia. As concessionárias, que antes podiam importar energia somente para consumo próprio, passaram a fazê-lo para negociar com os consumidores livres, os autoprodutores passaram a vender seu excedente de energia também aos consumidores livres e o produtor independente teve garantida a concorrência no setor, uma vez que também lhe foram garantidas a importação e exportação de energia.

424 O Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE – foi configurado como um ambiente virtual (sem personalidade jurídica), autorregulado, criada pela Lei n.º 9.648/98, regulamentado pelo Decreto n.º 2.655/98 e instituído através da assinatura de um contrato de adesão multilateral, o Acordo de Mercado (autorregulação, homologada pela Resolução ANEEL n.º 290/2000), para ser o ambiente onde se processam a contabilização e a liquidação centralizada no mercado de curto prazo. Seus principais objetivos e responsabilidade são: estabelecer e conduzir eficientemente o mercado (cumprindo sempre as disposições do Acordo de Mercado); promover o desenvolvimento contínuo do mercado; e tomar a corresponsabilidade pelo bom funcionamento e desenvolvimento do setor elétrico brasileiro. Para alcançar estes objetivos e exercer suas funções, o MAE possui sistema tecnológico eficiente (Sinercom) e uma Administradora de Serviços do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (ASMAE).

425 O Operador Nacional do Sistema Elétrico é uma entidade de Direito Privado, sem fins lucrativos, criada pela Lei n.º 9.648/98, regulamentado pelo Decreto n.º 2.655/98 e autorizado a funcionar pela Resolução ANEEL n.º 351, de 11 de novembro de 1998, responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica nos Sistemas Interligados Brasileiros (SIN) por delegação dos agentes, seguindo regras, metodologias e critérios codificados nos Procedimentos de Rede, aprovados pelos próprios agentes e homologados pela ANEEL. Sua missão é assegurar aos usuários do SIN a continuidade, a qualidade e a economicidade do suprimento de energia elétrica. Cabe ao ONS, garantir a manutenção dos ganhos sinérgicos da operação coordenada, criando condições para a justa competição entre os agentes do setor. Ressalta-se que a Resolução ANEEL n.º 66, de 16 de abril de 1999, estabeleceu a rede básica do Sistema Interligado Nacional, suas conexões e as respectivas empresas usuárias das instalações, definindo o objeto da atuação do NOS, a Resolução ANEEL n.º 247, de agosto de 1999, estabelece as condições gerais da prestação de serviço de transmissão e contratação do acesso e, por fim, a Resolução ANEEL n.º 433, de novembro de 2000, atualiza os critérios para a composição da rede básica do Sistema Elétrico Interligado (vide: <<http://www.ons.org.br>>).

426 Os consumidores livres definidos pelo Grupo Coordenador de Planejamento dos Sistemas Elétricos (GCPS) puderam firmar acordos diretamente com os geradores. Ademais, a não-realização das

Assim, é o arcabouço legal que sustenta a organização do setor elétrico brasileiro, acrescido é claro a CRFB⁴²⁷. Como já afirmado, interessa saber se a atuação do Estado no âmbito do setor elétrico configura-se como um serviço público ou uma atividade econômica em sentido estrito.

A eletricidade é uma energia, independentemente do meio ou processo por meio do qual é produzida ou transportada; não é, portanto, matéria e em consequência não seria um bem ou objeto susceptível de apropriação ou intercâmbio. É assim considerada mediante uma ficção jurídica, uma mercadoria susceptível de comércio não-armazenável com demanda e oferta flutuante⁴²⁸ (sujeita a fatores imprevisíveis, como o tempo)⁴²⁹. Sua oferta envolve quatro estágios

privatizações das empresas geradoras controladas pelo poder público acabava por inviabilizar esse cenário livre de pressões que era necessário para o bom funcionamento do MAE.

O novo contexto institucional ainda exigiria a criação, em 1999, do Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão (CCPE), justamente para comandar o planejamento da ampliação do sistema, assumindo as tarefas do antigo Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas Elétricos (GCPS).

427 A Constituição brasileira traz algumas menções diretas sobre a atividade elétrica. São elas: o art. 20, § 1º; art. 21, XII, b); art. 149-A, *caput* e parágrafo único; art. 155, § 2º, X, b) e § 3º.

428 Rubén A. Barreiro (BARREIRO, Rubén A. Derecho de la energía eléctrica. Buenos Aires: Depalma, 2002) aponta que a eletricidade conta com duas propriedades físicas principais, muito similares e que determinam em grande medida sua gestão. A primeira delas é que não pode ser armazenada, consume-se ou perde-se. A outra propriedade é que a eletricidade não pode ser transportada à sua vontade, mas apenas por meio de uma rede especialmente desenhada para tanto.

Por não se poder armazenar, torna-se necessário que seu funcionamento seja de um sistema, uma vez que se recebe a mercadoria quase ao mesmo tempo em que ela é produzida. O que se faz entender que tal operação se realize dentro de estritas e específicas normas técnicas para que possa ser útil e eficiente sua distribuição aos consumidores finais. Por outro lado, por não poder transmiti-la de qualquer forma, torna-se imprescindível a rede elétrica interconectada, que demonstra a debilidade do setor, pois tudo que sucede na instalação afeta o resto das unidades, sendo necessário um alto nível de manutenção para que o sistema concorrencial que se deseja implementar não seja prejudicado por uma falta de oferta.

429 Durante muito tempo, derivado dessas condições físicas, manteve-se a concepção de que o setor elétrico era um monopólio natural e, portanto, não era possível introduzir concorrência no mesmo, nem estruturar mecanismos de mercado entre seus participantes. Como constatado, as reformas estatais romperam com essa concepção e, na atualidade, no setor elétrico, existe concorrência e mecanismos de mercado, em maior ou menor grau, em grande partes dos países, principalmente nas atividades de geração e comercialização, sem deixar de lado o transmissão e a distribuição, apesar de ainda serem considerados como monopólios naturais, já que apresentam altos custos de investimentos, custos marginais decrescentes e pelo fato da única solução competitiva (duplicação de redes) não ser econômica nem ambientalmente viável ou eficiente, por existir o princípio do livre acesso a redes.

de produção verticalmente integrados⁴³⁰: geração (produção)⁴³¹, transmissão

430 Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 164) distingue quatro modelos alternativos de organização da indústria elétrica. Um modelo de integração vertical, onde não existe nenhum grau de competição permitido; um modelo de agência compradora, em que um único agente decide de que gerador vai-se adquirir energia, introduzindo certa concorrência na geração; um modelo onde as companhias distribuidoras podem eleger o fornecedor, existindo competência na geração e no mercado; e, por fim, um modelo que se introduz livre eleição de fornecedor no nível minorista.

Sobre as distintas fases no processo de produção da energia elétrica, Gaspar Ariño Ortiz (ORTIZ, Gaspar Ariño. Principios de Derecho Público Económico. 3. ed. Granada: Comares, 2004, p. 713) entende que a indústria elétrica se desenvolve em fases sucessivas, sendo elas: “*generación, transporte, distribución y suministro*”. Nesse sentido, convergem Dinorá Adelaide e Musetti Grotti (ADELAIDE, Dinorá; GROTTI, Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 325 e 326), que também aludem haver quatro fases (geração, transmissão, distribuição e comercialização). Ambas as autoras afirmam ser o setor caracterizado por uma indústria de rede, que, por tal particularidade, consegue seu melhor aproveitamento quando algumas de suas atividades sejam prestadas em regime competitivo (caso da geração e da comercialização, segundo elas) e outras em caráter monopolista ou com competição diferenciada de atividades de transmissão e distribuição de energia. Recordam que a indústria de energia elétrica serve-se de um meio físico (a rede) para fazer chegar o produto (energia elétrica) ao consumidor final. Logo, por esse motivo, seria antieconômico ter-se duplicação de redes de distribuição e transmissão. Daí porque, bem ressaltam, que, em termos de eficiência e economia, é preferível manter-se o monopólio natural.

431 Geração é a ação ou efeito de gerar ou produzir energia elétrica. Trata-se de uma atividade aberta à competição. Todos os geradores têm a garantia de livre acesso aos sistemas de transmissão (transporte). Três são os agentes que podem realizar a geração (produção) de energia elétrica: o concessionário, o produtor independente ou o autoprodutor. O primeiro possui uma delegação de serviço público nos moldes do art. 175, CRFB, os dois últimos uma concessão de uso de bem público, com fundamento no art. 20, VIII c/c 176, § 1º, CRFB, e não no art. 175, CRFB ou uma autorização. A geração de energia é a mercadoria de comércio do produtor independente. Este possui todos os riscos que qualquer atividade comercial apresenta. Seu objetivo é vender tal mercadoria aos concessionários de serviço público ou diretamente aos usuários finais, observados os dispositivos nos arts. 11 a 16 da Lei n.º 9.074/95. Já o autoprodutor, ao revés, tem, na energia, apenas um insumo para sua atividade. Deixa de consumir do sistema público, que pode prestar o serviço a outros que não possuem a oportunidade de a autoproduzir, o que amplia a oferta sem o emprego de recursos públicos. É considerada para o autoprodutor como um custo, pois ele produz para seu próprio consumo (art. 4º da Lei n.º 9.074/95). O desejo do legislador era ampliar a oferta de energia e a competitividade entre os fornecedores (art. 10 da Lei n.º 9.648/98), criando um cenário de livre competição entre todos os agentes para a “*comercialização*” da energia gerada.

(transporte)⁴³², comercialização⁴³³ e distribuição ao usuário final⁴³⁴.

Ao estabelecer que compete à União explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos (art. 21, XII, b, CRFB), deixou o constituinte selada sua opção político-constitucional. Logo, genericamente, ou melhor, em sua totalidade, poder-se-ia afirmar caso se adotasse a corrente constitucionalista que os serviços de energia elétrica (em todas suas etapas) são considerados como um serviço público.

Como, no entanto, afilia-se à corrente essencialista-legalista, tem-se que analisar o setor conforme sua essencialidade/necessidade e quanto às expressas disposições constitucionais e/ou legais.

432 A transmissão (transporte) consiste no conjunto de mecanismos que comunicam a energia gerada por esses agentes na fase anterior até as unidades de distribuição ou a interligação de dois ou mais sistemas. Constituem-se no condutor, ou melhor, no meio pelo qual a energia elétrica chega à distribuição ou à interligação de dois ou mais sistemas. São vias de uso aberto, podendo ser utilizadas por qualquer agente, pagando a devida remuneração ao proprietário (“pedágio” por cada watt que passa pela malha). A transmissão de energia elétrica é caracterizada como um monopólio natural, o que conduz à necessidade de otimização da rede em sua totalidade, fazendo com que seus operadores se submetam a doutrina das *essential facilities* (livre interconexão, atendidas as condições técnicas e econômicas previstas pelo regulador). Tendo em vista os problemas técnicos que o transporte de energia gera, criou-se o SINTREL, que publicou uma série de normativas técnicas impostas, principalmente, a fase de geração para torná-las compatível com o sistema de transmissão. Com a Lei n.º 9.648/98 (art. 13), as atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional (SIN), serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), mediante autorização do poder concedente, fiscalizado e regulado pela ANEEL.

433 Com a reestruturação do setor elétrico, surgiu a figura do comercializador de energia, responsável pela compra, importação, exportação e venda de energia elétrica a outros comercializadores ou a consumidores livres, por meio de contratos de longo prazo ou no mercado “spot”, com os preços livremente negociados de acordo com o montante de energia.

434 A distribuição é a fase final da oferta de energia elétrica. É a fase em que se confere, oferece, entrega ao usuário, com a devida remuneração, a energia elétrica. Todo usuário localizado na zona geográfica de abrangência da distribuidora tem o direito de se conectar à rede de distribuição, sendo a empresa obrigada a prestar tal serviço, independente do consumidor comprar dela ou de qualquer outra comercializadora.

Os usuários são classificados conforme a finalidade e quantidade de uso e são denominados: residenciais, industriais, comerciais, rurais, poderes públicos, iluminação pública e consumo próprio (art. 177 do Decreto n.º 41.014, de 26 de fevereiro de 1957, com alteração pelos Decretos n.ºs 75.887, de 26 de junho de 1975 e 86.463, de 13 de outubro de 1981).

Nessa óptica, portanto, entende-se que a atividade de geração (produção), por considerar-se como uma atividade potencialmente competitiva e por não ter nenhuma estipulação constitucional ou legal a definindo como um serviço público, será ela considerada como uma atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada⁴³⁵. Assim, o é porque representa um segmento que pode ser prestado por três diferentes agentes: os concessionários de serviço público que atuarem no setor, os produtores independentes e os autoprodutores (art. 11 da Lei n.º 9.047/95, art. 25 da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, art. 2º do Decreto n.º 2.003, de 10 de setembro de 1996)⁴³⁶.

Dessa forma, a concessão de geração de energia elétrica, caracterizada como uma atividade econômica possui natureza jurídica de concessão de uso de bem público (o potencial de energia elétrica) e não de serviço público, no qual é gerado o insumo indispensável para a prestação do serviço. Poderá, também, haver autorização para a geração de energia elétrica⁴³⁷.

435 Ressalta-se que o fato da legislação afirmar que a geração deve ser delegada a particulares mediante concessão, permissão ou autorização (art. 3º, inciso II da Lei n.º 9.427/96), o que poderia criar mal entendido no que denota a sua natureza jurídica, porque, de acordo com a corrente essencialista-legalista, a atividade se configura como um serviço público, não procede.

436 Vide: SOUTO, Carlos Fernando; LOUREIRO, Gustavo Kaercher Loureiro. O novo modelo do setor elétrico brasileiro e as cooperativas de eletrificação rural. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 37.

Maria João C. Pereira Rolim (ROLIM, Maria João C. Pereira. Direito Econômico da Energia Elétrica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 166) denota a complexidade da análise do setor elétrico, o que demonstra a instabilidade de um quadro ainda em formação, motivo pelo qual realça a importância da adoção de um modelo de regulação compatível com a natureza do serviço público, como instrumento de consecução dos objetivos da ordem econômica e política. Destaca, assim, que a quebra da ideia de monopólio natural, que traz, como consequência, a possibilidade de inserção de competição em algumas etapas e participação do setor privado, não invalida a natureza de serviço público da atividade, distinta da noção de atividade econômica em sentido restrito. É também a lição de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997, p. 414): “Quando se estabelece que a produção independente sujeita-se a regras próprias, não se produz a desvinculação do “produtor independente” do regime próprio de direito público e dos princípios inerentes à concessão. Significa, tão-somente, que o conjunto de princípios e normas que constitui a concessão ‘propriamente dita’ (“principal”) não será aplicável à ‘produção independente’ (“concessão complementar”). Observe-se que tal entendimento encontra respaldo na previsão de que o regime jurídico ‘próprio’ deverá atender às regras da legislação em vigor e o contrato de concessão”.

437 A Lei n.º 9.074/95, nos arts. 5.º e 7.º, tenta distinguir as hipóteses em que serão utilizadas, por um lado, a concessão e, por outro, a autorização nos serviços elétricos. Não se tratando do uso de bem público (potencial hidráulico) ou sendo a implantação da usina inferior a 5.000kw de potência, não haverá necessidade de concessão ou autorização, operando-se, apenas, o instituto da comunicação para fins de regulação e fiscalização.

Passando para a fase de transmissão da energia elétrica gerada pode-se dizer que também se está diante de um serviço público privativo (art. 3º, II, art. 3º-A, I, art. 18 da Lei 9.427/96), que pode ser prestado por um ente privado mediante delegação da União, obrigando-se este a manter instalações e métodos operativos adequados, que garantam bons níveis de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, cortesia, modicidade das tarifas, integração social e preservação do meio ambiente.

A distribuição, por envolver o usuário final, é considerada como um serviço público privativo essencial⁴³⁸. É certo que, em tese, nenhum serviço público é supérfluo. Possuem, todos, algum grau de essencialidade. Pode-se considerar que determinado serviço público é essencial quando diz respeito mais diretamente a uma necessidade inadiável e vital dos cidadãos, relacionada a um dever primordial incidente sobre o Estado.

Além da formulação conceitual que lhe é própria, a doutrina frequentemente utiliza a Lei nº 7.783/89 como parâmetro para avaliar a essencialidade de um serviço público. Para efeito de disciplinar o direito de greve, o art. 10 desse Diploma define quais são os serviços ou atividades essenciais e dispõe sobre as necessidades inadiáveis da comunidade. Como não poderia deixar de ser, distribuição de energia elétrica à população recebe distinção.

Por conseguinte, o fornecimento de energia elétrica deve ser compreendido desde o princípio como dever primordial de um Estado comprometido com o bem-estar social – dever que incide plenamente sobre a prestadora do serviço público⁴³⁹.

438 Walter Tolentino Alvarez (ALVAREZ, Walter Tolentino. Curso de Direito da energia. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 240) explica: “Desta forma, empenhada na distribuição, a concessionária deve submeter-se à imposição da natureza do serviço público que executa, e assim, enquanto mantiver a concessão, deve oferecer serviço contínuo, não lhe sendo permitido suspendê-lo sem consentimento do poder concedente. Este serviço, além de ser contínuo, deve apresentar satisfatória regularidade, relativamente às qualidades da corrente elétrica, que tem de ser entregue sem grandes variações da voltagem ou ciclagem”.

439 Neste contexto, é fundamental ressaltar que a prestação de um serviço público não estabelece uma mera relação contratual privada entre a prestadora do serviço público e o consumidor; trata-se de relação jurídica envolta em regime de Direito Público, na qual está presente o interesse público na disponibilidade e na prestação do mesmo serviço. Assim, tal relação de consumo deve ser entendida como a concretização, pelo Estado (ou por quem lhe faça às vezes), do direito à plena cidadania; principalmente quando se concebe que, neste caso, o fornecimento de energia elétrica é vital para o exercício de inúmeras atividades relacionadas ao gozo dos direitos sociais (art. 6º, CRFB), pressuposto do exercício de direitos fundamentais e do direito a livre iniciativa e concorrência (art. 1º, inc. IV e 170, inc. IV da CRFB).

Sobre as fases da oferta de energia, Walter Tolentino Alvarez (ALVAREZ, Walter Tolentino. Curso de Direito da energia. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 240) explica: “A distribuição de

Vale lembrar que foi com a Decisão *Commune d'Álmelo*, de 27 de abril de 1994 (sobre a distribuição de energia elétrica)⁴⁴⁰, que ocorreu na Europa uma minirrevisão judiciária do conceito de serviço de interesse econômico geral. Na Decisão, declarava-se a distribuição de energia elétrica como um desses serviços que de acordo com a Comunicação (1996) 281/03 (JOCE série C n.º 281, p. 3), de 26 de setembro de 1996, são aqueles que envolvem uma categoria mais restrita de serviços que têm fundo econômico e são exercidos dentro de um regime de mercado⁴⁴¹.

Por fim, a comercialização também é considerada uma atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada.

2.3.5 Atividade econômica de interesse público

Entende-se, como visto, que não se pode configurar a prestação por meio do regime privado como serviços públicos, pelo fato dele não ser essencial. Por adotar a corrente essencialista-legalista, os chamados serviços públicos privatizados prestados em regime privados não podem ser serviços públicos, pelo simples fato deles não serem essenciais. O regime jurídico conferido a tais atividades é aquele inerente as atividades privadas. Sendo assim, considera-se tais atividades como atividades econômicas de interesse público que pela utilidade que

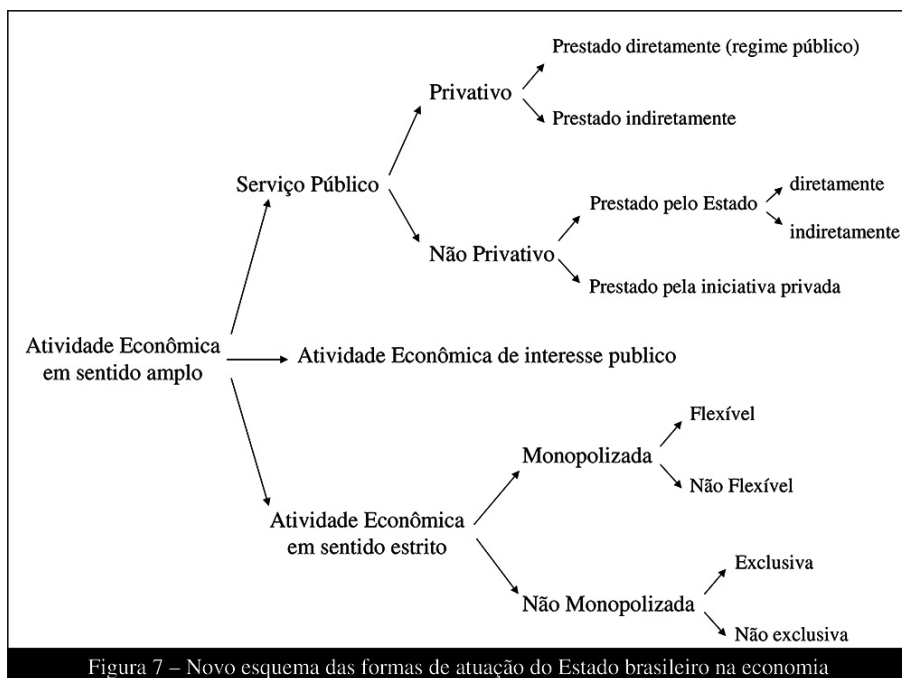
energia elétrica, por representar o estágio da função elétrica de imediata prestação do serviço público, é vulgarmente considerada como sendo o próprio serviço, quando na realidade representa somente uma fase de um processo complexo, e fase esta particularmente dependente das anteriores. Com efeito, não se distribui energia elétrica se esta não é transportada das usinas, mas a eletricidade não fluirá pelas linhas de transmissão se a corrente não for transformada para atingir uma alta tensão, e, por sua vez, a corrente não é transformada se não é gerada. Por conseguinte, todos os estágios são substancialmente dependentes da geração, sendo a distribuição a fase de encerramento da função elétrica”.

440 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61992J0393. Acórdão de 27 de Abril de 1994. Processo C-393/92. *Commune d'Álmelo e outros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij*. Pedido de decisão prejudicial: *Gerechthof Arnhem - Países Baixos*. Concorrência - Acordo que restringe a importação de electricidade - Serviço de interesse geral. Colectânea da Jurisprudência 1994 página I-01477.

441 A definição proposta pela Comissão de Bruxelas é a seguinte: “*Serviço de interesse econômico geral: Esta é a expressão utilizada no art. 86º do Tratado CE e refere-se aos serviços de mercado que os Estados-membros sujeitam a obrigações de serviço público em função de critérios de interesse geral. Abrange, em princípio, as redes de transportes, energia e telecomunicações*”. Confira-se Anexo II da Comunicação da Comissão sobre serviços de interesse geral na Europa COM (2000) 580, que utiliza a Comunicação (1996) 281 sobre o mesmo tema.

possuem dependem de um título habilitante, no caso a autorização vinculada mencionada. Isto não significa que pela importância existente certas obrigações de serviços públicos não possam ser a eles impostas.

Não se pode confundir a titulariedade com a prestação com a forma de atuação do Estado na economia. A classificação do Eros Roberto Grau diz respeito à titulariedade do serviço e o divisão aceita e realizada pela doutrina ao diferenciar os serviços públicos privativos prestados em regime público e em regime privado parece esquecer disso. Na classificação dual dos serviços públicos privativos prestado em regime público ou privado, não importa quem é o prestador, pois a titularidade aqui não importa. Pode o mesmo ser público ou privado.



Fonte: Elaborada pelo autor.

Observada a figura 7, percebe-se a existência de cinco espécies de atividades econômicas em sentido amplo e, por conseguinte regimes jurídicos. Além dos serviços públicos privativos, no qual é aplicado o regime jurídico de direito público e todas as obrigações inerentes ao serviço público são a eles aplicados (generalidade, continuidade, regularidade, eficiência, cortesia, modicidade, atualidade, entre outros), tem-se os serviços públicos não privativos, onde o

poder público e a iniciativa privada podem, simultaneamente, exercê-las por direito próprio, porquanto de titularidade de ambos. Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais atividades independentemente de qualquer título habilitante de delegação pelo poder público. Isto não significa, no entanto, que o Estado, não possa delegar à iniciativa privada seu exercício, afinal, também é titular e pode decidir pela prestação indireta do mesmo. Neste caso, o particular atuaria em nome do Estado, mas nada impediria que o mesmo não o executasse em nome próprio, afinal, também é titular.

Percebe-se, que nesta nova classificação quanto à titularidade não se diferencia mais o regime dos serviços públicos privativo em público e privado. Como visto, o regime privado não pode ser considerado serviço público por se adotar a corrente essencialista-legalista. Isto não significa que esse posicionamento não esteja livre de polêmicas. Como visto, há quem entenda se tratar, ainda assim, de serviço público, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor (elemento subjetivo). Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de atividade econômica em sentido estrito, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária, aqui adotada a partir dessa edição, que define tais atividades, quando prestadas pelo regime jurídico de direito privado, como atividade econômica de interesse público, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as clássicas atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos.

Já no que diz respeito aos serviços públicos não privativos, se prestado pelo Estado, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos que poderão ser realizados de forma direta ou indireta. No entanto, assim com acima descrito, a doutrina também diverge quando o serviço público não privativo forem prestados pela iniciativa privada. Há também aqueles que entendem ser um serviço público, aqueles que entendem ser atividades econômicas em sentido estrito e os que defendem que são na verdade atividades econômicas de interesse público. Neste caso, como já desenvolvido no ponto específico deste capítulo, entende-se tratar de um serviço público com regime

flexibilizado, é dizer, nem todas as obrigações de serviço público serão impostas a estes, mas apenas algumas delas.

Conclui-se, então, pela existência de uma nova categoria chamada de atividade econômica de interesse público, atividade *sui generis* que devem receber proteção estatal em razão do interesse da sociedade nas atividades e que, por essa razão, atrai a incidência de algumas normas do regime jurídico de direito público.

Capítulo III

Formas de Intervenção do Estado Brasileiro na Economia

3.1 A nova configuração das formas de intervenção do Estado brasileiro na economia

Quando se trata das formas ou modalidades de intervenção do Estado na economia, os autores divergem na matéria⁴⁴², motivo pelo qual se prefere desde a primeira edição adotar uma classificação própria.

Partindo dos ensinamentos de tais doutrinadores, com ênfase na classificação ensinada por Eros Roberto Grau⁴⁴³, entende-se que são duas as grandes formas do Estado brasileiro intervir na economia: intervenção “*sobre o domínio*

442 Como destaca Américo Luís Martins da Silva (SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996), pode ocorrer intervenção por atos normativos em geral: por atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto compreendendo medidas preventivas e repressivas; por monopolização; e por incentivos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 464) refere-se à intervenção regulatória, concorrencial, monopolística e sancionatória. Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 365) classifica em poder de polícia, incentivos à iniciativa e atuação empresarial. Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. In: _____. Temas de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 395) identifica três mecanismos de intervenção: a disciplina, o fomento e a atuação direta. Conforme João Bosco Leopaldino da Fonseca (FONSECA, João Bosco Leopaldino da. Direito econômico. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004): a) regulação econômica, b) atuação fiscal e financeira, c) iniciativa privada com a criação de empresas públicas que atuam concorrencialmente com empresas do setor privado, d) reserva ao setor público com ou sem monopólio de fato. Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46) dispõe, como formas de intervenção do Estado na economia: o planejamento, o fomento, a repressão ao abuso de poder econômico e a exploração direta da atividade econômica.

443 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 168.

econômico” ou “no domínio econômico”, podendo intervir de três formas: por absorção ou participação, por direção e por indução⁴⁴⁴.

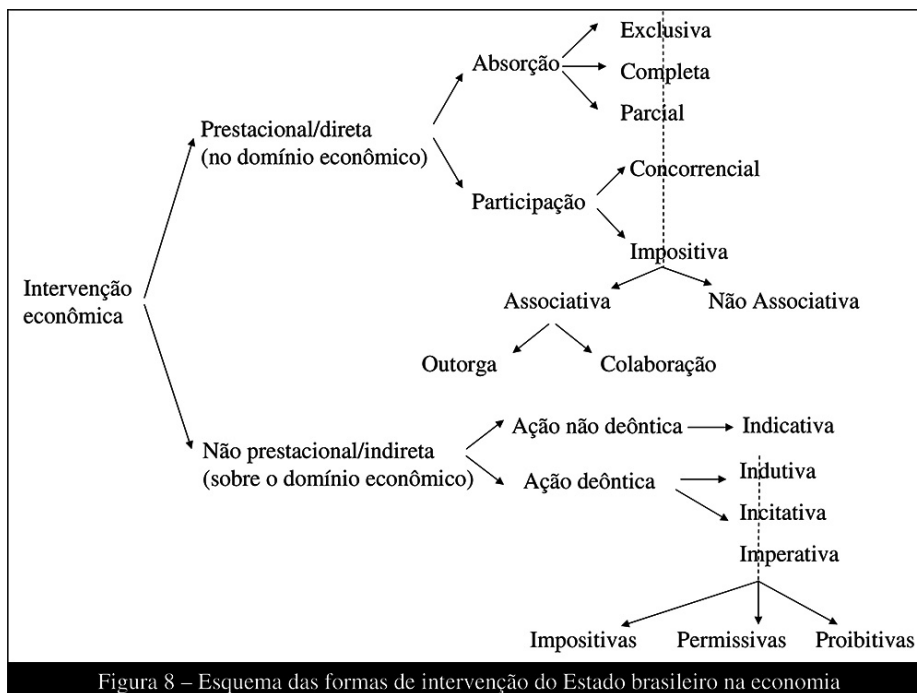


Figura 8 – Esquema das formas de intervenção do Estado brasileiro na economia

Fonte: Elaborada pelo autor.

A figura 8 retrata o esquema geral das distintas formas de intervenção do Estado brasileiro na economia. Partindo-se de uma denominação genérica de intervenção econômica, muitas são as possibilidades que poderão se configurar quando o Estado intervém.

Entende-se que existem duas grandes alternativas de intervenção estatal: prestacional ou direta, quando o Estado atua diretamente na economia, explorando determinada atividade econômica como agente; ou não-prestacional ou indireta, quando atua sobre a economia, não exercendo assim nenhuma

444 No primeiro caso, o Estado atua no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito, ou seja, desenvolve ação como agente (sujeito) econômico; e, nos dois últimos casos, o Estado intervém sobre o domínio econômico, isto é, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito, desenvolvendo ações como regulador dessa atividade.

atividade econômica de maneira direta, ou seja, como agente, mas sim como regulador (Figura 8). Cada uma dessas alternativas possui subclassificações.

O Estado intervém de forma prestacional ou diretamente quando ele atua revertido de caráter empresarial, é dizer, quando o Estado, por meio da Administração direta ou indireta se organiza maneira sistemática e perene para produzir bens ou prestar serviços. Essa é a principal forma de intervenção prestacional (direta) existente, mas não é a única. Quando o Estado aliena bens, não estará atuando empresarialmente, como agente econômico, além de não possuir qualquer função extraeconômica. Outra hipótese de intervenção prestacional (direta) seria a atuação do Estado como investidor, aplicando recursos que estão sob sua administração no mercado financeiro. Ainda refletindo sobre outras formas de intervenção, o Estado poderá, para sustento do seu aparelho e realização de suas obrigações para com a sociedade, adquirir no mercado fornecimento endógeno de bens e serviços⁴⁴⁵. Além dessas, pode-se citar, ainda, as cooperações entre empresas estatais e empresas privadas (parcerias societárias), a detenção de *golden shares* em empresas privadas (em geral, depois de privatizadas) e, por fim, a participação minoritária estratégica em empresas privadas (empresas paradministrativas ou empresas público-privadas)⁴⁴⁶.

Dentro da intervenção prestacional ou direta, observa-se, na figura 8, que o Estado poderá atuar de forma absorviva ou participativa. Quando atuar por absorção, três serão as possibilidades: exclusiva, que seria a exploração de toda uma atividade por completo, e não apenas um segmento ou parte da atividade, a qual normalmente é instrumentalizada pela nacionalização, estatização ou socialização de determinada atividade; completa, que seria a monopolização ou o privilégio exclusivo de determinado segmento da atividade, não se tratando de uma completa atividade, mas sim de um segmento inteiro dentro da atividade; e a absorção parcial, que seria a reserva de mercado de determinada parte do segmento de certa atividade econômica. Já na forma participativa, o Estado intervém de duas formas: ou em regime de competição com empresas privadas, travando uma disputa em determinado setor (participação concorrencial); ou

445 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista. São Paulo: Forense, 2017, p. 51 a 79.

446 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 301 a 303.

por uma imposição constitucional/legal atuando em determinada atividade paralelamente com a iniciativa privada (participação impositiva).

Outrossim, identifica-se, a partir do que ilustra a figura 8, que a atividade não-prestacional ou indireta possui subclassificações. São duas as formas de ações do Estado no exercício da função administrativa. As ações deônticas são aquelas que se encontram inseridas no plano do “*dever ser*” e que imperam na produção de alterações no ordenamento e uso de linguagem diretiva; já as ações não-deônticas estão no plano do “*ser*”, as quais não produzem alterações no ordenamento e não se utilizam de linguagem diretiva. Essas últimas trazem a forma de intervenção indicativa, que representa, apenas, um sinal em alguma direção, a qual não requer qualquer compromisso, nem tampouco pretende obter o engajamento da iniciativa privada. Já as ações deônticas trazem duas formas de intervenção: a incitativa, que ocorre quando o Estado não apenas sinaliza, mas pretende também o engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins; e a impositiva, que se concretiza quando o Estado obriga a iniciativa privada a atuar de determinada maneira, de forma coercitiva⁴⁴⁷.

447 Uma vez que se utiliza como base a classificação de Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000), não se pode aqui deixar de elucidar o que diz respeito à “*intervenção sobre o domínio econômico*”, que divide em normas de intervenção por direção e normas de intervenção por indução: “*No caso das normas de intervenção por direção, estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito - inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram. Norma típica de intervenção por direção é a que instrumenta controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los. No caso das normas de intervenção por indução, defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa, no de “levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual”. Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite - ou, como averba Washington Peluso Albino de Souza - de “incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado”. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do direito premial. A sedução à adesão ao comportamento sugerido é, todavia, extremamente vigorosa, dado que os agentes econômicos por ela não tangidos passam a ocupar posição desprivilegiada nos mercados. Seus concorrentes gozam, porque aderiram a esse comportamento, de uma situação de donatário de determinado bem (redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito, subsídio, v.g.), o que lhes confere melhores condições de participação naqueles mesmos mercados. Dois aspectos devo, no entanto, ainda pontualizar.*”

Independentemente da forma de intervenção que o Estado escolher (prestacional/direta ou não-prestacional/indireta), certo é que ambas caminham juntas em quaisquer das formas de atuação estatal analisadas no capítulo anterior. Isto ocorre pelo fato do Estado ter o dever de ser o agente normativo e regulador da atividade econômica, bem como por ter a obrigação de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, CRFB). Ressalta-se que a intervenção não-prestacional (indireta) do Estado somente caminhará separadamente da prestacional (direta) quando o Estado não atuar na atividade econômica.

Além disso, não se limita o Estado a atuar em algumas das formas prestacionais (direta) que detém de maneira privativa, ou seja, nela em específico. Pode ocorrer que em uma mesma atividade atue de maneira absorviva, completa ou parcial⁴⁴⁸ e participativa, concorrencial ou impositiva, ao mesmo tempo. Sendo a atividade dividida em segmentos distintos, isso é perfeitamente comum de ocorrer, até mesmo quando se têm partes de segmentos de atividades. Esta perspectiva dificulta a análise das múltiplas questões emergentes, implicando na necessidade de estudos de diversos setores durante a investigação.

Sem prejuízo de analisar, mais adiante, cada uma das oito diferentes formas de intervenção do Estado na economia, cabe aprofundar um pouco mais o estudo acerca das duas grandes formas de intervenção já apontadas.

Conforme o referido, na atuação prestacional (direta) de atividades econômicas, o Estado atua na economia, ou seja, explora diretamente a atividade econômica em sentido amplo, ora de forma absorviva, ora de forma participativa. Quando atuar absorvendo determinada atividade para si, poderá o Estado assumir integralmente o controle dos meios de produção, atuando exclusivamente na atividade, em regime de monopólio/privilégio

O primeiro respeita ao fato de nem sempre a indução manifestar-se em termos positivos. Também há norma de intervenção por indução quando o Estado, v.g., onera por imposto elevado o exercício de determinado comportamento, tal como no caso de importação de certos bens. A indução, então, é negativa. A norma não proíbe a importação desses bens, mas a onera de tal sorte que ela se torna economicamente proibitiva. O segundo aspecto, ao fato de que outras tantas vezes determinados comportamentos econômicos são induzidos não em razão da dinamização, pelo Estado, de normas de intervenção por indução, mas sim em decorrência da execução, por ele, de obras e serviços públicos de infra-estrutura, que tendem a otimizar o exercício da atividade econômica em sentido estrito em certos setores e regiões. Essa prática, de resto, é que também inúmeras vezes permite ao Estado, nos quadrantes da legalidade, pôr-se a serviço de interesses privados”.

448 Nunca na exclusiva, pois, nesse caso, como se observará, o Estado atua absorvendo para si toda a atividade.

exclusivo ou, parcialmente, quando reserva determinada parcela do mercado. Quando o faz por participação, existem duas possibilidades, dependendo de o Estado estar sendo obrigado constitucionalmente ou não. No primeiro caso, participa de forma impositiva; no segundo, de forma concorrencial. Em ambos, atua como sujeito próprio de direitos e deveres dentro de alguma parte, segmento ou toda uma atividade da economia; e participa paralelamente com a iniciativa privada. Passa-se a demonstrar como o Estado pode

associar-se a iniciativa privada.

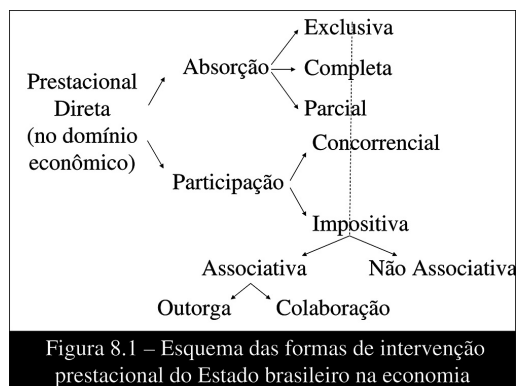


Figura 8.1 – Esquema das formas de intervenção prestacional do Estado brasileiro na economia

Fonte: Elaborada pelo autor.

A figura 8.1, extraída da figura 8, demonstra, com um traço pontilhado cruzando as cinco formas de intervenção prestacional (direta) existentes, que, dentre cada uma delas, pode o Estado se associar à iniciativa privada, ou não, para sua realização. Quando decide se associar, o faz por meio do instrumento interventivo da descentralização, por

outorga ou por colaboração⁴⁴⁹. Tais descentralizações administrativas nada mais são que distribuições de competências, que podem se dar tanto para entidades da administração indireta como para particulares.

A primeira hipótese é a denominada descentralização por outorga (ou institucional)⁴⁵⁰, operada mediante autorização em lei, a qual cria uma entidade

449 A descentralização é um dos principais princípios de Administração Pública brasileira, já positivado no Direito brasileiro desde o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 (art. 6.º), por força do qual as autoridades devem se deter no planejamento e no controle, liberando-se, na medida do possível, da execução dos serviços.

450 Não confundir descentralização por outorga com desconcentração que ocorre dentro da própria estrutura administrativa, sem criação de uma pessoa jurídica, objetivando o descongestionamento do serviço por meio da repartição das funções entre os órgãos.

estatal – Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista, por exemplo⁴⁵¹ – e a ela transfere a titularidade de uma atividade administrativa (Figura 9)⁴⁵².

Aqui, apenas, haverá uma associação quando o Estado criar uma Sociedade de Economia Mista, pois os particulares serão sócio do Estado na empresa. Afinal, são essas sociedades entes da Administração pública indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criadas por lei para o exercício de atividades econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao ente federativo que as cria ou à entidade da Administração indireta destes (art. 5º, III do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967). Criando-se uma Empresa Pública para a prestação de determinada atividade, ter-se-á uma intervenção não associativa, pois tais

451 Recorda-se que somente se cria empresa estatal se as atividades a serem desenvolvidas por essas entidades não puderem ser desenvolvidas a contento pela iniciativa privada. Fere, como exposto no capítulo I, o princípio da abstenção e da subsidiariedade criar empresas estatais simplesmente invocando o argumento de que há “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”. No mais, dentro da descentralização por outorga, também poderá o Estado criar Autarquias e Fundações, tema que aqui não se abordará porque não existe nelas nenhuma forma de participação privada.

452 No Direito português, João Pacheco de Amorim (AMORIM, João Pacheco de. As empresas públicas no direito português: em especial, as empresas municipais. Coimbra: Almedina, 2000, p. 8) esclarece que, diante das recentes modificações, o termo “empresas públicas” passou a abranger: “a) no plano estadual, para além das entidades que correspondem ao sentido tradicional do termo entre nós (actualmente com a designação legal de “entidades públicas empresariais”), ainda as sociedades comerciais “em mão estadual” (em conformidade com a revisão terminológica operada pelo DL 558/99, de 17.12); b) no plano regional autónómico (Regiões autónomas), tão só as clássicas empresas públicas em estreitíssimo sensu; c) e no plano municipal, e agora segundo o meu entendimento, todos os tipos de “empresas municipais” constituídas ao abrigo da Lei 58/98, de 17.08 (isto é, quer as de 1º grau, ou empresas municipais tout court, com capital total ou maioritariamente de um só município, quer as de 2º grau, ou “intermunicipais”, ou seja, com capital majoritária ou totalmente detido ou por uma associação de municípios ou por dois ou mais municípios em partes iguais).

No plano regional autónómico mantém-se o quadro tradicional, ficando de fora todas as sociedades “em mão regional autónómica”.

E no plano municipal, ficam de fora apenas as sociedades “em mão municipal” constituídas nos termos da legislação societária, pela simples razão de que, repita-se, segundo o meu entendimento, todas as empresas criadas ao abrigo da Lei 58/98 têm uma natureza jurídico-organizatória pública, i. É, mesmo as que não ostentam o qualificativo “públicas”, designadamente as de estrutura corporativa – a saber, as “empresas municipais de capitais públicos” e “de capitais maioritariamente públicos”.

Empresas públicas em sentido estrito serão ainda as “régies cooperativas”, ou “cooperativas de interesse público”, reguladas pelo DL 31/84, de 21.01 (que podem ser por sua vez de iniciativa estadual, regional ou municipal). Já, nas conclusões, o autor (ibidem, p. 107-108) elucida que Portugal, por meio do DL 588/99, legitima a “fuga para o direito privado”. Para ele, é explícita a liberdade de escolha na forma pela qual o governo e as demais entidades poderão optar pela constituição de sociedades comerciais, em alternativa às “entidades públicas empresariais”. Porém, recorda que a exploração de “serviços de interesse económicos geral” por empresas estatais fica sujeita em regra à celebração de um contrato de concessão.

empresas têm como único acionista o Estado⁴⁵³. São tais empresas, criadas por lei para a exploração de atividade econômica, sendo uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo estatal, ou com maioria do capital votante pertencente ao Estado (art. 5.º, II do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 c/c art. 1.º do Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969) (como se poderá observar na Figura 12, mais adiante)⁴⁵⁴.

453 No Direito brasileiro, se combinar os arts. 5º do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, e art. 1º do Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, tem-se a seguinte definição: “*Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, ou com maioria do capital votante pertencente à União e com participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da administração indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios*”. Certo é que se admite a participação acionária de pessoas de Direito público interno e entidades da administração indireta. De acordo com Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 154), as empresas estatais não celebram nenhum “*contrato de concessão*” com o poder central ao qual estão vinculadas; não manifestam adesão à situação de concessionárias, são constituídas visando à prestação do serviço. Ocupam a situação de prestadoras de serviço público não em decorrência de manifestação de vontade própria, em aceitar atribuição de capacidade para o exercício da atividade, mas em decorrência de imposição legal. Para tanto foram criadas como extensões do Estado. Já José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 779) destaca que a natureza das empresas estatais prestadoras de serviço público se assemelha às concessionárias de serviço público, mas sem sujeitar-se inteiramente aos ditames do art. 175, pois não se lhes aplicam as regras de reversão, nem de encampação, nem, rigorosamente, o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, já que os serviços não lhes são outorgados por via contratual, mas por via de lei instituidora, porque são entidades do próprio concedente, salvo, é claro, hipóteses de outorga dos serviços à empresa estatal de outra entidade pública.

454 Discuti-se se as sociedades de economia mista e as empresas públicas apenas prestariam atividades econômicas em sentido estrito ou se poderiam prestar um serviço público. Entende-se que podem prestar ambas atividades. O art. 173, §1.º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que preceitua que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica estarão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, e o seu §2.º que vedou a atribuição de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, trazem dúvidas a respeito do tema. Pois, em contra-senso, poder-se-ia dizer que não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem serviços públicos e não atividade econômica à restrição contida no art. 173, §1.º, inc. II, da Constituição de 1988. Ou seja, as estatais que não explorem atividades econômicas em sentido estrito não estarão sujeitas à equiparação com o setor privado. Verdade é que, desde a Constituição 67/69 (§2º do art. 163 da CRFB/67 e §2º do art. 170 da CRFB/69), existia controvérsia sobre essa questão, ocorre que estas Constituições tinham como premissa o fato de que, em havendo exploração de atividade econômica, o regime jurídico aplicável seria o do setor privado, salvo em relação a tributos, se a atividade fosse monopolizada. Situação, portanto, diferente do que ocorre hoje.

Apesar de tal diferença trazer consigo a aplicabilidade de regimes jurídicos distintos, o judiciário brasileiro, em julgamento de recursos extraordinários interpostos pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

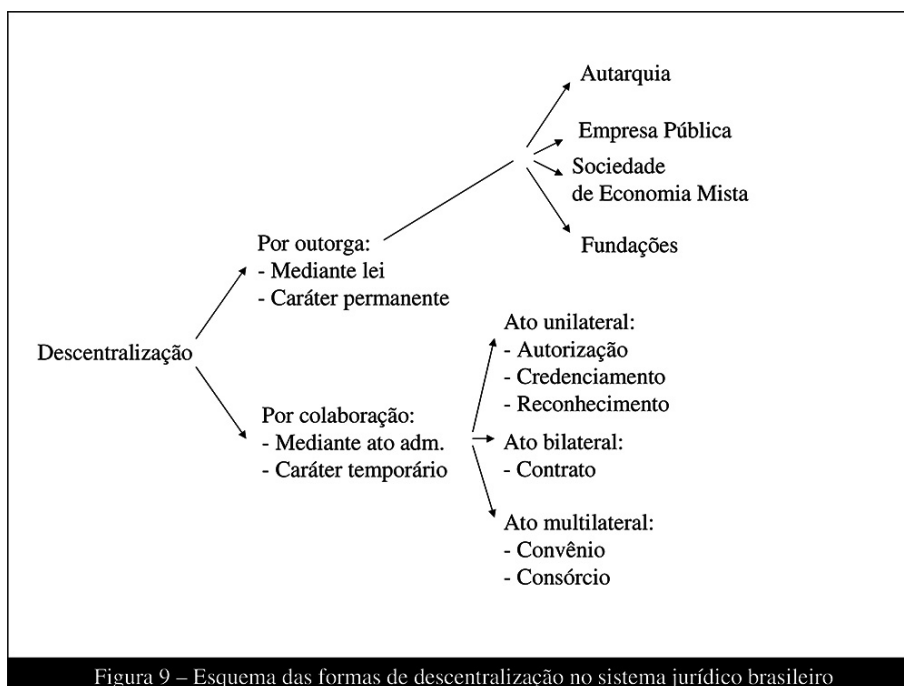


Figura 9 – Esquema das formas de descentralização no sistema jurídico brasileiro

Fonte: Elaborada pelo autor.

- ECT em que se pretendia ver reconhecida sua impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços, julgou por maioria que tal privilégio deveria a ela ser aplicado sob o fundamento de que se trata de entidade que presta serviço público em regime de exclusividade e não atividade econômica em sentido estrito (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 220906 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 14-11-2002 PP-00015, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Data Publicação: 14/11/2002). Aplica-se de forma análoga tal tratamento à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO. Segundo o mesmo tribunal, “a INFRAERO, que é empresa pública, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infraestrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea “c”, da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”), do poder de tributar dos entes políticos em geral”. Para o STF, a submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO e da ECT), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 363412 UF: BA - BAHIA, Fonte: DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008, Relator: Ministro Celso de Mello, Data Publicação: 19/09/2008).

A segunda hipótese, aludida na figura 9, é a descentralização por colaboração (ou por delegação), pela qual o particular – estranho à estrutura da Administração pública – é chamado a colaborar com o poder público naquilo que é de seu *mister*, de forma transitória, recebendo mera execução de tarefa cujo titular é o contratante⁴⁵⁵. Realizada por meio de ato da Administração, delega-se apenas a execução de um serviço cuja titularidade permanece estatal, cabendo ao delegante o planejamento e o controle da execução privada. É essa a forma paradigma em que o Estado se associa ao particular, dado que a colaboração é, em primeira linha, a modalidade de descentralização em que o Estado escolhe terceiro estranho à Administração.

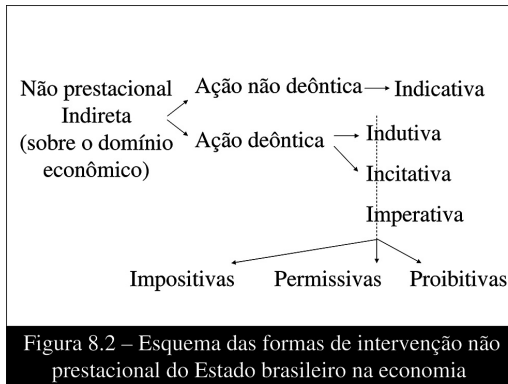
Não se confunda, como adverte Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴⁵⁶, a forma de descentralização a partir de criação de entidades da administração indireta com a colaboração de particulares. Na primeira, as empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas com autorização em lei e adquirem o direito à prestação do serviço; na descentralização por colaboração, opera-se tão somente a transferência da execução do serviço, conservada, pelo Poder público, a titularidade⁴⁵⁷.

455 Esta última de acordo com Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 129): “*Pode ser operacionalizada por atos administrativos unilaterais (autorização, reconhecimento, credenciamento), bilaterais (contratos de concessão, permissão, terceirizações em geral) e multilaterais (convênios e consórcios)*”. A opção decorre do exercício do poder de direção superior da Administração, que, segundo o autor, atua orientado pela discricionariedade e pelo princípio da especialidade.

Recordar que as parcerias podem ser de Direito Público, de Direito Internacional ou Interno, realizadas normalmente mediante consórcios administrativos; parcerias de Direito Privado entre empresas de capital nacional, estrangeiro ou entre empresas nacionais e estrangeiras, onde o chamado consórcio de empresas é uma das formas mais utilizadas visto ser uma fórmula de combinação empresarial plástica, maleável, com infindáveis potencialidades; e, por fim, parcerias mistas, entre a Administração Pública e empresas privadas, que podem ser temporárias ou duradouras, aqui, a praxe mais recente tem revelado o recurso a inúmeras formas de Direito Privado para revestir as parcerias entre o poder público e a iniciativa privada, dentre as quais se destacam mecanismos já conhecidos e sedimentados, como a concessão, a autorização, a permissão, os convênios etc., além do incremento da utilização dos consórcios e a utilização de fórmulas mais modernas, como a franquia e a terceirização.

456 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 62.

457 A distinção entre ambas as formas de descentralização é a aplicação da clássica distinção entre serviço outorgado e serviço delegado, conforme lição de Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 295), que pode ser explicada da seguinte forma. Os serviços descentralizados são todos aqueles em que o poder público



Fonte: Elaborada pelo autor.

Na atuação não-prestacional (indireta), o Estado atua sobre a economia, exercendo-a de três modos: indicando, incitando e impondo. Quando o faz por indicação, apenas, assinala alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada. Quando o faz por incitação, o Estado não apenas sinaliza, mas pretende também o engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins. Há, aqui, promessas com várias medidas – por meio de estímulos positivos ou qualquer outra forma – para que a iniciativa privada colabore. Por fim, quando o faz por imposição, o Estado obriga que a iniciativa privada atue de determinada maneira, de forma cogente.

A figura 8.2 ilustra cada uma das três formas de intervenção não-prestacional (indireta) do Estado na economia. O traço pontilhado cruzando as duas formas de ações deônticas existentes significa que, dentro de cada uma delas, o Estado poderá manifestar-se de maneira impositiva, criando obrigações positivas por meio da imposição de certos comportamentos que deverão necessariamente ser cumpridos – permissivas, concedendo alternativas entre realizar ou não uma determinada conduta; e proibitivas, que vetará a realização de determinada ação. Tais manifestações só existem nas ações deônticas, uma vez que, na ação não-deôntica indicativa, o Estado apenas assinala alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada, como visto.

Muitos são os instrumentos utilizados nas intervenções prestacionais/direta e, mais ainda, nas não-prestacionais/indireta. A figura 10 apresenta um rol de diferentes instrumentos utilizados pelo Estado ao intervir na economia. Elenca

transfere, por lei, sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação. Já os serviços outorgados são transferidos, por ato administrativo, apenas sua execução. Assim, enquanto o primeiro é transferido por lei e só por lei pode ser retirado ou modificado, o segundo tem apenas sua execução traspassada a terceiro, por ato administrativo (bilateral ou unilateral), pelo que pode ser revogado, modificado e anulado, como o são os atos dessa natureza. Afirma o autor (ibidem) que: “a delegação é menos que outorga, porque esta traz uma presunção de definitividade e aquela de transitoriedade, razão pela qual os serviços outorgados o são, normalmente, por tempo indeterminado e os delegados por prazo certo, para que ao seu término retornem ao delegante”. Mas recorda que, em ambas as hipóteses, o serviço continua sendo público ou de utilidade pública, apenas descentralizado.

instrumentos de centralização, como a nacionalização, estatização, monopolição, privilégio exclusivo e reserva de mercado; bem como de descentralização, como a outorga e colaboração, anteriormente, referenciadas. Ademais, dispõe-se como instrumento o poder de polícia, em suas quatro modalidades: ordem, comando, fiscalização e sanção. O planejamento se dá

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">• Centralização (nacionalização, estatização, monopolição, privilégio exclusivo, reserva de mercado)• Descentralização (outorga, colaboração)• Planejamento (formulação, condução e gerenciamento de políticas)• Propulsiva (fomentador)• Policial (ordem, comando, fiscalização, sanção)• Distributiva (alocador de recursos)• Regulatória (disciplinatória)• Concorrencial (repressão ao abuso de poder econômico) |
|---|

Figura 10 – Instrumentos interventivos

Fonte: Elaborada pelo autor.

desde a formulação, condução e gerenciamento de políticas. A função distributiva concerne à alocação de recursos; a função propulsiva, objetiva o fomento da economia; a função regulatória, busca disciplinar o mercado; e a função concorrencial ou de repressão² se relaciona ao abuso de poder econômico⁴⁵⁸.

O uso desses instrumentos não pode ser arbitrário, mas, sim, voltado a um método vinculado ao plano de desenvolvimento econômico, uma vez que o Estado deve atuar conforme o interesse público (legalidade, legitimidade e licitude), assegurando a boa administração, a eficiência e a obtenção do melhor resultado. No entanto, não há dúvida de que existe discricionariedade do Estado na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal, sendo que essa discricionariedade não é apenas administrativa. Observar-se-á, ao longo deste trabalho, que, igualmente, existirá na intervenção do Estado na economia uma discricionariedade legislativa e judicial.

São essas as formas ou modalidades de intervenção do Estado na economia, dentro da atual estrutura jurídico-organizativa da atividade econômica, que verificar-se-á no desenrolar deste capítulo; mas, antes, faz-se alguns breves apontamentos sobre a margem de liberdade do Estado ao tomar uma decisão de intervir, ou não, na economia.

458 A análise de cada um desses instrumentos será feita ao longo do capítulo. Observar-se-á que alguns desses instrumentos são utilizados nas intervenções prestacionais (centralização e descentralização) e outros nas intervenções não-prestacionais (polícia, planejamento, distributiva, propulsiva, regulatória e concorrencial).

3.1.1 Intervenção do Estado na economia como discricionariedade potencial do agente público e seus limites

A subjetividade ou autonomia pública caracteriza-se como a margem de liberdade existente em qualquer ação e apresenta distintos níveis quando estudada sob o enfoque do Estado. Assim, trata-se de forma de exteriorização da vontade administrativa.

Cada uma das atribuições administrativas, também, denominadas poderes, faculdades ou prerrogativas públicas, possui uma margem para sua aplicação. Isso significa que a Administração, quando manifesta sua vontade, seja por meio de atos, coação ou atividade técnica ou material, estará utilizando uma margem que se caracteriza por uma subjetividade ou autonomia pública atribuída de quatro formas: discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico; liberdade de conformação ou de configuração; margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; e apreciatividade administrativa⁴⁵⁹.

O problema é que essas diferentes formas de margens de atuação da Administração estão longe de consolidar uma terminologia e, inclusive, quantidade de espécies existentes. É comum, tanto na doutrina como na jurisprudência,

459 Não se pode confundir tais subjetividades ou autonomias públicas com a vinculatividade. Vinculação ocorre quando o ordenamento jurídico, a legitimidade ou a licitude estabelecem as condições de sua realização, neles, não resta ao agente público uma liberdade de opção, pois sua atuação é adstrita às condições estabelecidas pelas normas, pela legitimidade ou pela licitude, que darão o contorno da validade do ato. O interesse público vincula a uma única opção existente, ou a uma única opção dentre as existentes. Portanto, poder-se-ia dizer que se está diante de um dever, mas nunca diante de um poder, pois retrata uma imposição de conduta, sendo mais uma restrição que um poder, não existindo qualquer prerrogativa em estar obrigado a seguir a lei.

Por conseguinte, tal vinculação gera para a Administração Pública o dever de observância de determinados requisitos considerados essenciais à validade e existência do ato. Essa exigência decorre da legalidade, da legitimidade ou da licitude. Criando, no particular, um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato.

Nele, o motivo e o objeto já são previamente indicados pelo ordenamento jurídico, pela legitimidade ou pela licitude, logo, o agente público somente reproduzirá os elementos no ato administrativo.

Sobre o tema, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 452) lecionam que: “la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias”.

observar o uso do termo discricionariedade como um supraconceito, aplicado a todas as formas de margem de liberdade. O termo discricionariedade, pelo que se apurou em nossas outras obras, reflete diferentes pontos de vista na doutrina, sendo caracterizado, portanto, por uma grande equivocidade e possuir plurissignificações.

Cada uma das quatro formas de subjetividades ou autonomias públicas tem enorme relevância, além de características próprias e diferenças entre si. Por isso, em outra obra de nossa autoria⁴⁶⁰, precisa-se juridicamente o alcance e a definição de cada uma dessas faculdades da seguinte forma:

- (I) **A discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico** seria a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, do que melhor atende aos interesses públicos. Além disso, defende-se que a forma de concessão da discricionariedade é por meio de normas jurídicas. Estas, porém, quando concedem discricionariedade à Administração, fazem-na de forma potencial, isto é, de maneira abstrata, toda vez que a discricionariedade efetiva somente confirma-se no caso concreto. Desse modo, o conceito exposto refere-se ao que se denomina discricionariedade potencial. Somente estar-se-á no terreno da discricionariedade efetiva uma vez fixadas as opções válidas, ou seja, opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes). Outro aspecto do conceito diz respeito à localização da discricionariedade quanto aos componentes lógico-estruturais da norma jurídica. Por certo que haverá casos em que os próprios termos literais da norma configurem a consequência jurídica como discricional, então, produzindo uma atribuição textual de discricionariedade, pelo que não carece recorrer aos critérios dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica. Quando esse não for o caso, poderá localizar-se a discricionariedade no operador deôntico ou na preceptiva da norma. Nas normas de compe-

460 SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

tência, ter-se-á discricionariedade na preceptiva, visto que, sobre qualquer domínio que se possa conceber, terá habilitação para dispor de forma autônoma. Agora, nas normas de conduta, ter-se-á discricionariedade no operador deôntico quando se tratar de normas permissivas, bem como quando a preceptiva não compreender mais de um efeito; e, na preceptiva, diante de normas de obrigação (imposição ou proibição), em que se necessite de mais de uma alternativa e em disjunção. Trata-se da distinção entre discricionariedade de atuação (localizada no operador deôntico) e de eleição (localizada na preceptiva).

- (II) A **liberdade de conformação ou de configuração** seria a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editais, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública.
- (III) A **margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados** seria a margem decorrente da zona de incerteza semântica de um conceito jurídico, ou seja, daqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida. Deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizados no caso concreto, por isso, entende-se que o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado apresenta ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual). Sempre que se tenha uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo conceitual. Quando as dúvidas começam, é porque se está diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de zona de certeza, que

pode ser positiva (é seguro que “isso” pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que “isso” não pode se denominar assim). A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona em que não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou “*halo del concepto*”), pois há maior dificuldade para localizar a única solução justa. No mais, a margem de livre apreciação aqui exposta insere-se na hipótese ou previsão da norma jurídica, nos componentes lógico-estruturais dessa.

- (IV) Por fim, a **apreciatividade administrativa** seria a margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exercite – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma –, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, comumente, a ações não deónticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da letra estrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões comprovadas de especial relevância.

Pode-se dizer que a intervenção do Estado na economia é um dever-poder subjetivo ou autônomo do Estado⁴⁶¹, ora praticado pela Administra-

461 Muitos autores afirmam que o Estado possui “discrecionariedade” no âmbito da intervenção econômica, entre muitos: BARBOSA, António S. Pinto. *Economia pública*. Lisboa: McGraw-Hill, 2001; MAS, Joaquín Tornós. Discrecionalidad e intervención administrativa económica. In: AAVV. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Civitas-Junta de Andalucía, 1996, p. 391 et seq.; MATEO, Ramón Martín. *Administración monetaria*. Madrid: IEAL, 1968, p. 125 et seq.;

ção pública (subjetividades/autonomias administrativa), ora pelo legislativo (subjetividades/autonomias legislativa) e, até mesmo, pelo judiciário (subjetividades/autonomias judicial)⁴⁶².

ORTIZ, Gaspar Ariño. Las tarifas de los servicios públicos: poder tarifario, poder de tasación y control judicial. Sevilla: Instituto García Oviedo, 1976, p. 135 et seq.; FARRERES, Germán Fernández. La subvención: concepto y régimen jurídico. Madrid: IEF, 1983, p. 476 et seq.; SAVY, Robert. Droit public économique. Paris: Dalloz, 1972; FROMONT, Michel. Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative. Actualité Juridique Droit administrative. Paris, nov, 1966, p. 588 et seq.; DELMAS-MARSALET, J. Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État. In: ÉTUDES et documents du Conseil d'État 1969. Paris: Journal officiel de la République française, 1970, p. 133 et seq.; TETTINGER, Peter. Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht. Munich: Verlag Vahlen, 1980.

462 O judiciário brasileiro já teve oportunidade de afirmar que “há discricionariedade do Estado na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal”. No caso em questão, o judiciário analisava pleito de indenização por prejuízo ocasionado por política de fixação de preços. Pode-se sustentar que, à época o exercício da atividade intervencionista estatal não estava jungido, vinculado, ao levantamento de preços efetuado por órgão técnico de sua estrutura administrativa ou terceiro contratado para esse fim específico, possuindo assim discricionariedade ao intervir (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 79937, Processo: 199500604701 UF: DF Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 06/02/2001 Documento: STJ000402930, Fonte: DJ DATA:10/09/2001 PÁGINA:366 RDR VOL.:00021 PÁGINA:327 RSTJ VOL.:00149 PÁGINA:151, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data Publicação: 10/09/2001). Ademais, em caso sobre os índices adotados para se processar a remuneração dos saldos e depósitos em caderneta de poupança, bem como de conta vinculada ao fundo de garantia, manifestou-se o judiciário no sentido de que sua fixação também é discricionária (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL, Processo: 9502179323 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 18/12/1996 Documento: TRF200048545, Fonte: DJ DATA:10/04/1997 PÁGINA: 22214, Relator: Desembargadora Julieta Lídia Lunz, Data Publicação: 10/04/1997).

Nos EUA, o Direito Antitrust só substitui a aplicação das normas ditadas pelos Estados-membros naqueles casos em que se delega esta tarefa aos particulares sem que existam suficientes garantias de que se preserva o interesse público. Nada se opõe, por exemplo, a que o poder público estabeleça unilateralmente o preço máximo de um serviço de atenção à sua transcendência para o interesse público (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Fisher v. City of Berkeley, 475 US 260 (1986). Argued February 12, 1985. Decided February 26, 1985. Full case name: Fisher v. City of Berkeley. Citations: 475 U.S. 260. Prior history: None. Subsequent history: None. Laws applied: U.S. Const).

Para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, só são contrárias ao Tratado de Roma as intervenções públicas que impõem, favorecem ou facilitam a conclusão de acordos proibidos. Apenas quando a atuação estatal está conectada a uma restrição da concorrência de origem privada, o Tribunal analisa se o Estado vulnerou a obrigação de preservar a eficácia dos arts. 81 e 82 do TCE (atuais art. 101 e 102 do TFUE). Essa aplicação limitada deixa sem sanção as disposições estatais que não reforçam nem impõem acordo entre empresa, mas que têm um efeito anticompetitivo. Em caso relativo à venda no varejo de combustível, o Tribunal declarou compatível com o Direito Comunitário a legislação francesa que estabelecia preços máximos e/ou mínimos da venda. O caso chega ao TJCE depois de ser aberto um procedimento de infração contra uma cadeia de centros comerciais que

A concessão das mais diversas formas de subjetividade existente no direito público econômico se justifica por vários motivos, além dos normalmente citados para justificar a concessão dessas margens de liberdade⁴⁶³. Uma das principais peculiaridades que caracteriza a intervenção econômica, é que ela deve responder a demandas dos agentes econômicos em um contexto cujas circunstâncias, muitas vezes, não são estáveis nem duradouras, mudam num ritmo rápido, assim, exigindo uma atuação veloz e inequívoca. Além disso, a realidade econômica é por natureza complexa, com diversidade de interesses em jogo, sendo impossível regular por meio de normas a totalidade das situações possíveis. Muitas das decisões administrativas no terreno econômico exigem certo grau de sigilo, discrição e prudência com a finalidade de assegurar uma adequada consecução dos objetivos. Outro motivo diz respeito à impopularidade e polêmica de certas decisões, levando o legislativo a delegar ao executivo a tomada de decisão dos supostos onde existe uma especial sensibilidade social, ou onde os interesses enfrentados são muito diferentes. Há também o fato da negociação com os distintos grupos afetados pelas decisões

comercializavam gasolina abaixo do preço mínimo. No caso, não se aplicou a doutrina do efeito útil porque a regulamentação estatal dos preços não se baseava na celebração de nenhum acordo entre fornecedores e estações de serviços, mas sim que a fixação do preço estava confiada exclusivamente às autoridades públicas (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61983J0231. Quinta Secção. Acórdão de 29 de Janeiro de 1985. Processo 231/83. Henri Cullet e Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers contra Centre Leclerc em Toulouse e Centre Leclerc em Saint-Orens-de-Gameville. Colectânea da Jurisprudência 1985 página 00305).

- 463 A discricionariedade (em seu sentido amplo) é normalmente justificada pelos seguintes motivos. Primeiro, para evitar o automatismo dos agentes administrativos, que se não a tivesse, aplicaria apenas as normas preestabelecidas, ocorrendo desse modo uma quebra na tripartição dos poderes, já que se teria a supressão do órgão administrativo pelo legislativo. Segundo, pelo fato de o legislador não poder prever todas as ocorrências que possam vir a acontecer no mundo dos fatos, pela impossibilidade do mesmo fixar o alcance dos conceitos utilizados na linguagem normativa, diante da realidade polifilética das relações humanas e, principalmente, porque a “discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas”. E que: “não se trata de um esquecimento do legislador, mas de uma faculdade conscientemente criada em favor e em benefício da gestão dos interesses públicos tutelados pela Administração” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67 e 68). Desse modo, a discricionariedade acaba sendo necessária para o eficaz desenvolvimento da Administração Pública e, sobretudo, para o atendimento ao interesse público em cada momento que se fizer necessário. Terceiro, porque não quer ou não deve fazê-lo, por parecer ser mais conveniente ou adequado deixar ao administrador a consideração concreta da ação administrativa a ser efetivada. E, por fim, como quarta e última, pode-se dizer que a deficiência técnica também justifica a discricionariedade.

administrativas. Ordinariamente, a intenção é outorgar uma margem para que a Administração negocie com o particular a medida a adotar, de maneira que a natureza das coisas exija a existência de normas flexíveis e discricionais. E, por fim, pode-se afirmar que a necessidade de afrontar situações de crise econômica determina o reforço das subjetividades ou autonomias públicas para lograr as difíceis circunstâncias que apresentam⁴⁶⁴.

Dentre as distintas subjetividades ou autonomias públicas, importa aqui enfocar a discricionariedade administrativa⁴⁶⁵. Definir-la não é uma tarefa fácil, uma vez que possui diversos aspectos inter-relacionados. No entanto, da definição antecedentemente exposta, podem ser extraídos três elementos essenciais – próprios do instituto –: *subjetivo*, somente a Administração pública detém esse tipo de discricionariedade; *formal*, derivado unicamente do ordenamento jurídico, reportando-se somente às ações deônticas, com exclusão das eventuais margens de liberdade de ação que se pode identificar em ações não-deônticas; e *volitivo*, pois envolve a liberdade de atuação ou não entre estatuições oferecidas alternativa e disjuntivamente. Além desses elementos essenciais, há outro, onipresente na Administração pública, que é o elemento *objetivo*, que envolve o dever de atenção ao interesse público (legalidade, legitimidade e licitude)⁴⁶⁶.

464 Sobre essas questões vide: VELA, César David Ciriano. *Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 88-100. O autor também alerta para a necessidade do contraponto aos fatores que contribuem a um reforço da discricionariedade. Esse é possível com um aumento da segurança jurídica das empresas e operadores econômicos em geral que se relacionam com a Administração econômica. Infere que esses devem atuar num marco de segurança e certeza, no qual possam conhecer de antemão as possíveis decisões que podem adotar a Administração, é absolutamente imprescindível que o sistema jurídico seja capaz de oferecer uma solução adequada aos problemas que surgem nas relações dos agentes econômicos com a Administração, reconhecendo o âmbito de discricionariedade até um limite que se possa considerar razoável.

465 Sugira-se, aqui, a leitura do nosso artigo: SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: Uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 269, p. 107-138, mai./ago., 2015.

466 O *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos* confere aos Estados uma ampla margem de decisão a respeito de seu sistema audiovisual. Tal tribunal conferiu aos Estados uma ampla margem para decidir sobre o modelo de televisão privada. Considerando-se que é compatível com a Carta Europeia de Direitos Fundamentais limitar o direito a criar televisão privada ao âmbito das emissões por cabo e satélite, mantendo o monopólio sobre a televisão terrestre por ondas (CONSELHO DA EUROPA. *European Court of Human Rights*. Second Section. Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria. Applications no. 32240/96, Date: 21/09/2000).

O judiciário brasileiro em caso relativo a um pedido administrativo de cessão de imóvel afirmou que esse depende do juízo discricionário da Administração e esclareceu que os atos com elementos discricionários autorizam “certa margem de liberdade, porquanto a lei, ao regular a matéria, deixa um

Ou seja, somente se estará na seara da discricionariedade, quando fixadas as estatuições (alternativas e disjuntivas) válidas. Trata-se de opção política, afinal, requer a definição, dentre as estatuições válidas, orientada por crité-

campo de apreciação ao administrador, insindicável pelo Poder Judiciário, porque interdita a intervenção no mérito do ato administrativo" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 617444, Processo: 200302178853 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 07/03/2006 Documento: STJ000672450, Fonte: DJ DATA:20/03/2006 PÁGINA:196, Relator: Ministro Luiz Fux, Data Publicação: 20/03/2006).

Num recurso de amparo contra Ordem do Ministério de Industria e Energia de 1983, "*por la que se distribuye entre las explotaciones subterráneas el complemento de precio autorizado para los carbonos destinados a centrales térmicas y se establece una nueva fórmula para la determinación del precio del lignito negro con el mismo destino*" o Tribunal Constitucional espanhol pode afirmar que: "*un amplio margen de libertad que ha de reconocerse a los poderes público para fijar los objetivos de política económica*" (ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 25/1989. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 3/2/1989. Publicación BOE: 19890228 [«BOE» núm. 50]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Begué, Latorre, García-Mon, de la Vega, Leguina y López. Ponente: doña Gloria Begué Cantón. Número registro: 833/1983. Recurso tipo: Recurso de amparo). No mesmo sentido: ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 181/1990. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 15/11/1990. Publicación BOE: 19901203 [«BOE» núm. 289]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. Tomás, García-Mon, Leguina, López y Gimeno. Ponente: don Luis López Guerra. Número registro: 426/1988. Recurso tipo: Recurso de amparo e ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 119/1991. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 3/6/1991. Publicación BOE: 19910708 [«BOE» núm. 162]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Rubio, Díaz, Rodríguez-Piñero, de los Mozos, Rodríguez y Gabaldón. Ponente: don Alvaro Rodríguez Bereijo. Número registro: 1676/1988. Recurso tipo: Recurso de amparo.

Em outra ocasião, o Tribunal Constitucional espanhol deu razão aos recorrentes frente a decisões discricionais da Administração (ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 31/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 31/1/1994. Publicación BOE: 19940302 [«BOE» núm. 52]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. López, Díaz, Rodríguez, Gabaldón, González y Viver. Ponente: don Alvaro Rodríguez Bereijo. Número registro: 1513/1990. Recurso tipo: Recurso de amparo).

O Conseil constitutionnel français analisou demanda questionando a constitucionalidade da obrigatoriedade de criação de "*fonds d'épargne retraite*" por serem contrários ao princípio da livre iniciativa. Para o demandante, a exigência de seguradoras para criar novas pessoas jurídicas sujeitas à aprovação específica seria uma "*exigence excessive privée de justifications appropriées d'intérêt general*". Decidiu o Conselho que a liberdade de empresa, que não é nem geral nem absoluta, exerce-se dentro das regras estabelecidas pela lei; que as restrições estabelecidas pelo legislador são para preservar a segurança financeira dos salários, e que é disso que trata a criação, gestão e controle dos fundos de reforma não violando, portanto, a liberdade de iniciativa (FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision n.º 97-388DC. Loi créant les plans d'épargne retraite. NOR: CSC9701972S. Votos: MM Roland DUMAS, président, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean CABANNES, Maurice FAURE, Yves GUÉNA, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR et M Jacques ROBERT. Data: Jeudi 20 mars 1997). Em outra ocasião, agora concernente à lei relativa à modalidade de aplicação das privatizações, também, considerou que, por não ser a livre iniciativa nem geral nem absoluta, o legislador pode limitá-la se o interesse público assim exigir (FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 89-254DC. Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations. NOR: CSCX8910293S. Data: mardi 4 juillet 1989).

rios de política administrativa ou governamental e avaliada como apropriada pelo agente público em determinado caso concreto. As estatuições decorrentes da interpretação resultarão em estatuições válidas ou inválidas, ou seja, não há “melhor” ou “ótima” estatuição, esta, sempre, será a única que poderia ser validamente seguida.

Com efeito, o agente público tem o dever jurídico de satisfazer o interesse público, por meio da legalidade, legitimidade e licitude. Se determinada estatuição é a “melhor” ou “ótima”, esta será o único caminho válido; os demais serão indevidos, inválidos. Se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de vinculação e não de discricionariedade. Por isso que se afirma que a discricionariedade começa onde acaba a interpretação⁴⁶⁷.

Logo, somente haverá discricionariedade, se todas as estatuições forem válidas e, apenas, nos casos concretos. Se houver estatuições válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma discricionariedade potencial, passível de não ser confirmada *a posteriori* pela realidade concreta. Há situações em que a discricionariedade abstratamente prevista na norma poderá deixar de existir por completo, quando analisadas as peculiaridades do caso concreto, pois nele poderá ocorrer somente uma ação possível para se alcançar satisfatoriamente a finalidade da norma. Portanto, a liberdade discricional fixada na norma abstrata não coincide com o possível campo de liberdade do agente público diante do caso concreto⁴⁶⁸.

467 Neste sentido, Carlos Ari Sunfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32) assevera que “o conceito exato dessa figura é ainda muito incerto e flutuante, inclusive na legislação”. Para Tony Posner (POSNER, Tony. Law and the regulators. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 3-7), regulação é o conjunto de atos de controle e direção de acordo com uma regra, princípio ou sistema que se desenvolve por intermédio de normas legais e outras medidas de comando e controle.

468 Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 65, v. 16, p. 27-38, jan/mar, 1983, p. 33) ressalta o aspecto da redução, o desaparecimento da discricionariedade perante o caso concreto, da seguinte maneira: “o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, específica, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal”.

Em consonância com Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 231): “Então, ocorre que a discricionariedade existente, em abstrato, na norma legal, não corresponde à mesma amplitude de discricionariedade no caso concreto”.

Desse modo, quando a norma comportar soluções distintas, significa que, no caso concreto, determinada solução é a que melhor se configura, devendo-se sempre aplicar a solução que melhor se ajuste à situação concreta. Decorre daí que a variedade de soluções não significa que todas as soluções sejam iguais e indiferentemente adequadas a todos os casos; ao contrário, somente algumas e, por vezes, somente uma é adequada a determinados casos, assim como, por vezes, somente essa é aplicável a outras situações⁴⁶⁹.

Em concreto, na decisão de uma maior ou menor intervenção sempre existirá subjetividade ou autonomia administrativa que poderá aumentar ou diminuir conforme as decisões tomadas pelo Estado⁴⁷⁰. Assim, decidindo-se por liberalizar, despublicizando determinado setor, eliminando, então, um título genérico de serviço público como justificante da intervenção, traz a ideia de diminuição da subjetividade/autonomia administrativa, ao menos da intervenção prestacional. Basta visualizar a substituição dos velhos regimes de monopólio e do sistema de concessões por autorizações de caráter vinculante e a aplicação do direito da concorrência à Administração Pública. No entanto, a subjetividade/autonomia administrativa não se reduz quando se pensa na intervenção não-prestacional, pelo contrário; aumenta. Basta imaginar a margem dos novos entes reguladores e das normas que protegem o consumidor/usuário e o meio ambiente⁴⁷¹.

469 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36 e 37.

470 De acordo com António S. Pinto Barbosa (BARBOSA, António S. Pinto. *Economia pública*. Lisboa: McGraw-Hill, 2001, p. 185), existem duas formas alternativas fundamentais de realizar uma intervenção na economia. Numa primeira, o Estado mantém, em cada momento, a discricionariedade na utilização dos instrumentos de que dispõe, ou seja, retém, em cada momento, flexibilidade na escolha do valor dos instrumentos que usa. Em alternativa, a intervenção do Estado faz-se por meio de “regras” ou por atuações vinculantes. Sustenta o autor que o uso de regras pode contribuir positivamente para a criação de um ambiente de estabilidade no comportamento interativo entre o setor público e privado, que pode melhorar substancialmente o funcionamento da economia. No entanto, afirma que a adoção de regras só se justifica onde se reconhecer que os benefícios obtidos por seu intermédio superam os custos decorrentes da perda de flexibilidade, isto é, da mais limitada capacidade para reagir à nova informação.

471 Para o *Tribunal Constitucional espanhol*, a defesa do interesse geral e do Direito a um meio ambiente adequado pode requerer a intervenção do Estado para evitar danos irreparáveis, mas há de realizar-se assegurando um adequado equilíbrio entre o respeito das autonomias territoriais e a necessidade de evitar que estas conduzam a separações ou comportamentos que desconheçam a própria unidade do sistema. E mais: “Ello al igual que justifica la facultad de coordinación, puede permitir además que, en ocasiones excepcionales, el Estado, titular de la legislación básica, pueda realizar actos de ejecución que sean

Como se viu, não é apenas a subjetividade/autonomia administrativa que se configura ao intervir na economia. A subjetividade/autonomia legislativa também existe quando o Estado, por meios normativos, utiliza-se de instrumentos de intervenção na economia. É o legislador, com a atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa, quem conta com a mais ampla margem de valoração subjetiva para a definição e o estabelecimento de opções políticas e legislativas, o que decorre da legitimidade angariada por via de representatividade⁴⁷².

precisos por la naturaleza de la materia, para evitar daños irreparables y para asegurar la consecución de la finalidad objetiva que corresponde a la competencia estatal sobre las bases (STC 48/1988)" (ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 329/1993. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 12/11/1993. Publicación BOE: 19931210 [«BOE» núm. 295]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Número registro: 74/1986. Recurso tipo: Conflicto positivo de competencia).

472 Para o *Tribunal Constitucional português*, o direito de liberdade de iniciativa econômica privada não é um direito absoluto (ele exerce-se, nas palavras do Diploma Básico, nos quadros da Constituição e da lei, devendo ter em conta o interesse geral). Não o sendo - e nem sequer tendo limites expressamente garantidos pela Constituição (muito embora lhe tenha, necessariamente, de ser reconhecido um conteúdo mínimo, sob pena de ficar esvaziada a sua consagração constitucional) - fácil é concluir que a liberdade de conformação do legislador, neste campo, não deixa de ter uma ampla margem de manobra (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 328/94, Processo: n.º 641/92, 2ª Secção. Relator: Conselheiro BRAVO SERRA, Data: 13 de Abril de 1994).

A norma constitucional remete, pois, para a lei a definição dos quadros nos quais se exerce a liberdade de iniciativa econômica privada. Trata-se, aqui, da previsão constitucional de uma delimitação pelo legislador do próprio âmbito do direito fundamental – da previsão de uma “*reserva legal de conformação*” (a Constituição recebe um quadro legal de caracterização do conteúdo do direito fundamental, que reconhece). A lei definidora daqueles quadros deve ser considerada, não como lei restritiva verdadeira e própria, mas sim como lei conformadora do conteúdo do direito.

Ora, a liberdade de conformação do legislador nestes casos, em que existe uma remissão constitucional para a delimitação legal do Direito, há de considerar-se mais ampla do que nos casos de verdadeiras leis restritivas do direito, desde logo, porque o Direito não tem, nos primeiros, limites fixos constitucionalmente garantidos, remetendo-se antes para uma caracterização legal que apenas não poderá aniquilar um mínimo de conteúdo útil, constitucionalmente relevante.

Na Alemanha, a escolha de um modelo econômico pertence à instância política. Toda vez que a execução do modelo escolhido se chocar contra dispositivo constitucional, o *Bundesverfassungsgericht* poderá ser chamado a cercear a vontade do legislador. Para o Tribunal, é dada ao legislador uma ampla margem de configuração, chamado pelo tribunal de poder discricionário legislativo (ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 25, 1 - Mühlengesetz. Beschluß des Ersten Senats vom 18. Dezember 1968 - 1 BvL 5/64 e ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 30, 292 – Erdölbevorratung. Beschluß des Ersten Senats vom 16. März 1971 -- 1 BvR 52, 665, 667, 754/66). O elemento de relativa abertura da ordem constitucional que ora aflora é importante a fim de que, por um lado, atente-se para a transformação histórica que caracteriza, em grande medida, a vida econômica; e, por outro, não se coloque em risco a força normativa da Constituição. Todavia,

Subordinada à função política e legislativa, tem-se a função jurisdicional, a qual também possui uma subjetividade/autonomia⁴⁷³ em sua atuação, apesar de muito restrita, pois, afinal de contas, traduz-se, basicamente, na aplicação do Direito para dirimir conflitos de interesses⁴⁷⁴. Serve para manter a paz social declarando e realizando, de forma prática, a vontade das normas e opções políticas diante de uma situação jurídica controvertida. Assim, o judiciário possui uma margem de liberdade, com contornos definidos, eis se encontrar condicionado aos marcos jurídicos de aplicação imperativa, em face de o magistrado restar obrigado, no exercício de sua função, a oferecer motivações

a observância da margem de configuração do legislador não pode levar a uma redução do que, a despeito de quaisquer transformações, a Constituição pretende garantir de maneira imutável, ou seja, ela não pode levar a uma redução das liberdades individuais que são garantidas nos direitos fundamentais individuais, sem as quais uma vida com dignidade humana não é possível, segundo a concepção da *Grundgesetz*. A tarefa do controle de constitucionalidade consiste, portanto, em unir a liberdade fundamental própria da configuração político-econômica e político-social, que deve permanecer reservada ao legislador, com a proteção da liberdade, à qual o indivíduo tem direito justamente também em face do legislador (ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 7, 377 - Apotheken-Urteil. Urteil des Ersten Senats vom 11. Juni 1958 -- 1 BvR 596/56).

473 Há quem sustente que não exista discricionariedade na função jurisdicional, pelo menos na tipicamente jurisdicional, sob o argumento de que a solução da coisa julgada é única, sendo a mesma que o legislador teria adotado, seria a justa aplicação da lei. Ou melhor, por ser o judiciário o último e intérprete máximo da lei, entende-se que a solução aplicada ao caso concreto é a única possível perante o Direito; depois de transitada em julgado a decisão, não cabe, a princípio, qualquer discussão sobre a interpretação adotada. Além disso, afirmam que quando o julgador se depara com conceitos jurídicos indeterminados, não estaria ele praticando uma discricionariedade, pois sua tarefa é exclusivamente encontrar a única solução possível. E, por fim, dizem que o fato da autoridade jurisdicional não ter atribuída a formação de juízo de oportunidade a impede de exercer o dever discricional, afinal, a esta autoridade cabe apenas o juízo de legalidade e de constitucionalidade, ou melhor, do Direito (STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, p. 139 e 140).

Outro argumento importante de mencionar diz respeito ao que Afonso Rodrigues Queiró (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O limite do poder discricional das autoridades administrativas. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, n. 41, p. 83-96, 1965) chama de dupla administração. A lei deixa à Administração e não ao judiciário um espaço para utilizar os critérios de conveniência e oportunidade. Se este último tivesse tal espaço, ter-se-ia uma dupla administração. A este cabe apenas o controle da opção realizada pela Administração.

474 Nos dizeres de Montesquieu (MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, Baron de la Brede et de. *De l'esprit des lois*. Paris: Didot, 1803, Livre XI, cap. VI, p. 295 - 1ª edição de 1748): “Il pourroit arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, seroit, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle”.

justificadas mediante argumentos jurídicos que são, por sua vez, fiscalizáveis por órgãos jurisdicionais hierárquica e organizativamente superiores. A atualidade vem forçando o profissional aplicador das normas jurídicas a tomar posições como agente político e não meramente como a voz do Direito; a isso se chama “ativismo judicial”⁴⁷⁵.

Independentemente da procedência da margem de liberdade quando o Estado intervir na economia, seja ela administrativa, legislativa ou judicial, é certo que não se pode admitir que as diversas subjetividades ou autonomias públicas fique ao arbítrio de quem detenha o poder e represente os interesses da Administração, uma vez que, se utilizada de forma exarcebada, por certo, incorrerá em arbítrio.

475 Sobre ativismo judicial, vide: NIETO, Alejandro. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. *Revista de Administración Pública*. Madrid, a. 14, n. 44, may/ago., 1964; MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial. *Revista de Administración Pública*. Madrid, a. 33, n. 100-102, ene./dic., 1983; SEOANE, Antonio Mozo. *La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*. Madrid: Montecorvo, 1985; FELIPE, M. Beltrán de. *Discrecionalidad administrativa y constitución*. Madrid: Tecnos, 1995 (Temas clave de la Constitución Española), p. 67-74.

Luiz Werneck Vianna et al. (VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15/70) expõem as correntes da chamada judicialização das políticas públicas que encontra seu fundamento no primado da supremacia da Constituição que apenas a aplica, exercendo sua função de aplicação da norma jurídica, não invadindo, por conseguinte, o âmbito da função executiva. Asseveram os autores que a corrente procedimentalista entende que o \neq incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania, pois envolve uma postura paternalista do Estado no sentido de deixá-lo como simples destinatário de direitos e não como autores. Já a corrente substancialista entende que o judiciário precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado e passar a ser o intérprete do justo na prática social. Se as políticas ganharam mais relevância que a própria lei, o judiciário necessita constituir-se em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não interesses hegemônicos específicos.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro ressalta, por sua vez, que o poder judiciário pode implementar políticas públicas, desde que haja omissão por parte dos demais poderes. E tal omissão se dá na ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Afirma a decisão que: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Classe: RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 410715 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300, Relator: CELSO DE MELLO, Data Publicação: 03/02/2006).

Como se exige com relação a qualquer função pública, o exercício do dever-poder subjetivo/autônomo há de ser exercido com comedimento, equilíbrio, razoabilidade; deve, portanto, haver limites à atuação do agente público, de forma que seja dado ao ato um contorno legal, legítimo e moral. O simples fato de o agente público dispor de uma margem de atuação e eleição lhe confere poderes de atuar nos limites do interesse público, decidindo tão somente o que o Estado preceitua como atendimento à boa administração, à eficiência e ao resultado⁴⁷⁶.

476 Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999, p. 84 e 85) sustenta que a discricionariedade é como o “buraco da rosquinha”, uma área de liberdade dentro de um marco de restrições, um espaço livre que as normas ou ordens ditadas por autoridades hierarquicamente superiores deixam para que seu aplicador decida sobre algum aspecto. Isso faz pensar que a margem de eleição concedida aos administradores seja rodeada de restrições. Fora do buraco da rosquinha não se tem discricção, pois predica algo em respeito ao que pode ou deve fazer um agente em relação a um sistema de regras e em função de sua posição institucional dentro deste sistema. Por isso, Ernst Forsthoﬀ (FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 123) alude que a noção de discricionariedade é indissociável de seus limites. Ora, de nada serviria uma teoria de discricionariedade sem incluir nela seus limites e o controle judicial de seu exercício. É um conceito sempre unido à existência de um sistema de regras.

Miguel Sánchez Morón (MORÓN, Miguel Sánchez. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 92) expõe: “El ejercicio de la discrecionalidad, [...], está, ciertamente, sometido a unos límites jurídicos generales, aparte los específicos que derivan de la norma que regula cada tipo de actuación discrecional, pues no puede dar lugar a arbitrariedad, abusos o injusticias. Y está también sometido a unas reglas de organización y procedimiento, que van adquiriendo mayor importancia paulatinamente. Sin embargo, esas limitaciones encuadran el correcto ejercicio de la discrecionalidad, no están destinadas a reducirla o eliminarla. De ahí que el control judicial (es decir, jurídico) de la discrecionalidad administrativa tenga también sus límites, pues los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o, de cualquier forma, no jurídicos de la decisión sin exceder la esfera de las funciones que tienen atribuidas”.

O autor expõe que há limites de caráter subjetivo, que aludem aos elementos vinculados de toda decisão discricional (fatos em que se baseia e o fim de interesse público) e ao necessário respeito aos princípios jurídicos. Outros de caráter competencial, organizativo e procedimental. Diferencia o autor a verificação, a valoração ou ponderação e constatação dos fatos. A verificação (“*accertamento*”, na terminologia italiana) da existência de um fato que pode ser totalmente controlado em Direito, assim, suscetível de pleno controle jurídico. Agora, alerta para que não se confunda a verificação da existência e veracidade de fatos com a valoração ou ponderação dos mesmos (“*apprezzamento*”, na terminologia italiana), vez que nesses existiram distintas possibilidades optativas, ou de valoração, ponderação. Consequentemente, não cabe afirmar que são esses elementos vinculados. Já a constatação da existência dos fatos também é vinculada. Aduz que a valoração, ainda que não seja vinculada, tem limites, pois não pode levar a consequências absurdas, manifestamente injustas ou claramente desproporcionadas ou irrazoáveis sem pôr em questão os princípios jurídicos. Não pode esse controle se embasar em hipóteses, conjunturas, estimações ou aparências, deve o controle ser rigoroso e prudente. Com relação ao caráter competencial, organizativo e procedimental, as garantias organizativas não incluem apenas o respeito formal das regras de competência, composição e funcionamento interno dos órgãos que adotam as decisões discricionais ou que intervêm

Deverão sempre ser observados os quadros definidos pela Constituição e pela lei, tendo em conta o interesse público⁴⁷⁷, a boa administração, a eficiência,

necessariamente no processo que a elas conduzem. Algo parecido pode se dizer das garantias procedimentais. A renovada importância que lhes outorga em todas as partes deriva do mesmo enfoque: o controle jurídico não pode chegar a substituir a decisão discricionária em quanto ao fundo, mas cabe assegurar que essa decisão se forme corretamente, tomando em consideração todos os interesses afetados e os fatores relevantes, ponderando-os razoavelmente. Se o procedimento se cumpriu satisfatoriamente, o judiciário não poderá controlar. Esse caráter se diferencia de acordo com a forma de subjetividade.

- 477 Sobre o sentido tutelar da “*iniciativa privada*”, o *Tribunal Constitucional português* (com remissões para diversos outros arestos) assevera: “[...] *A garantia constitucional da liberdade económica privada há-de, pois, exercer-se sempre “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”.* (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 187/2001, Processo: n.º 120/1995, Plenário, Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto, Data: 2 de Maio de 2001). No entanto, deixa claro, em outro acórdão específico sobre o direito urbanístico, que a consagração do direito à iniciativa económica privada – também conhecido por *liberdade de empresa* – visa a garantir que: “*no contexto de uma economia de mercado e de uma sociedade aberta, a produção e distribuição de bens e serviços não sejam coisas vedadas à acção dos privados. Mas também é certo que os limites de uma tal garantia serão aqueles mesmos que decorrerão de todo o sistema constitucional; e se, entre eles, se conta a tarefa fundamental do Estado de assegurar o correcto ordenamento do território (tarefa estadual aliás concretizada nos termos dos arts. 65 e 66 da CRP), então, o exercício da liberdade de empresa não poderá deixar de estar limitado pelo valor imperativo das normas urbanísticas. Isto mesmo decorre do preceito constitucional, que diz que a iniciativa económica privada se exerce «nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.» (art. 61, nº 1)”* (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 496/2008, Processo: n.º 523/2007, 3ª Secção, Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral, Data: 9 de Outubro de 2008). Em questão antecedente, mas também sobre o *ius aedificandi*, concluiu o *Tribunal Constitucional português* que: “*uma coisa é certa: a garantia constitucional da liberdade económica privada há-de exercer-se sempre ‘nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral’* (cf. art. 61, nº 1, da Constituição). Ora, o interesse geral não pode deixar de atender às necessidades de ordenamento do território, pois que constitui tarefa fundamental do Estado ‘assegurar um correcto ordenamento do território’ [cf. o art. 9º, alínea e), da Constituição]” (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 517/99, Processo: n.º 61/95, Relator: Messias Bento, Data: 22 de Setembro de 1999).

Em recurso de inconstitucionalidade relativo à Lei Autônoma de Equipamentos Comerciais (Ley del Parlamento de Cataluña 3/1987, de 9 de marzo), o *Tribunal Constitucional espanhol* determinou ser a própria Constituição que condiciona o exercício da liberdade de empresas a “*las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”. Por isso, defende que a livre iniciativa não ampara, entre seus conteúdos, um direito incondicionado à livre instalação de qualquer estabelecimento comercial, em qualquer espaço, sem se submeter ao cumprimento de requisitos e condições (ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 227/1993. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 9/7/1993. Publicación BOE: 19930812 [«BOE» núm. 192]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Carlos de la Vega Benayas. Número registro: 884/1987. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad).

o resultado, os Direitos Humanos, os princípios jurídicos fundamentais⁴⁷⁸, os princípios gerais⁴⁷⁹, os princípios gerais de Direito Público, os princípios gerais de Direito Administrativo e os princípios setoriais de Direito Administrativo⁴⁸⁰.

478 O Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF2), em ação que tentava afastar a intervenção do Estado na economia que determinou o congelamento do valor das mensalidades escolares, declarou que a atual ordem econômica “*não se encontra dissociada dos valores e princípios fundamentais contidos nos arts. 1º e 3º, do texto constitucional, especialmente, a preservação dos fundamentos da República da cidadania e da dignidade da pessoa humana, e a busca do objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária*” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 6818, Processo: 9202152969 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 08/05/2002 Documento: TRF200084324, Fonte: DJU DATA:08/05/2002 PÁGINA: 375, Relator: Desembargador Juiz Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Data Publicação: 08/05/2002).

O *Tribunal Supremo espanhol* não poucas vezes invocou o “*libre ejercicio de la industria*” e a “*libertad de empresa*” para limitar a discricionariedade da Administração. A livre iniciativa limitava, por exemplo, o poder municipal para proibir a abertura de estabelecimento dedicado à venda de comestíveis ao redor de um mercado (ESPANHA. *Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo*. Sentencias de 17 de febrero de 1958, 25 de enero de 1960 e 31 de diciembre de 1971). Dessa liberdade se deduziam algumas garantias formais que deveriam ser atendidas nos procedimentos administrativos relacionados com o início e o desenvolvimento de atividades econômicas. O *Tribunal Supremo espanhol* insistiu, por exemplo, que os critérios que pode utilizar a Administração para denegar uma licença de abertura eram exclusivamente os previstos na lei e que as restrições legais deveriam interpretar-se restritivamente (ESPANHA. *Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo*. Sentencias de 22 de febrero de 1962 e 9 de abril de 1962).

479 O *Conseil constitutionnel français*, ao analisar a constitucionalidade da lei pela iniciativa econômica, declarou que o legislador, ao estabelecer um imposto, deve observar os princípios e regras de valor constitucional tendo em conta as características de cada imposto, o que, nos termos do art. 13 da Declaração sobre os Direitos do Homem e do Cidadão, a contribuição para os custos da nação “*doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés*”. Além disso, afirmou que o princípio da igualdade não impede que, por razões de interesse público, o legislador possa estabelecer, por meio da concessão de incentivos fiscais, incentivos para o desenvolvimento das atividades econômicas mediante a aplicação objetiva e racional em função de metas (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 2003-477DC. Loi pour l’initiative économique. NOR: CSCL0306806S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: jeudi 31 juillet 2003).

480 Sabe-se que os princípios podem se “*hierarquizar*” formalmente, enciclopedicamente ou axiologicamente, conforme a estruturação da ordem jurídica de que se trate. Entende-se que os princípios relacionados ao estudo do Direito Administrativo e, por conseguinte, à discricionariedade administrativa possuem uma classificação mista, motivo pelo qual se distingue cinco categorias de princípios: os princípios fundamentais; os princípios gerais; os princípios gerais do Direito Público; os princípios gerais do Direito Administrativo; e os princípios setoriais do Direito Administrativo. Adota-se aqui a qualificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 269 e 270), acrescentado alguns outros princípios que parecem ser importantes. Ressalta-se que apenas

Os Direitos Humanos são os conjuntos de faculdades e instituições que, ao longo dos tempos⁴⁸¹, de acordo com as realidades deparadas, concretizam as exigências de dignidade, liberdade, igualdade, segurança e propriedade humanas, preexistentes à ordem jurídica, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, autoaplicáveis e de eficácia *erga omnes*⁴⁸².

Além do interesse público, a busca pela boa administração, da eficiência e do resultado, deve o Estado se nortear pelos Direitos Humanos, uma vez que estes são critérios substanciais os quais precisam direcionar toda a atividade administrativa, sendo o princípio da dignidade humana o epicentro de todo esse Direito⁴⁸³. Desse modo, os Direitos Humanos, atribuídos à pessoa humana, pelo simples fato de ser, assim, considerada, ocupam o ápice da escala de

se utiliza tal classificação para que o trabalho tenha uma maior didática. Não se trata de uma hierarquia. Tal classificação é flexível.

481 Importa o tempo, mas não o espaço, pois todos seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser respeitados.

482 Vale mencionar a distinção entre direitos e garantias. Onde os direitos são as disposições meramente declaratórias e as garantias são as disposições assecuratórias, limitadores do poder. Não raro, num mesmo dispositivo, tem-se um direito e uma garantia. Vide: José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 189).

483 A dignidade da pessoa humana é sagrada, deve ser respeitada e protegida por todo agente público. Vide: José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2002, p.146). No âmbito econômico, em ação relativa a fornecimento gratuito de medicamento, teve o judiciário, oportunidade de afirmar que o constituinte brasileiro consagrou como fundamental o direito à saúde, atribuindo ao poder público a obrigação de promover políticas públicas específicas, e conferindo ao economicamente hipossuficiente a especial prerrogativa de reivindicar do Estado a garantia de acesso, universal e gratuito, a todos os tratamentos disponíveis, preventivos ou curativos, inclusive com o fornecimento de medicamentos necessários à preservação do bem constitucional. Afirma ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana permite rejeitar os fundamentos de ordem econômica que, com frequência, são deduzidos pelo poder público. Dentro da ponderação de valores, deve optar o judiciário pelo direito individual e social à saúde, em lugar do interesse econômico, orçamentário e administrativo do ente público onerado, *“especialmente em relação aos economicamente hipossuficientes que para controle e tratamento de doença grave necessitam, como condição de sobrevivência com dignidade, de medicamentos especiais, de custo além de suas posses, e não fornecidos, voluntária e gratuitamente, pelo poder público”*. Para deixar claro seu posicionamento, acentua que os princípios invocados pelo poder público não podem prevalecer sobre valores como vida, dignidade da pessoa humana, proteção e solidariedade social. Nem mesmo, o requisito formal da licitação pode impor-se em circunstâncias tão especiais, de perigo de vida ou à saúde, o que, por evidente, não autoriza que, com tal pretexto, sejam praticadas arbitrariedades, desvios de poder e de finalidade (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1177761, Processo: 200561230018281 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 09/05/2007 Documento: TRF300117877, Fonte: DJU DATA:23/05/2007 PÁGINA: 722, Relator: Desembargador Carlos Muta, Data Publicação: 23/05/2007).

valores de qualquer sociedade, importando na vinculação dos Poderes Públicos, que devem necessariamente observá-los ao realizarem qualquer prática. Portanto, o reconhecimento da discricionariedade, em determinados casos concretos, reclama direta associação com os Direitos Humanos, não havendo medida justa que conduza a prevalência das atuações administrativas em detrimento de Direitos Humanos.

No entanto, esses Direitos não são absolutos, podendo ser limitados sempre que houver uma hipótese de colisão de Direitos Humanos, que será solucionada por meio da ponderação ou, até mesmo, em casos excepcionais, pelos critérios cronológico, hierárquico ou de especialidade⁴⁸⁴.

484 Para o *Tribunal Constitucional espanhol*, pode-se, dentro de um litígio de relação laboral, ponderar os princípios da liberdade de informação e da liberdade de empresa. De acordo com a decisão do TC, a capital importância do exercício da liberdade de informação não pode levar a desconhecer o limite que, para dita liberdade, supõe o devido respeito aos interesses derivados da liberdade de empresa, que também é objeto de garantia constitucional. Conforme o TC, a ponderação entre ambos princípios deve tender a lograr um equilíbrio entre as vantagens e prejuízos que inevitavelmente se geram quando se limita um direito a fim de proteger outro direito ou bem constitucionalmente protegido. Deve, portanto, proceder-se a uma valoração confrontada dos interesses particulares e coletivos contrapostos, o que exige considerar todas as circunstâncias relevantes do suposto em concreto. No caso, um ex-trabalhador de uma empresa de explosivos fez uma denúncia, mas antes da Administração averiguar, esse trasladou sua denúncia aos meios de comunicação. Para o TC, faltou um mínimo de lealdade depois de tantos anos de trabalho e que o empregado se utilizou da sua liberdade de informação para satisfação de seus interesses profissionais, o claro prejuízo do prestígio da empresa e dos direitos da mesma. Desse modo, o TC afirmou que não se encontra justificada a atuação do empregado (ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 126/2003. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 30/6/2003. Publicación BOE: 20030730 [«BOE» núm. 181]. Sala: Sala Primera. Ponente: don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Número registro: 5122/1998. Recurso tipo: Recurso de amparo).

O *Conseil constitutionnel français*, também, possui decisões em que ponderam princípios. Quando da análise da lei relativa ao emprego da língua francesa, que prevê algumas exceções à utilização obrigatória da língua francesa em locais abertos ao público, nas relações comerciais, trabalho, educação e comunicação audiovisual, além de não pretender proibir a utilização da tradução quanto ao uso do francês, está assegurado e inclui disposições destinadas a assegurar a presença da língua francesa nas manifestações, seminários e congressos realizados na França e em publicações, periódicos e trabalhos publicados sobre o território nacional, sujeitando a infração a várias sanções, analisou tal conselho sua constitucionalidade diante dos princípios da livre comunicação de pensamento e opinião, da liberdade de empresa e da liberdade de comércio e indústria e a liberdade de ensino, e também o princípio da igualdade e da proporcionalidade. O conselho declarou a lei, em parte, contrária à Constituição (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 94-345DC. Loi relative à l'emploi de la langue française. NOR: CSCX9400346S. Votos: [s. relator]. Data: vendredi 29 juillet 1994). Em outro caso, analisou o art. 70 da lei francesa de comunicação eletrônica que dispõe: "*l'obligation faite aux distributeurs de services de diffuser... les programmes des éditeurs de services de télévision ne faisant pas appel à rémunération des usagers*", entendeu não ser contrário ao "*princípio de la liberté d'entreprendre*". Sustentou, em sua decisão, que tal artigo não cria obrigações novas de transporte e de comercialização

No mais, vale recordar que os Direitos Humanos (principalmente os sociais) estão subordinados a outros institutos: a reserva do possível, o mínimo existencial e a proibição do retrocesso. A reserva do possível afirma que a concreta garantia dos Direitos Humanos apenas ocorrerá se existirem meios estatais econômicos – pessoais, financeiros, estruturais, entre outros – disponíveis, apresentando-se como limites à garantia aos Direitos Humanos. O mínimo existencial garante o mínimo necessário à existência do homem, o mínimo do qual ninguém pode ser privado. Trata-se de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, a fruição concreta da liberdade e dignidade humana. Esses não podem ser objeto de intervenção do Estado e exigem uma prestação positi-

de programas à custa dos distribuidores e que o legislador pretendia conciliar a liberdade de empresa e a liberdade de contrato com o interesse público, pois assim promoveria a diversificação da oferta de programas e de liberdade de escolha dos utilizadores. Desse modo, tal conciliação para o conselho não trazia desequilíbrio, não afetando, portanto, a liberdade de expressão nem mesmo a liberdade de empresa ou a liberdade contratual (FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2004-497DC. Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle. NOR : CSCL0407440S. Votos: M. Pierre Mazeaud, président, MM. Jean-Claude Colliard, Olivier Dutheillet de Lamothe, Valéry Giscard d'Estaing, Mme Jacqueline de Guillenchmidt, MM. Pierre Joxe et Jean-Louis Pezant, Mme Dominique Schnapper, M. Pierre Steinmetz et Mme Simone Veil. Data: jeudi 1 juillet 2004).

Do mesmo modo, a Corte Costituzionale italiana decidiu, em caso relativo à produção agrícola geneticamente modificada, que tal problema envolve uma ponderação entre a liberdade de iniciativa econômica do agricultor e os danos desproporcionados para o ambiente e saúde. Defendeu que: *“l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell'interesse dell'ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base di «indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici» (sentenza n. 282 del 2002)”*. (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 116 de 22 de MARZO 2006, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Principale. Deposito in cancelleria: 17 de marzo 2006. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” del 22 de marzo 2006. Pres. MARINI - Rel. DE SIERVO, Massime: 30272, 30273, 30274, 30275 e 30276) .

O Supremo Tribunal Federal (STF), em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) relativa à Lei n.º 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência, onde alegava-se afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além da ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, IV; 5º, XXII, e 170 da CRFB), declarou improcedente tal assertiva por ser tal lei *“parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados”* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 2649 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00029, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, Data Publicação: 16/10/2008).

va estatal. E a proibição do retrocesso afirma que o núcleo essencial já realizado e efetivado, por meio de medidas legislativas, deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucional qualquer medida que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, traduz-se, na prática, em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo.

Princípios fundamentais são os explícitos ou implícitos de conteúdo político-constitucional. A República Federativa do Brasil possui nove princípios: federativo⁴⁸⁵; re-

485 O princípio federativo trata da forma do Estado brasileiro, confere a este uma autonomia na administração e organização. Ou seja, concede aos Estados-membros da sua federação competência legislativa constitucional. Limita a intervenção direta do Estado na economia ao assegurar que cada uma das entidades federadas detém autonomia de administração e organização, bem como o direito à participação na vontade da União. Ou seja, a intervenção só pode se desenvolver na implementação de políticas que se insiram na competência da respectiva entidade federada.

Ao menos esse é o entendimento do judiciário brasileiro que já teve oportunidade de afirmar que, por ser o transporte coletivo urbano de competência dos municípios (art. 30, V, CRFB), *a priori*, não cumpre à União, por intermédio de seus órgãos, a fiscalização de referido serviço público de interesse local, sob pena de afronta ao princípio federativo e malferimento à autonomia política e administrativa de que gozam os entes federados. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 200104010641213 UF: SC Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 28/06/2005 Documento: TRF400109502, Fonte: DJU DATA:13/07/2005 PÁGINA: 418, Relator: Desembargador Luiz Carlos de Castro Lugon, Data Publicação: 13/07/2005).

486 O princípio republicano trata da forma de governo brasileiro, que tem como representante o presidente, escolhido pelo povo para ser o Chefe do Estado, acumulando funções com o poder executivo. Reconhecendo-se que o poder somente é legitimamente manejado segundo o necessário para o povo, tem-se que os mandatários não se eximem do dever de zelar pelo interesse que lhes é confiado, existindo assim uma racionalização do uso do poder para a regularização e responsabilização dos que o manejam. Limita a intervenção do Estado na economia ao assegurar a periodicidade dos mandatos e a mutabilidade dos governantes por meio do sufrágio, bem como ao obrigar que os representantes se submetam a um dever de prestação de contas e a um dever de eficiência e de economicidade, diretamente ligados à atividade econômica. O judiciário de previsão de sanção administrativa e interdição de estabelecimento por exibição de filmes brasileiros de longa metragem, pelo Conselho Nacional de Cinema (CONCINE), sustentou sua impossibilidade por falta de amparo legal, embasando-se que, sob o influxo do princípio republicano, do qual, segundo a sentença, deflui os princípios da legalidade e legalidade estrita, era inviável admitir que emane o comando legal proibitivo dotado de preceito sancionatório da mesma autoridade incumbida de aplicá-lo. Para o judiciário, somente o parlamento, na representação legítima dos anseios coletivos, poderia impor sanções administrativas (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 18712, Processo: 90030041067 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 14/03/2007 Documento: TRF300114847, Fonte: DJU DATA:03/04/2007 PÁGINA: 372, Relatora: Desembargadora Mairan Maia, Data Publicação: 03/04/2007).

publicano⁴⁸⁶; presidencialista⁴⁸⁷; democrático⁴⁸⁸; Estado de direito⁴⁸⁹; separação dos

487 O princípio presidencialista trata do sistema de governo brasileiro. Nele, o líder do poder executivo é escolhido pelo povo para um mandato regular, acumulando a função de Chefe de Estado e Chefe de Governo.

488 O princípio democrático trata do regime político de governo brasileiro. Na democracia, a origem do poder está no povo, obrigando o agente público a respeitar sua vontade consagrada por meio do voto. No caso brasileiro, se está diante de uma democracia direta ou pura, onde o povo expressa sua vontade por meio de voto direto no caso de assuntos particulares, ou representativa/indireta, onde o povo expressa sua vontade por meio de eleições de representantes que tomam decisões em nome de quem os elegeram. Assim, limita a intervenção do Estado na economia ao assegurar a participação da vontade popular na manifestação da vontade do Estado, que representarão a base da política a ser implementada pelos órgãos estatais competentes, sendo a motivação de seus atos indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa.

Em caso relativo à revisão de tarifas de concessionário de serviço público de produção e distribuição de energia elétrica, onde alegava-se que a ANEEL havia deixado transcorrer, *in albis*, o prazo de 30 (trinta) dias, que a lei prevê para que ela se manifeste sobre o pedido da revisão, verificando-se, conseqüentemente, a aceitação tácita, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei n. 9.427/97. Com intenção de ter a expedição de ato autorizativo, o judiciário manifestou a necessidade de motivação do mesmo, afirmando que esse se resulta do princípio democrático e da regra do devido processo legal, porque indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa. Seria para o judiciário absurdamente contraditório admitir o suprimento da exigência de motivação expressa pelo simples silêncio (leia-se omissão) da Administração (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200134000134414, Processo: 200134000134414 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 26/2/ 2007 Documento: TRF100243777, Fonte: DJ DATA: 8/3/2007 PAGINA: 101, Relator: Desembargador João Batista Moreira, Data Publicação: 08/03/2007).

489 O princípio do Estado de direito limita a intervenção do Estado na economia à ordem jurídica, ou seja, à concepção substancial do Direito. É o Estado atento à legalidade, que reconhece a liberdade dos cidadãos, a justicialidade e a igualdade. Para ressaltar apenas um exemplo prático, o judiciário afirma que a eventual constatação de que determinada propriedade não atende à sua função social não autoriza a invasão e o esbulho, à margem dos procedimentos legalmente previstos. (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AG - AGRADO DE INSTRUMENTO – 126948, Processo: 200402010058383 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 16/06/2004 Documento: TRF200124855, Fonte: DJU DATA:12/07/2004 PÁGINA: 158, Relator: Desembargador: Rogério Carvalho, Data Publicação: 12/07/2004).

poderes⁴⁹⁰; livre iniciativa⁴⁹¹; participação⁴⁹²; e pluralismo⁴⁹³.

490 O princípio da separação dos poderes trata da separação entre as funções governamentais tendo em vista sua natureza legislativa, executiva e judiciária. Consiste em confiar cada uma dessas funções governamentais a órgãos distintos especializados, ou melhor, que a realizem com preponderância e a exerçam com independência orgânica, sendo cada um independente do outro. Advém de tal princípio, o sistema de freios e contrapesos que torna possível o controle de uma função ou poder sobre o outro, já que se entende que somente um poder pode controlar outro. É este controle um limite à intervenção do Estado na economia que aqui importa mencionar. Para citar um entre milhões de exemplos que o judiciário possui, em ação popular, por meio da qual se pretendia a tutela dos pássaros e animais silvestres, afirma que não cabe a si (judiciário), em face do princípio da separação dos poderes, apreciar o mérito dos atos administrativos, sob pena de invadir seara que lhe é defesa. Não pode o mesmo intervir no juízo de conveniência e oportunidade da Administração quando do uso de seu poder de polícia, tampouco cominar a mesma obrigação de fazer com o objetivo de sanar suposta omissão (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 212966, Processo: 199902010476705 UF: RJ Órgão Julgador: 5ª TURMA, Data da decisão: 18/12/2002 Documento: TRF200097359, Fonte: DJU DATA:03/06/2003 PÁGINA: 186, Relator: Desembargadora Vera Lúcia Lima, Data Publicação: 03/06/2003).

491 Pelo princípio da livre iniciativa, assegura-se a todos os direitos de ingressar no mercado, mas não é certo o direito de todos fazê-lo sob iguais condições, repudiando-se, no entanto, qualquer forma de discriminação que instaure condições de competitividade diferentes. É, pois, essencialmente a liberdade de abraçar um ramo econômico ou profissional, ou seja, ter liberdade de empresa, mas também pode se decompor em duas outras vertentes: a propriedade privada e a liberdade de lucro. Vinculado com esse princípio está o princípio da livre concorrência, para assegurar que os êxitos de alguns e os fracassos de outros ocorram unicamente da competência, e não de práticas desleais, fraudulentas ou que conduzam a um domínio do mercado.

Ao menos é assim que vem afirmando o judiciário brasileiro quando sustenta, por exemplo, que: “A Constituição Federal consagra a ordem econômica fundada na livre iniciativa, observados entre outros os princípios da propriedade privada e da livre concorrência, sendo portanto o lucro fundamental, dentro de um regime capitalista e de economia de mercado (ou social de mercado, como querem alguns), consagrado pelo texto constitucional [...] Todas as empresas visam o lucro, e para obtê-lo devem considerar nos preços dos bens e serviços que produzem e oferecem à sociedade de consumo todos os custos incorridos, pois de outra forma estaria comprometida a própria sobrevivência da empresa” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 389871, Processo: 97030620787 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 16/05/2007 Documento: TRF300121822, Fonte: DJU DATA:06/07/2007 PÁGINA: 289, Relator: Desembargador Marcio Mesquita, Data Publicação: 06/07/2007).

492 Decorrência do princípio democrático, o princípio da participação será respeitado a partir do momento em que a Administração conceda a oportunidade a cada indivíduo de participar das decisões coletivas, possibilitando às pessoas influir de algum modo nas decisões de poder que repercutem sobre seus respectivos interesses, optando assim não somente por quem governa, mas também por como se governa, conferindo desse modo uma maior legitimidade às decisões da Administração. O Supremo Tribunal Federal (STF), numa ação direta de inconstitucionalidade, afirmou que, além das modalidades explícitas de democracia direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular - art. 14 da CRFB), a Constituição aventa oportunidades tópicas de participação popular na Administração Pública (v.g., art. 5º, XXXVIII e LXXIII; art. 29, XII e XIII; art. 37, § 3º; art. 74, § 2º; art. 187; art. 194, parágrafo único, VII; art. 204, II; art. 206, VI; art. 224). No entanto, não “abriu

Os princípios gerais contêm disposições básicas que se aplicam à integridade do sistema jurídico, informando todos seus ramos e institutos, menos os fundamentais. São considerados nessa categoria os princípios: da segurança jurídica⁴⁹⁴; da legalidade⁴⁹⁵; da juridicidade⁴⁹⁶; da legitimidade; da licitude; da

ensanchas” à interferência popular na gestão da segurança pública, declarando inconstitucional normas da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que subordinavam a nomeação dos delegados de polícia à escolha, entre os delegados de carreira, ao “*voto unitário residencial*” da população do município; sua recondução, a lista tríplice apresentada pela superintendência da polícia civil, e sua destituição da decisão de conselho comunitário de defesa social do município respectivo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 244 UF: RJ - RIO DE JANEIRO, Fonte: DJ 31-10-2002 PP-00019 EMENT VOL-02089-01 PP-00001, Relator: Sepúlveda Pertence, Data Publicação: 31/10/2002).

- 493 Com o princípio do pluralismo dos ordenamentos jurídicos, busca-se dar fundamento jurídico aos grupos enquanto potencial produtor do ordenamento jurídico.
- 494 O princípio da segurança jurídica integra os valores de justiça e de paz social, que juntos e satisfeitos concorrem para integrar a juridicidade, como qualidade essencial do Direito e, necessariamente, característica das organizações políticas tidas como Estado de direito, obrigando a Administração a anular seus próprios atos, pois não pode sobrepor-se à barreira jurídica do respeito a situações constituídas sob os princípios da boa-fé e da confiança dos administrados. Em caso relativo à intervenção do Estado na economia, declarou o judiciário que a “*ação governamental deve se subsumir à segurança jurídica, a fim de evitar a surpresa ofensiva ao patrimônio das empresas*”. Daí que, contrato firmado sob a égide de orientação normativa que, revogada, acarreta danos à empresa, deve ser mantido para garantir o cumprimento da avença, máxime quando o oposto causaria evidentes prejuízos ao interessado (BRASIL. Tribunal Regional Federal - Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 203153, Processo: 200005000042630 UF: AL Órgão Julgador: Segunda Turma, Data da decisão: 26/03/2002 Documento: TRF500066844, Fonte: DJ - Data: 13/03/2003 - Página: 476, Relator: Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data Publicação: 13/03/2003).
- 495 A partir do princípio da legalidade, o agente público há de estar sempre sujeito à lei em sentido estrito. Uma vez sobrepostos esses ou quaisquer outros limites, a decisão será arbitrária e estará caracterizado o desvio de poder. Esse princípio surge do princípio da juridicidade que obriga a que o administrador esteja sujeito ao Direito.
- 496 Além do princípio da legalidade, o princípio da juridicidade tem outras duas divisões: o princípio da legitimidade, que é a submissão do comportamento à vontade geral popular, que, em última análise, é o que define o interesse público; e o princípio da licitude, que é a submissão do comportamento a valores morais prevalecentes no meio social.

igualdade⁴⁹⁷; da isonomia; da imparcialidade ou generalidade; da liberdade⁴⁹⁸;

497 Pelos princípios da igualdade, isonomia, imparcialidade ou generalidade – enunciado pela velha frase de que todos são iguais perante a ordem jurídica e, por conseguinte, perante o Estado, que é seu instrumento de afirmação –, a Administração está obrigada a não adotar nenhum trato diferenciado entre os administrados que não tenham fundamento numa norma que, por sua vez, haja garantido igualdade de tratamento a todos que se encontrem numa mesma situação de fato tomada como base de desigualdade, como condição para conformar uma nova categoria de iguais. Ou seja, salvo a existência de um motivo objetivo justificado, não será aceitável que situações similares sejam tratadas de maneiras diferentes e situações díspares recebam tratamentos idênticos. Para ressaltar um, entre muitos exemplos, é praxe, no judiciário, não admitir qualquer discriminação em razão de idade, para o acesso a cargos públicos, por ofensa ao princípio da igualdade (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 23500, Processo: 9802388815 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 17/05/1999 Documento: TRF200066200, Fonte: DJ DATA:04/11/1999, Relator: Desembargador Fernando Marques, Data Publicação: 04/11/1999).

498 O princípio da liberdade compreende um direito básico de todos. Todos a detêm até o limite fixado pela norma jurídica, ou seja, toda lei restringe a liberdade, que é a regra. O homem é livre para fazer o que não estiver proibido por alguma norma jurídica. A liberdade de uma pessoa está limitada pela liberdade do próximo na forma em que as normas regulamentam. Com relação à atividade econômica, o judiciário, em caso relativo à empresa que prestava serviço de “*vigilância desarmada*”, que não se enquadra nem poderia razoavelmente enquadrar-se nas disposições legais que exigem autorização do Departamento de Polícia Federal, entende que o “*princípio da liberdade de exercício da atividade econômica impõe interpretação estrita de lei que imponha a necessidade de autorização de órgão público para o desempenho de atividade dessa natureza. Em segundo lugar, a competência do Departamento de Polícia Federal para fiscalizar as empresas de vigilância é excepcionalmente estabelecida por lei, não está na Constituição, outro motivo para que essa competência seja interpretada de forma estrita, ou seja, no sentido da exatidão dos casos em que razoavelmente se justifica a interferência de um órgão da estrutura constitucional do Departamento de Polícia Federal*” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200238000476758, Processo: 200238000476758 UF: MG Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 14/3/2007 Documento: TRF100244878, Fonte: DJ DATA: 9/4/2007 PAGINA: 130, Relator: Desembargador João Batista Moreira, Data de Publicação: 09/04/2007).

da publicidade⁴⁹⁹; da realidade⁵⁰⁰; da responsabilidade⁵⁰¹; da responsividade; da

499 Pelo princípio da publicidade, está o Estado obrigado a dar transparência, ou melhor, visibilidade, estando o agente público vinculado a prestar informações ao administrado, para que tenha acesso a tais condutas e possa controlá-las. Não é diferente na ordem econômica, cuja intervenção do Estado na economia deve ser pautada por atos racionais e transparentes, a modo de possibilitar o controle judicial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 4269, Processo: 199500566001 UF: PE Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 10/04/1996 Documento: STJ000121967, Fonte: DJ DATA:17/06/1996 PÁGINA:21433, Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Data publicação: 17/06/1996).

500 O princípio da realidade parte da consideração de que os fatos são verdadeiros, são os fatos os que realmente ocorrem ou podem ocorrer na natureza física ou convencional, com exceção dos casos admitidos pelo direito de ficção ou presunção jurídica, que também estariam incluídos em tal princípio. Assim, um ato não pode ser inexistente, falso, equivocado, impreciso e duvidoso, já que não estaria destinado à satisfação do interesse público. Logo, a incerteza e a impossibilidade são limites à intervenção do Estado na economia.

Em caso relativo à concessão de dupla aposentadoria a servidor público que acumula, licitamente, dois cargos públicos, aplica-se o princípio da realidade fática pelo qual prevalece aquilo que de fato ocorre na prestação do serviço pelo servidor, independentemente das anotações no prontuário (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 199801000928348, Processo: 199801000928348 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA SUPLEMENTAR, Data da decisão: 17/5/2005 Documento: TRF100212008, Fonte: DJ DATA: 9/6/2005 PAGINA: 58, Relator: Desembargador Marcelo Dolzany Da Costa, Data de Publicação: 09/06/2005).

501 Quanto ao princípio da responsabilidade, poder-se-ia dizer que é o dever de responder pela ilegalidade, seja tanto no aspecto do atuar segundo a norma como no aspecto de não deixar de atuar segundo a norma, tratando não somente de submeter-se à norma quando se atua, mas de atuar sempre, quando e como prescreve a norma.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em caso de ação direta de inconstitucionalidade de Constituição estadual que desejava outorgar prerrogativas de caráter processual penal ao governador do Estado, afirmou que o princípio republicano exprime o dogma de que todos os agentes públicos são igualmente responsáveis perante a lei e que: “a responsabilidade dos governantes tipifica-se como uma das pedras angulares essenciais a configuração mesma da idéia republicana. A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista básica do regime democrático, constitui consequência necessária da forma republicana de governo adotada pela Constituição Federal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1008 UF: PI – PIAUI, Fonte: DJ 24-11-1995 PP-40378 EMENT VOL-01809-01 PP-00049. Relator: Ilmar Galvão. Data Publicação: 24/11/1995).

responsividade⁵⁰²; da sindicabilidade; do juiz natural⁵⁰³; da jurisdição una⁵⁰⁴; e

502 Complementário do princípio da responsabilidade, têm-se dois outros princípios: o princípio da responsividade, que é o dever de responder à ilegitimidade, ou seja, o agente público responde pela postergação ou pelo desvio da vontade popular democraticamente manifestada, fato que pode ocorrer ainda quando os parâmetros da legalidade forem respeitados; e o princípio da responsividade que seria o dever de responder pela ilicitude ou imoralidade.

Sobre o princípio da responsividade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281) refere que: “nas democracias contemporâneas, a responsividade é hoje um dever jurídico autônomo dos agentes do Poder Público, sempre que disponham de competência para fazer escolhas discricionárias para atender (responder) adequadamente às demandas da cidadania regularmente manifestadas”.

Consequências dos princípios da legalidade, legitimidade e licitude e de seus correspondentes responsabilidade, responsividade e responsividade, que conformam, em seu conjunto, a juridicidade, o princípio da sindicabilidade que é a possibilidade jurídica de submeter qualquer lição de Direito e, por extensão, qualquer ameaça de lesão de Direito a algum tipo de controle. Apesar de não limitar diretamente a intervenção do Estado na economia, é este princípio o que instrumentará as teorias de controle da legalidade, legitimidade e licitude, motivo pelo qual vale a referência.

503 O princípio do juiz natural significa o direito dos indivíduos terem conhecimento prévio do tribunal e juiz diante do qual poderá ser processado. Trata-se de um princípio derivado da segurança jurídica. Em caso relativo à obrigatoriedade da compra de 20% (vinte por cento) de carvão nacional em importações do gênero, entendeu o judiciário brasileiro que “não ofende o princípio do juiz natural ou o duplo grau de jurisdição, consoante entendimento jurisprudencial consolidado, a análise pelo Juízo ad quem da matéria questionada quando o Juízo a quo já tenha sobre ela se pronunciado, ainda que extinguindo o feito sem julgamento do mérito. A mudança de plano econômico constituía ato que se insere no espectro da atuação estatal interventiva no domínio econômico, inexistindo, nesse campo, direito subjetivo do administrado de manter, à revelia do Estado, determinada medida que fora revogada” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL, Processo: 9704496761 UF: SC Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 28/09/2000 Documento: TRF400079372, Fonte: DJU DATA:31/01/2001 PÁGINA: 527, Relator: Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, Data de Publicação: 31/01/2001).

504 O princípio da jurisdição única determina que nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará da apreciação do judiciário; e o princípio do contencioso administrativo determina que a Administração Pública não responde em juízo, se não frente a um Tribunal Contencioso Administrativo. Tais princípios não excluem a possibilidade de adoção de mecanismos amigáveis de solução de controvérsias, como a conciliação, mediação e arbitragem.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao tratar do parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80, concebe ter este como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 840556, Processo: 200600851969 UF: AM Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 26/09/2006 Documento: STJ000720517, Fonte: DJ DATA:20/11/2006 PÁGINA:286 RDDT VOL.:00138 PÁGINA:170 REVFOR VOL.:00390 PÁGINA:401, Relator: Ministro Francisco Falcão, Data Publicação: 20/11/2006). Ademais, o STJ também já teve oportunidade de esclarecer que o contencioso administrativo restou substituído pela unicidade da jurisdição estatal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 762049, Processo:

da ponderação⁵⁰⁵.

Os princípios gerais do Direito Público são os princípios reguladores da atuação do Estado e de seus delegados no cumprimento dos comedimentos constitucionais a seu cargo, bem como dos consequentes direitos e deveres que a ordem jurídica impõe aos administrados. São eles: os princípios da confiança legítima⁵⁰⁶; da subsidiariedade⁵⁰⁷; da presunção de validade⁵⁰⁸; da indisponibilidade do inte-

200501034303 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 10/04/2007 Documento: STJ000743254, Fonte: DJ DATA:26/04/2007 PÁGINA:218, Relator: Luiz Fux, Data Publicação: 26/04/2007).

- 505 Trata-se de um método de resolução dos conflitos principiológicos a fim de harmonizá-los, pois não há submissão, ou seja, derrogação de algum deles, tal princípio é um instrumento para o limite à intervenção do Estado e não um limite em si. A ponderação de princípios e normas constitucionais em conflito, para que se faça preponderar o mais relevante entre eles, somente se justifica quando for inviável a aplicação de todos em conjunto, ou seja, quando se tratar de conflito que não possa ser solucionado de outra forma, ao menos, é assim que o judiciário entende (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200140000063842, Processo: 200140000063842 UF: PI Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 17/8/2005 Documento: TRF100217586, Fonte: DJ DATA: 21/9/2005 PAGINA: 37, Relator: Desembargadora Selene Maria De Almeida, Data Publicação: 21/09/2005).
- 506 O princípio da confiança legítima obriga a Administração Pública a não trair a confiança que legitimamente os membros da sociedade depositam nela. No entanto, não se deve esquecer a boa-fé objetiva, que somente poderá ser esquivada ante a prova em contrário. Em ação relativa à mudança de critérios de correção monetária, no curso do período de apuração de índices, conquanto possa não violar direito adquirido, infringe o princípio da confiança legítima, é esse o entendimento do judiciário brasileiro e do Supremo Tribunal Federal, que nega, concretamente, a existência de direito adquirido aos índices inflacionários expurgados (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AGRAR - AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA – 200401000449492, Processo: 200401000449492 UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 9/1/2007 Documento: TRF100241820, Fonte: DJ DATA: 9/2/2007 PAGINA: 7, Relator: Desembargador João Batista Moreira, Data Publicação: 09/02/2007).
- 507 Pelo princípio da subsidiariedade, que prescreve o escalonamento de atribuições, entre entes ou órgãos, em função da complexidade da atenção dos interesses da sociedade, cabe primeiramente aos indivíduos, sejam eles individualmente, em grupos sociais ou em sociedades civis, decidir e atuar em tudo o que se refira aos interesses individuais, e somente, secundária e sucessivamente, seja em razão da complexidade e/ou da necessidade de uma atuação não somente concentrada, mas coercitiva, inclusive com a centralização impositiva de recursos, é que devem as organizações políticas (entes e órgãos) atuar, portanto, de forma subsidiária à sociedade. Este princípio obriga ao agente público a atuar somente subsidiariamente nos casos de interesses individuais, ou seja, somente deve atuar nas hipóteses em que a iniciativa privada, a sociedade, demonstre não possuir condições ou interesse na prestação de comedimentos, ou quando a natureza da prestação seja desautorizada ao mercado e à sociedade.
- 508 O princípio da presunção de validade, derivado de quatro outros princípios (realidade, atuação sob pressupostos reais; legalidade, atuação em estrito cumprimento da lei; legitimidade, atuação voltada a suas legítimas finalidades; e licitude, atuação subordinada à ética), faz que todos os atos emanados

resse público⁵⁰⁹; do devido processo legal⁵¹⁰; da motivação⁵¹¹, do contraditório e da

da Administração gozem de validade, até prova em contrário. Desse modo, a Administração se vê obrigada a respeitar os quatro princípios citados (realidade, legalidade, legitimidade e licitude) para que os atos, vinculados ou discricionários, sejam válidos.

509 O princípio da indisponibilidade do interesse público evoluiu a partir do princípio da supremacia do interesse público, que se fundou no binômio do Direito Administrativo: direitos individuais *versus* prerrogativas públicas. Este princípio, que impõe uma supremacia do interesse público sobre qualquer outro interesse igualmente assegurado pela ordem jurídica, obriga o agente público a alcançar a finalidade pública implícita ou expressa na norma, sendo o poder o instrumento para optar pela melhor solução no caso concreto.

510 Pelo princípio do devido processo legal, o agente público fica submetido a estritas exigências formais de observação de rigorosas sequências de atos, que devem ser praticadas no exercício das funções públicas, sempre que possa alcançar a liberdade ou os bens de uma pessoa, afinal, a atuação administrativa deve ser previamente conhecida por todos.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao tratar de temas de punições disciplinares ou de restrição a direitos, definiu que, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo, deve-se observar o princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo poder público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: AI-AgR - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 241201 UF: SC - SANTA CATARINA, Fonte: DJ 20-09-2002 PP-00109 EMENT VOL-02083-03 PP-00589, Relator: Ministro Celso de Mello, Data Publicação: 20/09/2002).

511 Obriga o agente público a motivar sua atuação, ou seja, anuncie expressamente as razões de fato e de direito que autorizaram ou determinaram a prática de um ato jurídico, dando conhecimento do *iter* percorrido pela Administração. O motivo diz respeito à causa que originou a prática de determinado ato, ou seja, a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato. Ou seja, motivo é a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o ato, isto é, motivo é pressuposto do ato. O motivo é anterior à exteriorização do ato, é então o que leva a Administração a fazer o mesmo. Sendo o motivo um elemento calcado em situação anterior à prática do ato, deve ele sempre ser ajustado ao resultado do ato, portanto, aos fins a que se destina, caso não seja, estar-se-á ferindo ao princípio. Recorda-se que o princípio da interdição do arbítrio, intimamente ligado ao princípio da motivação, obriga que o ato de poder praticado esteja suportado por uma motivação, explícita ou implícita. Sendo possível a reconstrução do *iter*, considera-se adequada a motivação. Somente por esse meio se possibilitará a verificação da lógica do ato e a coerência dos critérios utilizados como fundamento para sua prática. Se o agente público não o motiva, não tem como fazer o controle de sua atuação.

ampla defesa⁵¹²; da oportunidade⁵¹³; da conveniência⁵¹⁴; e da descentralização⁵¹⁵.

Os princípios gerais do Direito Administrativo contêm as proposições básicas que se aplicam, preponderantemente, à execução das atividades da Administração pública. São considerados, nessa categoria, os princípios: da legali-

512 Quanto ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pode-se dizer que o primeiro determina que todas as partes envolvidas sejam ouvidas, tendo direito à manifestação prévia para que possam contradizer o que a outra parte afirma, é dar certeza de todos os atos e participação para manifestar-se quanto ao que a parte afirma. E o segundo é concedido somente ao “defensor” de um litígio ou de uma intenção de ato de sanção da Administração. Há de ser efetiva, mas não eficaz. Ambos, o contraditório e a ampla defesa, são instrumentos para o limite à intervenção do Estado na economia e não um limite em si.

513 Diz respeito ao melhor momento para a prática do ato, tendo em vista as circunstâncias que estão envolvidas. Por vezes, caberá o juízo de valor do agente público, mas poderá haver casos em que se prove que determinado momento era mais oportuno, ou seja, existente, suficiente, adequado, compatível, razoável e proporcional que outro, o que acaba tornando o ato inoportuno. É a análise teórica de tentar buscar esse momento “perfeito”, ou seja, existente, suficiente, adequado, compatível, razoável e proporcional, que caracteriza a boa administração, a eficiência, o resultado e a busca pelo interesse público.

514 Ligado ao princípio da oportunidade, relaciona-se à possibilidade, conformidade e eficiência.

515 O princípio da descentralização limita o poder estatal tanto no plano espacial, pela limitação territorial das competências, como no plano burocrático, pela distribuição das funções dentro do mesmo ente ou órgão, no plano funcional pela distribuição senhorial de competência e no plano privado, com a delegação de funções públicas a entidades privadas.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) defende que a descentralização administrativa pressupõe a delegação de competência de uma autoridade investida de poderes de administrar, cuja execução pode delegar a outros agentes públicos. Por esse motivo, autoriza que governadores possam, por meio de ato próprio, precisar o objeto da delegação e atribuir ao secretário de segurança pública poder para nomear e demitir delegado de polícia, uma vez que autorizado legalmente (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: ROMS - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 3614, Processo: 199300261150 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 14/12/1994 Documento: STJ000080499, Fonte: DJ DATA:13/02/1995 PÁGINA:2244, Relator: Ministro Jesus Costa Lima, Data Publicação: 13/02/1995).

dade (já visto); da impessoalidade⁵¹⁶; da moralidade⁵¹⁷; da boa-fé e da proteção da confiança legítima⁵¹⁸; da publicidade (já visto); da eficiência⁵¹⁹; da efetivi-

516 O princípio da impessoalidade será respeitado quando o agente público não utiliza instrumentos para fazer distinção entre interesses onde a lei não a fez, além de utilizá-lo para a atenção de fins pessoais, de grupos econômicos, de ideais político-partidários ou de fins previamente fixados.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caso relativo à procedimento licitatório (tomada de preços) realizado por município, entendeu que o princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos, e assume grande relevância no processo licitatório, consoante o disposto no art. 37, XXI, da CRFB (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 615432, Processo: 200302314379 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 02/06/2005 Documento: STJ000620971, Fonte: DJ DATA:27/06/2005 PÁGINA:230, Relator: Ministro Luiz Fux, Data Publicação: 27/06/2005).

517 O princípio da moralidade impõe ao agente público a observância de todas as normas jurídicas, não podendo distanciar-se de valores éticos não protegidos diretamente por esta, mas passíveis de proteção por estarem subjacentes em determinada sociedade (honestidade, probidade, lealdade, justiça, retidão, equilíbrio, boa-fé, ética, respeito ao ser humano, entre outros), assim como tampouco pode praticar atos que impliquem desvio de sua finalidade, perseguindo interesses que não são aqueles pelos quais deve atuar, bem como praticar atos sem finalidade pública ou com deficiência dela, reveladores de uma má ou ineficiente administração.

518 O princípio da boa-fé e da proteção da confiança legítima, para alguns, integrantes da moralidade; para outros, não é o desencadeador do dever do agente público de zelar pela estabilidade derivada de uma relação anteriormente pactuada, atuando sem malícia, sem a intenção de defraudar a outros. É atuar na suposição de que a conduta pactuada é correta, permitida e devida. É possível afirmar que o princípio da confiança legítima encontra fundamento último de justificação na boa-fé objetiva.

Entende o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que a boa-fé do terceiro deve ser reconhecida quando este tiver adquirido a mercadoria de comerciante estabelecido, mediante nota fiscal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 325947, Processo: 200100588846 UF: PR Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 25/11/2003 Documento: STJ000535728, Fonte: DJ DATA:22/03/2004 PÁGINA:271, Relator: Ministro Franciulli Netto, Data Publicação: 22/03/2004).

519 O princípio da eficiência estará satisfeito quando os resultados pretendidos chegam a ser realmente alcançados e qualificados por uma correlação ótima entre os meios empregados e os fins que efetivamente se logrou. É a busca da otimização ou do melhor para as finalidades previstas nas normas e, por conseguinte, para o interesse público. A limitação à intervenção do Estado na economia está, portanto, no dever de eficiência desde que o mesmo possa ser objetivamente verificado.

dade⁵²⁰; da finalidade⁵²¹; da razoabilidade⁵²²; da proporcionalidade⁵²³; da interdição de medidas excessivas ou intervenção mínima; da executoriedade ou da

520 O princípio da efetividade será respeitado toda vez que a correlação ótima entre os meios empregados e o fim que efetivamente se logrou passar a ser valorada não somente *in casu*, mas tendo em conta o benefício proporcionado para o conjunto da sociedade, ou seja, a partir da consideração de que o ato está realmente produzindo, no meio social, todos aqueles efeitos que haviam sido abstrata e genericamente visualizados na ordem jurídica.

521 O princípio da finalidade obriga o agente público a orientar-se pelo interesse público, especificamente explícito ou implícito na lei.

522 O princípio da razoabilidade estará satisfeito quando estiver contribuindo efetivamente a uma apropriada atenção do interesse público. Assim a razoabilidade exige que a atuação administrativa seja adequada, compatível, necessária e proporcional, de modo que o ato atenda à finalidade pública. Ou seja, deve ser relativo à observância da pertinência e eficácia dos meios para o alcance dos fins previstos nas normas.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), inúmeras vezes, decidiu no sentido de que a atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. Diferencia esse tribunal a razoabilidade da proporcionalidade: “A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade “aquilo que não pode ser”. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado”. E especificamente no que concerne a intervenção do Estado na economia afirma que essa há de se pautar pela razoabilidade (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 443310, Processo: 200200778744 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 21/10/2003 Documento: STJ000513396, Fonte: DJ DATA:03/11/2003 PÁGINA:249 LEXSTJ VOL.:00177 PÁGINA:111, Relator: Ministro Luiz Lux, Data Publicação: 03/11/2003).

523 O princípio da proporcionalidade, interdição de medidas excessivas ou intervenção mínima, afirma que a atuação administrativa terá que ter: adequação, ou seja, terá que exigir que as medidas adotadas se mostrem aptas para conseguir os objetivos pretendidos; necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravosos para conseguir os fins almejados; e proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre a carga imposta e o benefício alcançado para verificar se é justificável a interferência na esfera dos direitos individuais. Sendo o poder instrumento para o logro da finalidade pública, sua existência somente se justifica se há adequação, necessidade e proporcionalidade.

Em ação relativa ao comércio varejista de cigarros e a obrigatoriedade de embalagens com uma vintena de unidades, decidiu o judiciário que tal exigência não atende ao critério da razoabilidade e proporcionalidade com o texto constitucional, que proclama a livre iniciativa da ordem econômica, dentro do princípio da livre concorrência (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 199801000545379, Processo: 199801000545379 UF: DF Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 13/10/1998 Documento: TRF100069557, Fonte: DJ DATA: 19/11/1998 PAGINA: 224, Relator: Desembargadora Eliana Calmon, Data Publicação: 19/11/1998).

autoexecutoriedade⁵²⁴; da continuidade⁵²⁵; da especialidade⁵²⁶; hierárquico⁵²⁷;

524 Também com caráter instrumental e informativo da atuação administrativa, tem-se o princípio da executoriedade ou da autoexecutoriedade, que consiste, como regra, na atuação jurídica de desprezar a aplicação executiva, direta, imediata e concreta da vontade da norma, conferindo às atuações executoriedade sem a necessidade de se recorrer previamente à via judiciária.

O judiciário já teve a oportunidade de afirmar que a autoexecutoriedade, atributo conferido a alguns atos administrativos, permite à Administração Pública executá-los diretamente, sem a necessidade de se recorrer ao poder judiciário, contudo, não há óbice que a ele se recorra quando houver interesse público relevante (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 375567, Processo: 200282000091875 UF: PB Órgão Julgador: Quarta Turma, Data da decisão: 21/03/2006 Documento: TRF500112499, Fonte: DJ - Data: 13/04/2006 - Página: 81 - Nº: 72, Relator: Desembargadora Margarida Cantarelli, Data Publicação: 13/04/2006).

525 O princípio da continuidade obriga que a Administração não cause ou permita causar uma ausência de regularidade de alguma de suas atividades (poder de polícia, serviço público, ordem econômica e ordem social), salvo se a norma o prevê. Em caso de fornecimento de água, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que o princípio da continuidade do serviço público, assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, deve ser obtemperado ante a regra do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de água quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. É entendimento desse tribunal ser indevido o corte do fornecimento de serviço público essencial, seja de água ou de energia elétrica, nos casos em que se trata de cobrança de débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias pelas vias ordinárias de cobrança, sob pena de infringir o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 888288, Processo: 200602070043 UF: RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 17/04/2007 Documento: STJ000743105, Fonte: DJ DATA:26/04/2007 PÁGINA:238, Relator: Ministro Castro Meira, Data Publicação: 26/04/2007).

526 O princípio da especialidade adapta meios e fins para uma maior eficiência, obriga que entes – órgãos e agentes –, por meio de lei, deleguem campo ou setor de atuação administrativa próprios, dirigidos a fins especificados na lei.

527 Derivado do princípio da descentralização, o princípio hierárquico coordena e subordina os entes – órgãos e agentes – entre si e distribui escalonadamente as respectivas funções, com o objetivo de estabelecer uma progressiva sequência de autoridade, de modo que o superior hierárquico tenha a capacidade de harmonizar, ordenar, fiscalizar, corrigir as atuações dos subordinados. Tal princípio tampouco limita diretamente a intervenção do Estado na economia, mas é um instrumento para ela. O Supremo Tribunal Federal (STF) ratifica que a organização dos serviços públicos se baseia no princípio da hierarquia funcional e não é dado, ao legislador ordinário, retirar das autoridades superiores do executivo a decisão final, quanto ao provimento dos cargos, para transformá-las em meros executores automáticos da vontade de seus subordinados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RMS - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA, Processo: 11188 UF: PE – PERNAMBUCO, Fonte: DJ 24-06-1966 EMENT VOL-00660, Relator: Ministro Carlos Medeiros, Data Publicação: 24/06/1966).

monocrático⁵²⁸; do colegiado⁵²⁹; disciplinar⁵³⁰; da economicidade⁵³¹; do planeja-

528 A vontade estatal se expressa por um agente competente. Chama-se princípio monocrático à prerrogativa concedida a determinado agente, que exercida de forma unipessoal, pode de maneira rápida expressar, em concreto, a vontade estatal, o que implica uma concentração de responsabilidade, que pela gravidade do cometimento a ele submetido instrui um estatuto jurídico próprio. Trata-se de um princípio instrumental que somente limitará a intervenção na economia se a decisão não for aplicada pelo agente competente.

529 Simétrico, mas distinto, é o princípio do colegiado, concedido como a composição de vontade de vários agentes, que, obedecendo as regras procedimentais e de competência, exercem a tomada de decisão em casos abstratos ou concretos, privilegiando sempre a regra do consenso ou da maioria. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já defendeu o entendimento de que não é admissível que o relator de determinado procedimento, por despacho monocrático, negue seguimento ao procedimento com base em súmula, fazendo-se indispensável que o colegiado examine a matéria arguida, sob pena de afronta inclusive ao princípio do duplo grau de jurisdição (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 84700, Processo: 199600003670 UF: DF Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 01/07/1998 Documento: STJ000224252, Fonte: DJ DATA:08/09/1998 PÁGINA:122, Relator: Ministro Anselmo Santiago, Data Publicação: 08/09/1998).

530 Derivado da hierarquia e da responsabilidade, o princípio disciplinar sustenta que o pessoal dos entes administrativos devem obediência a uma disciplina, própria e específica, de modo que informará todos os estatutos funcionais, profissionais ou colegiais, com o propósito de manter a ordem interna das entidades, procurando melhorar o comportamento dos grupos especiais submetidos ao estatuto comum. Em caso relativo à agente da Polícia Federal, decidiu o judiciário, por fundamentar-se esse, pelas suas características e finalidades, na hierarquia e na disciplina que eventual negativa em cumprir ordem superior, a qual não restou provado ser manifestamente ilegal, não encontra amparo em lei, inexistindo nulidade no procedimento administrativo que acoime pena disciplinar de suspensão (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Quarta Região*. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL, Processo: 9704036710 UF: RS Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 07/11/2000 Documento: TRF400079341, Fonte: DJU DATA:24/01/2001 PÁGINA: 391, Relator: Desembargador Alcides Vettorazzi, Data Publicação: 24/01/2001).

531 O princípio da economicidade resultará da mensurável, objetiva e adequada proporcionalidade entre os recursos disponíveis e os resultados obtidos, limitando a intervenção do Estado nessa medida. Em procedimento licitatório concorrencial, promovido pelo Banco Central do Brasil - BACEN, que tinha por objeto a aquisição de uma Solução Integrada de Gestão Empresarial, que visava a padronizar os sistemas de banco de dados (Lei nº 8.666/93, art. 15, I), afirmou o judiciário que a padronização tem por finalidade a redução dos custos de implantação e manutenção, bem como de treinamento de mão-de-obra, e a sua adoção encontra guardada nos princípios da economicidade e da eficiência (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Primeira Região*. Classe: AG - AGRADO DE INSTRUMENTO – 200501000235441, Processo: 200501000235441 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 5/10/2005 Documento: TRF100219272, Fonte: DJ DATA: 27/10/2005 PAGINA: 94, Relator: Desembargadora Selene Maria De Almeida, Data Publicação: 27/10/2005).

mento⁵³²; da tutela e da autotutela⁵³³.

Além dos princípios gerais do Direito Administrativo, outros princípios específicos de determinados setores limitam a discricionariedade, como os princípios relacionados à ordem econômica, ou seja: o princípio da livre iniciativa (subsidiariedade e abstenção); soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido a empresas de pequeno porte⁵³⁴.

532 O princípio do planejamento é o primeiro sustentáculo, a ferramenta básica para que o Estado alcance seu fim último, que deve ser o interesse público. Do ponto de vista administrativo e gerencial, tem o propósito de identificar os objetivos e metas prioritárias e definir modos operacionais que garantam, em tempo adequado, a estrutura e os recursos necessários para a execução de ações (programas, planos, projetos e atividades) consideradas relevantes e de interesse público. O planejamento deve constituir atividade de rotina para o cumprimento de funções governamentais. É ele considerado medida de racionalização administrativa, instrumento técnico e político para garantir qualidade nos resultados das ações empreendidas, mas também para definir prioridades socialmente relevantes, segundo o interesse da maioria. Tal princípio compõe-se de duas operações: o diagnóstico e o prognóstico. No primeiro, faz-se um relato, onde se detecta os dados globais, setoriais e regionais da atividade que se procura regular; o segundo é nada mais que o desenvolvimento das ações para a concretização do planejado, logo, são as políticas públicas. Tal conduta é imperativa ao poder público e indicativa para a iniciativa privada. Ou seja, o poder público está obrigado a planejar indicando quais são os setores e regiões indispensáveis para o atendimento do bem-estar geral e, a partir daí, implementar os planos, que podem ser indicativos, incitativos ou imperativos.

Com relação à taxa suplementar de saúde, o judiciário já teve oportunidade de sustentar ser essa cabível pelo exercício estatal do poder de polícia, incidente sobre plano de assistência suplementar à saúde operada por cooperativa. Sem ilegalidade ou *bis in idem* na instituição de taxa de polícia sobre registro do produto, ou de operadora, alteração de dados referente ao produto ou à operadora, e sobre reajuste da contraprestação pecuniária. Na ocasião, afirmou que a CRFB atribuiu ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 43267, Processo: 200202010172122 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 02/12/2002 Documento: TRF200095048, Fonte: DJU DATA:08/04/2003 PÁGINA: 100, Relator: Desembargador Ney Fonseca, Data Publicação: 08/04/2003).

533 O princípio da tutela e da autotutela que se realiza *de ofício* e por imperativo legal, ou por provocação, pelo manejo dos direitos de petição e de certificação, de interposição de recursos administrativos e de oposição de pedidos, seja para que a própria entidade examine a correlação legal ou a oportunidade de determinado ato, seja para que, autorizando a lei, reveja atos de outra entidade administrativa e obrigue que a Administração Pública anule seus próprios atos, quando sejam derivados de vícios que os tornem ilegais, ilegítimos ou imorais; os revogue por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitando os direitos adquiridos; ou convalide os atos em vez de anulá-los. Sob estas três formas de autotutela, limitar-se-á a intervenção do Estado na economia.

534 A respeito de cada um desses princípios também existe muita jurisprudência. Para citar algumas relacionadas à intervenção do Estado na economia começar-se-á demonstrando que o Supremo

Tribunal Federal (STF) já sustentou o que aqui se afirma de maneira genérica, ou seja, que a “*intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica*”. E que o “*princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 422941 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 24-03-2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-04 PP-00654 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 273-302, Relator: CARLOS VELLOSO, Data Publicação: 24/03/2006).

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) já teve a oportunidade de afirmar que a Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), na execução da política agrícola nacional, mais precisamente no segmento do abastecimento alimentar, realiza uma forma de intervenção do Estado na economia, a qual deve se pautar pela observância dos princípios gerais da atividade econômica, informadores da ordem econômica e financeira, conforme dispõe o art. 170 da CRFB (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 199934000341536, Processo: 199934000341536 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 29/9/2003 Documento: TRF100156532, Fonte: DJ DATA: 16/10/2003 PAGINA: 47, Relator: Desembargadora Selene Maria de Almeida, Data Publicação: 16/10/2003).

Em outros julgados, vê-se a mesma sustentação com um pouco mais de especificidade. Em caso relativo à segurança e higiene do trabalho, sustentou-se que a “*ordem econômica deve observar princípios atinentes à função social da propriedade e à defesa do meio ambiente*”. Para o judiciário, a empresa, expressão da propriedade, da economia, está submetida ao cumprimento de normas sociais, em especial, às trabalhistas relacionadas à segurança e saúde do trabalho, do contrário, não estará cumprindo a sua função social (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 199901000509153, Processo: 199901000509153 UF: MG Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 21/5/2007 Documento: TRF100251076, Fonte: DJ DATA: 25/6/2007 PAGINA: 97, Relator: Desembargador Daniel Paes Ribeiro, Data Publicação: 25/06/2007). Em caso sobre a aplicação de multa pecuniária por ofensa ao Código de Defesa do Consumidor, relativo à operação denominada “*venda casada*” em cinemas, sustenta o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que a intervenção do Estado na economia deve observar os princípios do Direito do Consumidor, objeto de tutela constitucional fundamental especial (arts. 170 e 5º, XXXII da CRFB) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 744602, Processo: 200500674670 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 01/03/2007 Documento: STJ000735976, Fonte: DJ DATA:15/03/2007 PÁGINA:264 REPDJ DATA:22/03/2007 PÁGINA:286, Relator: Ministro Luiz Lux, Data Publicação: 22/03/2007). Da mesma forma, afirma o STJ que os donos de supermercados devem fornecer ao consumidor informações adequadas, claras, corretas, precisas e ostensivas sobre os preços de seus produtos à venda. O fato de já existir, em cada produto, o código de barras não é suficiente para assegurar a todos os consumidores estas informações. Para atender realmente o que estabelece o Código de Defesa do Consumidor, além do código de barras e do preço nas prateleiras, devem os supermercados colocar o preço em cada produto. Tudo porque um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 6010, Processo: 199800762353 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 13/10/1999 Documento: STJ000318197, Fonte: DJ DATA:06/12/1999 PÁGINA:62 LEXSTJ VOL.:00128 PÁGINA:53, Relator: Ministro Garcia Vieira, Data Publicação: 06/12/1999). Também defendeu o judiciário a exigência Constitucional de uma ordem econômica justa, que há de observar, dentre outros princípios, a defesa do meio ambiente (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200201000153333, Processo: 200201000153333 UF: PA Órgão Julgador:

Logo, de forma conclusiva, é de se entender que a intervenção do Estado na economia se caracteriza como uma subjetividade/autonomia administrativa potencial do agente público, uma subjetividade/autonomia legislativa e também judicial⁵³⁵.

3.2 Atividade prestacional (direta) do Estado na economia

3.2.1 Atividade absorviva do Estado na economia

Nessa modalidade, o Estado brasileiro possui uma configuração ativa, atuando diretamente na atividade econômica em sentido amplo. São muitas as formas que o Estado detém para intervir prestando determinada atividade econômica. Dentre as configuradas pelo atual ordenamento jurídico, tem-se: a absorção exclusiva, que seria a exploração de toda uma atividade por completo e, não apenas, um segmento ou parte da atividade normalmente instrumentalizada pela nacionalização, estatização ou socialização de determinada atividade; completa, que seria a monopolização ou o privilégio exclusivo de determinado segmento da atividade, não se tratando de uma

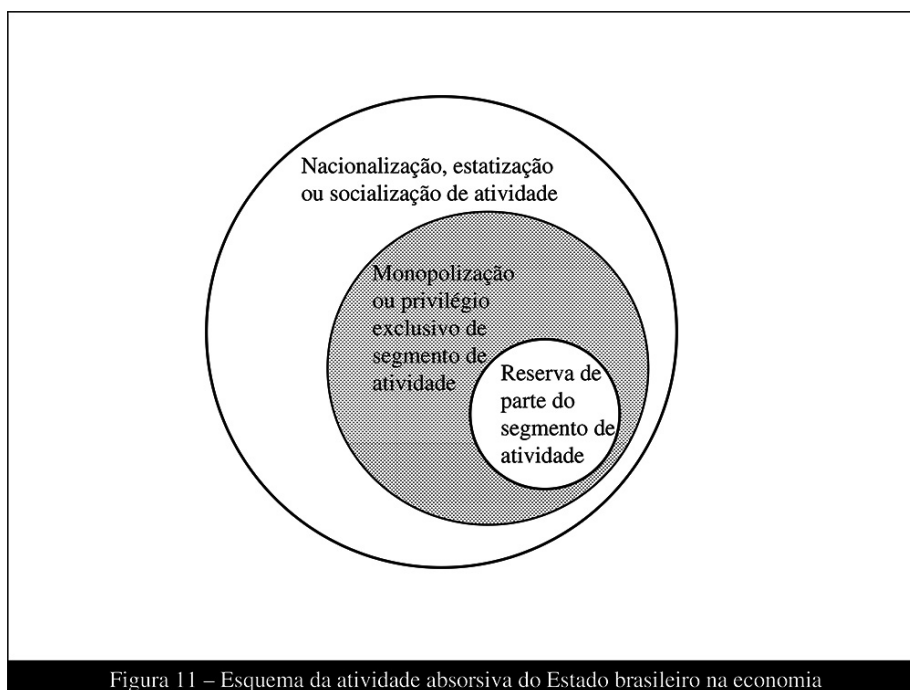
SEXTA TURMA, Data da decisão: 30/4/2007 Documento: TRF100251846, Fonte: DJ DATA: 13/7/2007 PAGINA: 39, Relator: Desembargador Souza Prudente, Data Publicação: 13/07/2007) e o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no país (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 901690, Processo: 199961080014868 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 26/07/2006 Documento: TRF300106348, Fonte: DJU DATA:02/10/2006 PÁGINA: 334, Relator: Desembargadora Consuelo Yoshida, Data Publicação: 02/10/2006).

535 O judiciário também sustenta que a intervenção do Estado na economia, possui limites demarcados na Constituição (BRASIL. Tribunal Regional Federal. – Quarta Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL, Processo: 9504102174 UF: RS Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 18/08/1998 Documento: TRF400063578, Forte: DJ DATA:16/09/1998 PÁGINA: 407, Relator: Desembargador José Luiz B. Germano da Silva. Data Publicação: 16/09/1998). Além de sustentar que os atos administrativos, mesmo os discricionários, estão sujeitos à sindicabilidade do poder judiciário no que tange aos seus limites, especialmente quando restringem ou suprimem direitos individuais do administrado. Conquanto se reconheça a existência de uma margem de discricionariedade à Administração na aplicação de punições disciplinares, deve ela se valer de critérios homogêneos, sob pena de malferimento do princípio da igualdade (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 374933, Processo: 200483000046042 UF: PE Órgão Julgador: Primeira Turma, Data da decisão: 19/01/2006 Documento: TRF500108503, Fonte: DJ - Data: 15/02/2006 - Página: 809 - Nº: 33, Relator: Desembargador Francisco Wildo, Data Publicação: 15/02/2006).

completa atividade, mas sim de um segmento inteiro dentro da atividade; e, a absorção parcial, que seria a reserva de mercado de determinada parte do segmento de certa atividade econômica⁵³⁶.

A figura 11 ilustra a atividade absorpsiva do Estado brasileiro na economia. Trata-se de uma classificação articulada entre si por meio de três sucessivos círculos concêntricos, representando, do menor ao maior: a absorção parcial, passando pela absorção completa, até chegar à absorção exclusiva. Assim, representa o primeiro círculo (círculo maior) toda uma atividade econômica que, por conseguinte, possui um círculo interno que delimita um segmento da atividade econômica representada pelo primeiro círculo. Por sua vez, o círculo menor inserido dentro dos demais representa parte do segmento de determinada atividade econômica. Daí porque tratar-se de uma classificação articulada entre si, pois os círculos representam uma única atividade econômica que pode ser absorvida de três distintas maneiras, de forma disjuntiva exclusiva, ou seja, o resultado da intervenção será apenas um (e não mais que um), no sentido de que se o Estado realizar uma intervenção absorpsiva exclusiva, não haverá na mesma atividade uma absorção completa ou parcial.

536 No Direito português, não existe um artigo específico que condicione a atividade empresarial do Estado como ocorre no Direito brasileiro, nele existe, como já se afirmou, o princípio da compatibilidade, que possibilita o Estado a intervir diretamente na economia, ademais, existe, no Direito português, a possibilidade do Estado definir “*sectores básicos*” a serem reservados à atuação econômica pública, ou, pelo menos, sujeitos a especial condicionamento de acesso por parte dos privados. Isso, porém, não possibilita que o Estado português intervenha diretamente na economia como bem entender, deve ele respeitar, também, a juridicidade, a boa administração, a eficiência, a administração de resultado, os Direitos Humanos e todas as regras e princípios esculpido no ordenamento jurídico português.



Fonte: Elaborada pelo autor.

3.2.1.1 *Absorção exclusiva: nacionalização, estatização ou socialização*

Impera em extrema dificuldade a distinção entre nacionalização, coletivização, socialização, estatização, expropriação, entre outras formas de apropriação coletiva dos bens e meios de produção.

Entende-se, por nacionalização, o ato político-legislativo de transferência de serviços e/ou bens da propriedade privada para a pública⁵³⁷. É, na verdade, o

537 Recordar-se que pode haver atos político-legislativos que operem tal transferência que não seja a nacionalização, como a expropriação, por exemplo. A nacionalização funda-se em razões ideológicas e em seu escopo político-econômico. Está subjacente à ideia de nacionalização o princípio de que certos bens devem permanecer exclusivamente com a nação, logo, públicos. É esse fundamento que a diferencia da expropriação.

Não se trata de um conceito unívoco, como sugere Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. *Direito da economia*: segundo as lições. Lisboa: Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, 1982-1983, p. 261). A doutrina refere-se à nacionalização em sentido restrito e a nacionalização em sentido amplo, a nacionalização como ato jurídico e a nacionalização como processo jurídico; ou refere-se, ainda, ao ato de nacionalização e aos seus efeitos jurídicos (vide:

termo usado para denominar a aquisição compulsória/coativa, pelo Estado, de empresa ou empresas públicas ou privadas⁵³⁸, sejam elas nacionais ou estrangeiras⁵³⁹. É uma ação que gera o efeito de constituir a titularidade do Estado em relação aos serviços ou propriedades industriais/comerciais anteriormente explorados por empresas privadas. Diz-se nacionalização porque as transferências são para a nação⁵⁴⁰. É, a princípio, insindicável, mas indenizável⁵⁴¹. Poder-se-ia,

KATZAROV, K. *Théorie de la nationalisation*. Neuchatel: Éditions de la Baconnière, 1960, p. 227; FRANCO, António de Sousa. *Verbo – Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura (VELBC)*. Lisboa: Verbo, ano, In: Nacionalização, v. XX, v. 606).

538 Normalmente, são privadas, mas nada impede que se tenha nacionalização de uma empresa pública, por exemplo, municipal.

539 Como se observa em Nuno Sá Gomes (GOMES, Nuno Sá. *Nacionalizações e privatizações*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1988, p. 43), que define nacionalização como: “*simultaneamente, um acto político-legislativo com fundamento ideológico que opera a transferência automática da propriedade dos bens que são seu objecto da titularidade privada para a pública, e é ainda um processo jurídico que se desdobra em vários outros actos complementares destinados a ordenar, numa perspectiva de interesse público, a nova titularidade e gestão dos bens transferidos que são, em certa medida, seus efeitos jurídicos diferidos*”.

O mesmo autor (*ibidem*, p. 44-46) elenca razões para realizar e opor-se às nacionalizações. São razões favoráveis à sua realização: a necessidade de conciliar o instinto social com o de apropriação individual; a sua utilização como instrumento privilegiado da coletivização e socialização da economia tendendo à abolição da propriedade individual; o interesse social decisivo de certos setores da atividade econômica; a necessidade de combater os monopólios privados quer como meio de defender a concorrência, exigência do sistema liberal, quer como instrumento de subordinação do poder econômico ao poder político; a necessidade de combater o subinvestimento em setores menos dinâmicos; a necessidade de levar a cabo uma melhor distribuição da riqueza; a necessidade de assegurar uma maior operacionalidade e eficácia às técnicas de planejamento; a necessidade de controlar algumas atividades de particular interesse público. São razões para se opor às nacionalizações (*ibidem*, p. 46-47): a coletividade conduz inexoravelmente à burocratização e à ineficiência, com os consequentes agravamentos dos custos de produção e da dívida pública pela acumulação de déficits suportados pelo orçamento; a partir de certos estágios de desenvolvimento econômico, a nacionalização conduz necessariamente à paralisia econômica, por falta de inovação; há mesmo incompatibilidade entre democracia política e a inerente liberdade e a economia coletivizada e planificada, pois esta, ao colocar nas mãos do Estado os bens de produção, transforma-o em único ou principal padrão, que dispõe, assim, de um poderoso instrumento de domínio sobre todas as formas de oposição política.

Ainda, acrescenta que nem todas as medidas de nacionalização têm os fundamentos sociais, econômicos e políticos assinalados, podem existir casos de nacionalização-sanção ou nacionalização confisco e a nacionalização-retaliação.

540 Por conseguinte, pode-se chamar também de estadualização, municipalização, distritalização e até territorialização, dependendo da Unidade Federativa brasileira que estiver realizando tal modalidade.

541 O *Tribunal Constitucional português*, em acórdão pedindo a condenação do Estado português ao pagamento de uma indenização como compensação pelos prejuízos decorrentes da nacionalização de determinada empresa e o ressarcimento dos danos sofridos com a reprivatização da mesma empresa, decidiu que “*o que se questiona é o tempo (demora) e o modo de pagamento (títulos de dívida pública)*”. O

inclusive, dizer que a nacionalização é uma expropriação *sui generis*, porque ocorre uma transferência forçada de uma empresa privada para a propriedade

Tribunal Constitucional, no Acórdão nº39/88, apreciou a conformidade à Constituição das normas que originariamente dispunham sobre as indenizações devidas pelo Estado por nacionalizações (Decreto-lei nº 528/76, Lei nº 80/77 e Portarias nºs 786-A/77 e 618/78). Nesse aresto, considerou-se legítimo, do ponto de vista da constitucionalidade, o pagamento das indenizações devidas por nacionalizações através da fixação de prazos de amortização e de diferimento diferenciados, assim como taxas de juro desniveladas em função do montante global a pagar. Desse aresto resulta, também, com clareza, que o pagamento das indenizações através da entrega de títulos de dívida pública não contraria qualquer princípio constitucional (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39/88, Proc. nº 136/88, Plenário, Relator: Cons. Messias Bento, Data: 09 de Fevereiro de 1988). No caso em questão, no entanto, discutiam-se a situação e os resultados gerados pela forma de pagamento. Quanto a tal problema, o TC afirmou que tal colocação do problema não consubstancia uma questão de constitucionalidade normativa. Portanto, decidiu novamente pela não-inconstitucionalidade e negou provimento ao recurso, sempre na base do pressuposto de que o critério indenizatório das nacionalizações não é idêntico ao das expropriações, não só porque não tem de se pautar por uma justiça absolutamente indenizatória, como também porque pode ter em conta critérios especiais de necessidade política e social. Segundo tais critérios, a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse particular subsistirá até ao ponto em que o sacrifício dos direitos dos particulares comece a ser desproporcional e desnecessário, ou atacável em termos de justiça distributiva, como aconteceria, no caso presente, se as indenizações, no momento em que deveriam ter sido atribuídas, fossem irrisórias ou manifestamente desajustadas relativamente ao valor dos bens nacionalizados, tendo em conta a realidade económica da época. Ora, esta última hipótese carece de ser demonstrada do ponto de vista do interesse público e da situação real da economia, tendo ainda em conta que a situação dos cidadãos, que deveriam receber as indenizações através de títulos da dívida pública, não é diferente a dos outros cidadãos que eram titulares de títulos de dívida pública de juro fixo no mesmo momento. Não se verifica, pois, a inconstitucionalidade do regime que determina o pagamento das indenizações por nacionalização, através da entrega de títulos de dívida pública, com regimes diferenciados e com taxas de juro abaixo das que são praticadas no mercado monetário e financeiro. Há de ressaltar que tal decisão não foi unânime, possuindo algumas declarações de voto muito interessantes (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 85/2003, Proc. nº 330/2000, Plenário, Relator: Cons^a Maria Fernanda Palma, Data: 12 de Fevereiro de 2003). No mesmo sentido, vide: PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 148/2004, Proc. nº 88/00, Plenário, Relatora: Cons^a Maria Fernanda Palma, Data: 10 de Março de 2004; PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 144/05, Proc. nº 875/04, 1.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria Helena Brito, Data: 16 de Março de 2005.

pública, por meio de um ato de autoridade⁵⁴². Distingue-se da expropriação tanto pelo seu objeto como pelo seu fim⁵⁴³.

Já a estatização diz respeito ao notável aumento de empresas estatais com gestão do Estado, o que pode ocorrer por meio da criação de novas empresas ou da aquisição de empresas privadas de forma não-compulsória. Ao contrário, no caso da propriedade coletiva, pública ou estatal, ser gerida pela comunidade (coletividade de trabalhadores, comunidades locais, cooperativas e comunidade de utentes), e não pelo Estado, se estará diante da socialização⁵⁴⁴.

542 A *Corte Costituzionale italiana* define com clareza o alcance do controle de constitucionalidade das nacionalizações. O legislador italiano havia expropriado as empresas privadas que se dedicavam à distribuição de energia e havia constituído, em seu lugar, um monopólio a favor de uma empresa pública. A corte assinalou que para declarar inconstitucional a lei de nacionalização deveria ocorrer algumas das seguintes circunstâncias: a) que o legislador não haja motivado qual é a finalidade pública que justifique a reserva e quais são os meios mais adequados para alcançar dita finalidade; b) que a ponderação realizada pelo legislador seja viciada por critérios ilógicos, arbitrários ou contraditórios; c) que a valoração do legislador seja manifestamente contraditória com os pressupostos de fato; d) que a lei estabeleça meios absolutamente inidôneos ou contraditórios com o fim perseguido; e) que a lei tenha uma finalidade distinta da declarada pelo legislador. Em síntese, a corte opta por um controle de *ragionevolezza*, que parece excluir um controle mais estrito sobre a existência de alternativas menos gravosas e que deixa ao legislador uma ampla margem de manobra (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 14 de 24 FEBBRAIO 1964, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 07 marzo 1964. Pres. AMBROSINI, Massime: 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066).

O *Conseil Constitutionnel français* segue caminho similar para definir quando da justificativa à nacionalização de empresas. Tal conselho assinalou que a constitucionalidade da lei não deveria ser questionada salvo quando existisse um “*erreur manifeste d’appréciation*”. O exame da “*nécessité publique*” dos limites da livre iniciativa é um controle fundamentalmente negativo, porque se centra em descartar aquelas medidas manifestamente inadequadas ou excessivas (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 81-132DC. Loi de nationalisation. Data: samedi 16 janvier 1982).

543 De acordo com Gaspar Ariño Ortiz (ORTIZ, Gaspar Ariño. El socialismo y las nacionalizaciones: con un epílogo sobre RUMASA. *Cuenta y Razón del Pensamiento Actual*. n° 10, p. 61, 1983), as nacionalizações são produtos das ideias socialistas, e, com elas, o socialismo pretende simplesmente substituir o sistema. Assim descreve: “*las nacionalizaciones no son sólo una mera operación técnica (sustitución de una gestión empresarial por otra, en el marco de un mismo sistema económico), ni tienen una finalidad básicamente económica (mejorar la explotación o la rentabilidad de las empresas, promover la competitividad en los mercados internacionales o cosas por el estilo), sino que, en opinión unánime de los teóricos del tema, persiguen un objetivo más amplio y más profundo: la transformación del orden económico y social*”.

544 Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. *Direito da economia*: segundo as lições. Lisboa: Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, 1982-1983, p. 277-278) sustenta que a doutrina distingue entre estatização e socialização exatamente em razão do modo de gestão dos bens das empresas, dos estabelecimentos ou das explorações que tenham sido objeto de nacionalização.

Assim, são estes os instrumentos através dos quais o Estado pode tomar para si a totalidade de determinada atividade⁵⁴⁵. Ressalte-se que é esse o sentido que se deseja dar ao se referir que o Estado pode intervir de forma prestacional, por absorção exclusiva. Portanto, por meio da nacionalização, da estatização e da socialização, pode o Estado passar a prestar todo um conjunto de atividades econômicas e não apenas um segmento dessas atividades ou parte de um segmento. Por certo que a monopolização ou o privilégio exclusivo também poderá atuar, aqui, como um instrumento para a intervenção absorviva. Trata-se de consequência óbvia do processo de nacionalização, estatização ou socialização. Uma vez que um setor reste nacionalizado, estatizado ou socializado, ter-se-á um monopólio/privilégio exclusivo da atividade. Por conseguinte, não se podem confundir tais instrumentos de intervenção com as formas de intervenção do Estado brasileiro na economia.

Em um passado recente, o Brasil sofreu um grande processo de estatização ao criar uma série de empresas estatais; porém não passou por um processo de nacionalização, da forma como se relata em países como Irã, Argélia, Chile, Iraque, Portugal, Venezuela e, há pouco, Bolívia⁵⁴⁶.

545 Certo é que pode, também, o Estado tomar apenas parcela da atividade. Nuno Sá Gomes (GOMES, Nuno Sá. Nacionalizações e privatizações. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1988, p. 143) infere que a nacionalização é apenas um meio de se obter quer a estatização, quer a socialização. Discorda-se do autor.

546 Pode-se dizer que a década de 70 foi a década das nacionalizações. Em pleno intervencionismo estatal, muitos países usaram de suas forças para, de uma maneira compulsória, transformar empresas privadas em estatais. Recordar-se que nacionalização não é sinônimo de absorção exclusiva.

O Irã, desde o ano de 1951, desejou nacionalizar a atividade petrolífera, no entanto, tendo em vista o boicote inglês a esse país no início da década de 50, o acordo assinado, em 1954, entre Irã e um consórcio composto por grandes companhias petrolíferas e pelo fato da Líbia ter assumido o controle de todos os setores econômicos do país em setembro de 1969, apenas conseguiu realizá-lo em julho de 1970, quando nacionalizou todas as empresas encarregadas da importação, venda e distribuição do petróleo. Em seguida, em 1973 e 1974, também englobou na nacionalização a produção de petróleo, apropriando-se das empresas petrolíferas que operavam no país.

No ano de 1971, a Argélia nacionalizou a atividade petrolífera, elevando para 51% a sua participação nas empresas que operavam no país, à época, todas francesas. Logo após tal medida, a Lei Argeliana, de 12 de abril de 1971, estipulou que qualquer companhia estrangeira que pretendesse participar do setor petrolífero daquele país deveria se associar à companhia nacional de hidrocarburetos (Sonatrach, criada em 1963).

O Chile, também, em 1971, passou por uma nacionalização no país, no setor de Cobre, uma vez que tomou das mãos dos americanos a Corporação do Cobre (Codelco), que era, à época, a principal produtora mundial dessa matéria-prima.

O Iraque, igualmente, realizou uma nacionalização na indústria petrolífera. Iniciada em junho de 1972 e finalizada em dezembro de 1975, o país tomou para si o controle total da produção e comercialização do petróleo.

Ao intervir de maneira prestacional absorviva exclusiva, seja por meio da nacionalização, da estatização ou da socialização, ficará o Estado incumbido de prestar o serviço aos cidadãos, porém, nada impede que a propriedade da empresas, agora pública, seja mista, isto é, com a participação de capital privado. Inclusive, é isso que ocorre na maioria dos casos. O Estado fica com pelo menos 51% da propriedade da empresa privada, constituindo-se uma Sociedade de Economia Mista. Mas também pode decidir por criar uma Empresa Pública. Esta possibilidade de opção consiste em uma ação discricional do Estado.

Saliente-se, assim, que essa forma “*drástica*” de intervenção, na qual o Estado absorve toda uma atividade, pode ser suavizada por meio de outro instrumento de intervenção, qual seja, a descentralização por outorga (Figura 9). Neste caso, descentraliza-se para Empresas Estatais (Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista) as atividades comerciais ou industriais do Estado. Desse modo, observe-se que a intervenção prestacional absorviva exclusiva poderá ser associativa por outorga ou não-associativa. Assim, o Estado poderá absorver toda uma atividade sendo sócio de empresas privadas, bem como poder-se-á associar à iniciativa privada por meio de colaboração, a ela delegando toda uma atividade, o que, aliás, não é comum, eis não ser condizente com o princípio da livre iniciativa.

Após 11 de março de 1975, ocorreu, em Portugal, um grande período de nacionalizações, englobando bancos, meios de comunicação e as principais indústrias. Até hoje, o único país a nacionalizar setores que não envolviam bens não-renováveis.

Em 1976, foi a Venezuela quem nacionalizou seu setor petrolífero. No entanto, muitas empresas ainda estavam instaladas no país. No ano de 1990, muitos contratos foram firmados no intuito de autorizar as empresas privadas a continuarem atuando no setor, porém, a partir da metade de 2005, passaram a ser modificados conforme estipulava a nova Lei de Hidrocarbonetos de 2001, que passaram a ter que pagar 16,6% de royalties e 50% de impostos sobre os lucros. Além de obrigar que a Companhia Pública Petróleos de Venezuela S.A. tivesse pelo menos 51% das empresas de capital misto. Essa dita nacionalização venezuelana se materializou mediante acordos pactuados com as empresas privadas, produzindo-se um aumento da participação acionária do Estado, que converteu tais empresas em sócios minoritários. Foi, na verdade, e assim o é, na maioria das vezes, uma estatização, pois nada mais foi que uma compra comercial do Estado venezuelano.

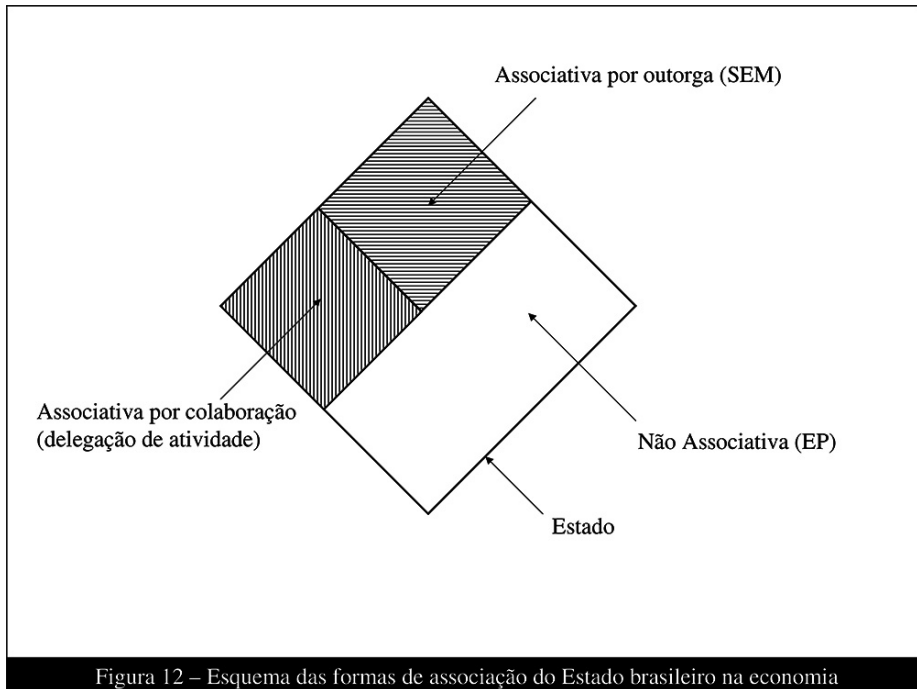
Por fim, em 1.º de maio de 2006, a Bolívia decretou a nacionalização de todo o setor de hidrocarbonetos do país por meio do cancelamento dos contratos de concessão e pela expropriação das plantas industriais das empresas que operavam no setor. Ressalta-se que não é a primeira vez que o Estado boliviano realiza uma nacionalização em seu território. Em 1937, nacionalizou as instalações da Standard Oil, surgindo a Jazidas Petrolíferas Fiscais Bolivianas (YPFB, na sigla em espanhol) e, em 1969, nacionalizou as instalações da Gulf Oil Company.

Dados disponíveis em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Nacionaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2008.

Caso o Estado decida intervir na economia de maneira absorviva, atuando diretamente e de forma exclusiva, completa ou parcial na atividade econômica; decidindo, para tanto, descentralizar por outorga a prestação da atividade a uma Empresa Pública ou a uma Sociedade de Economia Mista, estará ele se utilizando de mecanismos para se associar à iniciativa privada ou não. A figura 12 aclara as formas de associação do Estado brasileiro na economia. Imagine-se que o Estado, atuando de maneira associativa, represente o quadrado grande. Esse, como demonstrado na explicação da figura 9, pode realizar dois tipos de descentralização: por outorga e por colaboração.

Assim, observe-se que apenas haverá associação quando o Estado criar uma Sociedade de Economia Mista (SEM), uma vez que o particular será sócio do Estado na empresa. Tal possibilidade estaria representada, na figura 12, com o quadro de listras horizontais dentro do quadrado grande com a indicação “*associativa por outorga (SEM)*”. Em criando uma Empresa Pública (EP) para a prestação de determinada atividade, ter-se-á uma intervenção não-associativa, pois tais empresas têm como único acionista o Estado. A não-associação estaria representada na figura 12, pelo retângulo branco, inserido como parte do quadrado grande com a indicação “*não-associativa (EP)*”. Ressalta-se que em determinados casos, a intervenção não-associativa será mandatária. É o caso da prestação de serviços públicos não privativos, que quando gratuitos, terão obrigatoriamente que ser executados pela Administração direta, ou por autarquia e fundação de direito público, pois a gratuidade é incompatível com a finalidade de lucro inerente de qualquer empresa, até mesmo das estatais.

A segunda hipótese, também aludida na figura 9, é a descentralização por colaboração, através da qual a iniciativa privada é chamada a colaborar com o poder público, a fim de executar determinada atividade econômica cuja titularidade permanece sendo estatal. É essa a forma paradigma em que o Estado se associa ao particular, pois a colaboração é, em primeira linha, a modalidade de descentralização em que o Estado escolhe terceiro estranho à Administração para atuar em seu nome. Esta forma se encontra representada na figura 12, pelo quadro de listras verticais dentro do quadrado grande, no qual consta a indicação “*associativa por colaboração (delegação de atividade)*”.



Fonte: Elaborada pelo autor.

É importante que se evidencie que a intervenção prestacional absorviva exclusiva só ocorrerá caso o Estado venha a absorver todo o setor ou atividade econômica, caso contrário, estará realizando uma intervenção completa ou parcial.

3.2.1.2 Absorção completa: monopolização ou privilégios exclusivos

Saliente-se que, conforme o abordado até aqui, é normalmente, por meio da nacionalização, da estatização ou da socialização que o Estado passa a prestar todo um conjunto de atividades econômicas. Entretanto, ocorre que tais instrumentos de intervenção do Estado na economia também podem ser utilizados para a absorção de apenas um, ou de vários segmentos de determinada atividade. Nesses casos é comum que o Estado se utilize da monopolização ou do privilégio exclusivo como instrumento para intervir de maneira absorviva completa. Por certo que, aqui, o Estado também poderá se utilizar da nacionalização ou da estatização como instrumentos para intervir na economia. Tais

instrumentos são conexos e sempre estarão juntos quando o Estado intervir de forma absorviva⁵⁴⁷.

547 O *Bundesverfassungsgericht* alemão abriu uma interessante via de controle mais intenso dos monopólios estatais no campo das apostas e jogos de azar. No caso concreto, analisava se uma norma que proíbe aos particulares organizar um sistema de apostas sobre acontecimentos esportivos é compatível com a liberdade profissional (art. 12.1 LFB). O ponto de partida da sentença é que fins legítimos relacionados com o interesse geral justificam a restrição da livre iniciativa no setor de jogos. Considera especialmente relevante o interesse do Estado em combater a adição ao jogo devido às suas consequências nocivas sobre a saúde e sobre o índice de criminalidade. A sentença manifesta que o legislador conta com uma ampla margem de valoração para decidir se um monopólio estatal sobre o jogo é uma medida adequada e necessária para afrontar os problemas que ocasionam a ludopatia. O tribunal se considera legitimado para examinar se a lei contribui na prática, tendo em conta suas modalidades concretas de aplicação a controlar a adição que geram as apostas. Por fim, a sentença alemã declara que o monopólio estatal vigente na Bavária é incompatível com o art. 12.1 LFB, mas rechaça declarar de forma automática a nulidade da legislação sobre apostas. O motivo é que as autoridades estatais têm duas opções para adequar seu ordenamento à Constituição: a) derrogar o monopólio estatal e regular o exercício da atividade empresarial no setor das apostas, ou b) manter o monopólio adaptando sua estrutura para combater de forma eficaz a adição ao jogo. Concede ao legislador o prazo até 31 de dezembro de 2007 para cumprir com o dever de reformar a legislação e se estabelecem algumas normas que terão que se respeitar durante o período transitório, como, por exemplo, deixar de realizar campanhas publicitárias que fomentem o jogo (ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 115, 276 - Staatslotteriegesezt. Urteildes Ersten Senats vom 28. März 2006 auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2005 -- 1 BvR 1054/01).

A penalização do jogo de azar para a *Corte Costituzionale italiana* não fere o art. 41, que trata da livre iniciativa privada. Afirma ser a utilidade social a base desse preceito constitucional. Daí porque reconhece a imposição de limites que “*a queste la legge ponga in funzione della utilità sociale e per impedire che possa derivarne danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, elementi con i quali mali si concilia, per gli aspetti che gli sono propri, il giuoco d'azzardo*” (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 237 de 22 OTTOBRE 1975, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 30 ottobre 1975. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 293 del 5 novembre 1975. Pres. BONIFACIO - Rel. AMADEI, Massime: 8103, 8104, 8105, 8106, 8107 e 8108).

A determinação de avançar no controle de adequação da medida vem influída pelo *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, caso no qual rechaçava que as autoridades estatais pudessem invocar a necessidade de reduzir as oportunidades de jogos como razão para justificar limites às liberdades comunitárias de circulação, quando os próprios poderes públicos incitam os consumidores a participarem em loterias, apostas e jogos de azar para que a Fazenda Pública obtenha benefícios econômicos. A sentença acumula indícios que põem de manifesto a falta de coerência do modelo vigente na prática com o desejo de reduzir verdadeiramente as oportunidades de jogos. Destaca-se que o monopólio não vai acompanhado de medidas que freiam a paixão pelas apostas e que o labor preventivo é insuficiente, pois somente se exige que, nos lugares onde se apostem, haja informação sobre a ludopatia e as possibilidades de tratamento. Por outro lado, o tribunal sustenta que as campanhas publicitárias em grande escala e a estratégia de eleger pequenos estabelecimentos como pontos de venda de boletos contribuem para aproximar o consumidor da rotina de apostas (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 62001J0243. Acórdão de 6 de Novembro de 2003. Processo C-243/01. Processo-crime contra Piergiorgio Gambelli e outros. Colectânea da Jurisprudência 2003 página I-13031).

Monopólio⁵⁴⁸ ou privilégio exclusivo⁵⁴⁹ significam, em seu aspecto econômico⁵⁵⁰, o controle da produção e de preços na sua acepção mais ampla⁵⁵¹. É o poder de atuar com exclusividade no mercado, como “único vendedor”. É a ausência da concorrência e a imposição do preço pela vontade unilateral do “único vendedor”.

Diferentemente do que muitos entendem, a expressão monopólio não se aplica exclusivamente àquelas empresas que detêm 100% do mercado, mas, também, àquelas situações em que um dos produtores detém parcela substancial do mercado, ou seja, possui mais de 50% do mercado e nenhum de seus concorrentes tem o poder sobre o preço de mercado. Constitui-se o monopólio frente a diversas situações, quais sejam: quando o setor é formado por uma única firma; quando a firma produz um produto para o qual não existe substituto próximo; quando houver várias firmas, mas apenas uma tenha o controle sobre o preço de mercado ou até mesmo quando existe concorrência entre os consumidores⁵⁵².

548 Etimologicamente, deriva do grego *monopólion*, composta por *monos*, que significa só, e *polen*, que tem sentido de vender. Portanto, encerra em si, o sentido de venda por um só.

549 Viu-se que o privilégio exclusivo está para o serviço público assim como o monopólio para a atividade econômica em sentido estrito.

550 Não é difícil observar que muitos mercados possuem características diferentes, porém existem características comuns que permitem classificar as diferentes estruturas de mercado. Segundo Moacyr Roberto de Pinho Spínola e Roberto Luis Troster (SPÍNOLA, Moacyr Roberto de Pinho; TROSTER, Roberto Luis. *Manual de economia*: equipe de professores da USP. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 181), as estruturas de mercado são modelos que captam aspectos inerentes de como os mercados estão organizados. Para estes autores, as estruturas básicas são divididas em três: as estruturas clássicas básicas, que são o monopólio e a concorrência perfeita; as outras estruturas clássicas, que são a concorrência monopolista, oligopólio, monopsônio e monopólio bilateral; e por fim, os modelos marginalistas de oligopólio, que são o modelo de Cournot, o modelo de Sweezy, o cartel perfeito e os modelos de liderança-preço.

551 Apesar de ter o controle sobre o preço, o monopolista estará sempre de olho na elasticidade da procura, pois, se os preços forem altos demais, haverá resistência do consumidor. Tal resistência fará com que o monopolista mude de atitude, pois, na procura do seu lucro máximo, terá que atender, outrossim, à capacidade de compra do consumidor e, assim, muitas vezes, não poderá impor o preço máximo desejado, conseguindo apenas almejar um preço ótimo. Daí se infere que os preços do monopólio não são impostos, como parecem à primeira vista.

552 SPÍNOLA, Moacyr Roberto de Pinho; TROSTER, Roberto Luis. *Manual de economia*: equipe de professores da USP. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 184 e 185.

O monopólio somente se mantém caso a firma consiga impedir a entrada de outras firmas no mercado. Diversos fatores são necessários para manter um monopólio. Moacyr Roberto de Pinho Spínola e Roberto Luis Troster⁵⁵³ destacam alguns:

- a. a dimensão reduzida do mercado;
- b. a existência de patentes, o que impede a produção de um dado produto por firmas concorrentes⁵⁵⁴;
- c. a proteção oferecida por leis governamentais⁵⁵⁵; e
- d. o controle das fontes de suprimento de matérias-primas para a produção de seu produto.

Sendo o “*único vendedor*”, o monopolista tem pleno controle da oferta, podendo determinar, a seu bel-prazer, qual será a quantidade total ofertada no mercado. Por via de consequência, a partir da variação das quantidades ofertadas, poderá influir sobre o preço, fazendo-o oscilar de maneira inversamente proporcional ao volume da oferta⁵⁵⁶.

553 Ibidem, p. 185.

554 Ver Lei n.º 9.279, de 14.05.1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial (arts. 40 a 44).

555 Afirmam os autores que a única maneira do monopólio durar muito tempo é por meio da proteção oferecida por lei. Discorda-se em parte dos autores, pode sim uma lei proteger de tal maneira um monopolista, mas, na atual Constituição, uma proteção “*indefinida*” pode ser oferecida apenas por ela mesma, diferente do que ocorria na CRFB 67/69 (art. 163), como se teve a oportunidade de observar.

556 Sergio Varella Bruna (BRUNA, Sergio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 34) dita que, em situação de monopólio, o que acontece na verdade é que a sociedade é submetida a uma escassez artificial, provocada pelo monopolista, que controla totalmente a oferta a fim de maximizar seus lucros. Esta parcela excedente de lucros é retirada da comunidade por força da manifestação do fenômeno do poder econômico e representa, além de ineficiência econômica, injustiça social no que se refere à repartição da renda. Ainda que esta renda adicional do monopólio fosse integralmente tributada, com vistas à redistribuição de renda, o monopólio continuaria a onerar a sociedade porque lhe estaria impondo uma escassez desnecessária.

Nulo T. P. Carvalho (CARVALHO, Nulo T. P. As concentrações de empresas no direito antitruste. São Paulo: Resenha Tributária, 1995, p. 56) enumera os malefícios do monopólio dizendo que este causa a redução da eficiência da economia como um todo, eficiência essa que é aferida pela regra de Pareto, segundo a qual a reordenação de insumos, produtos e distribuição de renda deve ser feita de modo a que alguém fique mais rico sem outrem ficar mais pobre. Perde-se eficiência produtiva (o monopolista tende a produzir menos), alocativa (a monopolização gera preços mais elevados, o que leva alguns consumidores a desviar sua intenção de consumo para outros produtos e, assim, levam ao aumento de produção de outros bens), e distributiva (a monopolização gera

concentração de renda). A essa deslocação da intenção de compra dos consumidores para outros bens dá-se o nome de *social deadweight loss*, pois ela gera uma perda social decorrente de um peso morto, perda essa que consiste nos recursos deslocados para utilidades secundárias em razão do não atendimento da demanda dos consumidores.

Em suma, a monopolização gera aumento de preços e redução da produção, com transferência indesejada de riqueza dos consumidores para alguns poucos produtores – o que acaba por ter repercussão política, pois a concentração de poder econômico acaba sempre por levar à obtenção de poder político.

Calixto Salomão Filho (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 124 e 126) também aborda o tema ao afirmar que três são as consequências dos monopólios. A primeira consequência lógica é o aumento de preço, o que leva alguns consumidores a deixar de consumir o produto. A segunda consequência dos monopólios está na destinação dos recursos transferidos. Nos últimos tempos, tem-se discutido sobre o destino do faturamento extra obtido pelo monopolista em função de sua posição no mercado. Sergio Varella Bruna (BRUNA, Sergio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35) afirma que o emprego de tais recursos em atividade socialmente relevante pode justificar a existência do monopólio, caso representem um ganho social proporcional ao custo adicional imposto à comunidade. Além de sustentar que a admissão ou não de elevada concentração econômica em um dado mercado é questão de política econômica por meio dos instrumentos que o direito econômico lhe prevê. O problema é que o monopolista usará o faturamento extra para se manter na posição de monopolista, corrompendo pessoas e financiando campanhas políticas, por exemplo. O fato de as empresas monopolistas não apresentarem lucros muito superiores aos das empresas competitivas explica-se muitas vezes exatamente pelos altos custos de manutenção da posição monopolista.

A terceira consequência é o desestímulo à inovação e à melhoria da eficiência decorrente de uma posição monopolista.

Pode-se dizer, por fim, que o monopólio é uma modalidade de intervenção estatal que jamais deu certo e que, há séculos, vem-se observando que tal tipo de intervenção não obtém sucesso. Vê-se tal afirmação ser confirmada quando Adam Smith (SMITH, Adam. An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Dublin: N. Kelly for P. Wogan, 1801, v. II, p. 119), ao analisar a política colonial dos mercantilistas, resumiu o tema na frase seguinte: “*The monopoly of the colony trade, therefore, like all the other mean and malignant expedients of the mercantile system, depresses the industry of all other countries, but chiefly that of the colonies, without in the least increasing, but on the contrary diminishing, that of the country in whose favour it is established*”.

Recorda-se, também, que a oposição aos monopólios é levada ao terreno constitucional no âmbito anglo-saxão por Sir Edward Coke. Explicando o capítulo 39 da Carta Magna, esse autor inclui a liberdade de comércio dentro dos direitos conquistados pelos cidadãos e declara que os monopólios são contrários à Carta e ao Direito inglês (vide: COKE, Edward. Institutes of the Lawes of England. In: SHEPPARD, Steve (ed.). The selected writings and speeches of Sir Edward Coke. Indiana: Liberty Fund, 2003, v. II). A principal referência a esse informe de Sir Edward Coke é o célebre caso *Darcy v. Allein 77 Eng. Rep. 1260 (Queen’s Bench, 1602)* (muitas vezes, pronunciado como *Darcy v. Allain* ou *Darcy v. Allen*, porém é mais conhecido como *The Case of Monopolies*). A Rainha Isabel concedeu a uma pessoa da Corte o direito de fabricar, importar ou vender em exclusividade naipes de jogos. Os juízes do *King’s Bench* (já estava Jacobo I no trono) sustentaram que a concessão de uma patente, que não tem como finalidade favorecer as novas invenções, é contrária ao *Common Law*. Argumentou-se que um privilégio similar seria contrário à liberdade dos demais comerciantes e ao bem-estar geral, pois era previsível que se produziria um incremento do preço, além de desaparecer qualquer incentivo

Conforme já descrito, são diversas as formas de ocorrer o monopólio. Ele pode se constituir de forma natural, ou seja, surgir normalmente, tendo em vista as condições propícias do mercado⁵⁵⁷, tratando-se de um fenômeno econômico lícito.

Além disso, pode-se defender a existência de monopólio de fato que é aquele que resulta de certas circunstâncias que determinam o afastamento do concorrente mais fraco ou menos apto, ou seja, decorrente da conquista do mercado por parte de agente econômico eficiente. Segundo o art. 36, § 1.º da Lei n.º 12.529/11, a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito de dominar mercado relevante de bens ou serviços.

para melhorar a qualidade do produto. Em consequência, duvidava-se que a finalidade do monopólio seria o interesse público, mas sim aumentar a ganância do concessionário (REINO UNIDO. England and Wales High Court (Queen's Bench Division). Darcy v. Allein [1602] 77 Eng. Rep. 1260).

Sobre a influência de Edward Coke nas liberdades econômicas reconhecidas pelo Common Law, vide: SIEGAN, Bernard. Economic liberties and the Constitution. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1980, p. 24; ELY JR., James W. The guardian of every other right. Oxford: University Press, 1998, p. 10 e 22.

557 Daí surge a teoria de monopólio natural que tanto tem justificado a intervenção e regulação econômica dos serviços públicos com tecnologia de rede, pois se entende que a duplicação das redes seria antieconômica e/ou antiambiental. Segundo a definição tradicional, estar-se-á diante de um monopólio natural quando toda a demanda dentro um mercado relevante pode se satisfazer ao custo mais baixo possível por um empresa, em lugar de duas ou mais. Jorge Eduardo Bustamante (BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. Desregulación: Entre el Derecho y la Economía. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 107) cita cinco características próprias do monopólio natural, seguindo a exposição de Berg, Sanford e Tschirhart: elevado investimento em capital, produção de bens considerados essenciais para a população, impossibilidade de armazenamento em momentos de redução de demanda, existência de uma conexão física entre o usuário e a atenção de um mercado atrativo que permite a realização de rendas.

De acordo com Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 153), a resposta pública ao monopólio natural tem sido: "1) la nacionalización de las empresas; 2) otorgar derechos de exclusividad a compañías públicas o privadas, planificando y regulando las condiciones de producción y prestación del servicio, y 3) intentar introducir competencia".

O excesso de investimentos, a ausência de incentivos para reduzir custos e para a inovação, a incapacidade de controle público para conhecer e controlar os custos reais, entre outras, são algumas das críticas tradicionais a este sistema de proteção do monopólio.

Tem-se o costume de falar que os setores que possuem indústrias de rede, são monopólios naturais. No entanto, deve-se analisar as economias de escala e de alcance, a fim de determinar se o setor apresenta ou não, características de monopólio natural. Quanto à economia de escala, há de verificar se o setor apresenta importantes custos fixos com a criação e a manutenção da rede. Já em relação à economia de alcance, há de verificar se o setor possui redes de multiserviços.

Há, também, o monopólio legal ou de direito, aqueles instituídos por lei, ou pela Constituição⁵⁵⁸. A Lei n.º 8.137/90 que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, antes de ser revogada pela Lei n.º 12.529/11, em seu art. 4.º, VII, utilizava a expressão “*monopólio de fato*”, com o evidente objetivo de excluir de seu âmbito o monopólio legal ou de direito.

Outrossim, privilégio exclusivo é o monopólio legal ou de direito para o serviço público. Inclusive, muito se discute acerca da questão relativa à atividade do serviço público poder, ou não, ser considerada um monopólio do Estado⁵⁵⁹. Apesar do erro da terminologia empregada, pois o correto seria privilégio exclusivo, é certo que os autores não estão totalmente equivocados eis que, quando o Estado não delega tais atividades, estará realizando-as de maneira exclusiva, possuindo as mesmas características do monopólio anteriormente relatadas, tratando-se, entretanto, de monopólio legal ou de direito.

Caso ambos os instrumentos – monopólio e privilégio exclusivo –, decorram eles de uma estatização, socialização ou de uma nacionalização, poderão adotar a forma interventiva da absorção completa⁵⁶⁰, que é o tipo de intervenção em que o Estado absorve um ou vários segmentos de determinada atividade.

Apesar de que o Estado, comumente, adota a criação de empresas públicas para a gestão de monopólio ou privilégio exclusivo, não se descarta a possibilidade de constituição de Sociedade de Economia Mista para gerir o segmento da atividade, ou até toda a atividade. Observa-se, desse modo, que a descentralização por outorga

558 Independentemente de se entender que o monopólio pode ser instituído por lei ou não, fato é que tal Lei proibia apenas o monopólio de fato, o que a lei objetiva é impedir que, aproveitando-se da ausência do mercado livre, no qual haveria o normal funcionamento da lei da oferta e da procura, o monopolista aumente arbitrariamente seus lucros. Todavia, nessas hipóteses de monopólio natural ou de fato, a elevação dos preços só se justifica quando há justa causa, pois, neste caso, está excluída a ilicitude objetiva da conduta. Sendo, portanto, um monopólio legal ou de direito, excluído do âmbito de dita Lei e existindo expressos dispositivos constitucionais que o autorizam, entende-se essa como a forma de atuação do Estado mais drástica, tendo-se em vista todos os malefícios que causa à economia.

559 Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 222, p. 179-212, out./dez., 2000, p. 203): “O serviço público é, por sua própria natureza e definição jurídica, titularizado pelo Estado, de modo que não há necessidade nem lógica em prever, em relação a ele, um regime de monopólio. Os serviços públicos já são, por assim dizer, essencialmente ‘monopolistas’: aos particulares só pode ser delegado seu exercício, e ainda mediante um ato negocial específico do Poder Público, precedido de um procedimento administrativo de licitação (art. 175, CF). Consequentemente, basta que não se conceda ou permita a prestação de determinado serviço para que ele seja desempenhado exclusivamente pelo Estado”.

560 Ou até, conforme apresentado, da absorção exclusiva.

também funcionará, aqui, como um instrumento de intervenção. Assim, também, pode-se considerar que a intervenção prestacional absorviva completa poderá ser associativa ou não-associativa por outorga. Ou seja, poderá o Estado absorver um ou vários segmentos de uma determinada atividade, sendo sócio de empresas privadas ou não, bem como poderá ocorrer associação por colaboração, caso o Estado decida delegar determinado segmento da atividade para a iniciativa privada.

3.2.1.2.1 Estudo de setor: petróleo (problemática da flexibilização do monopólio)

De acordo com o art. 177 da Constituição da República Federativa do Brasil, constituem monopólio da União todas as fases da indústria do petróleo até o ponto de distribuição. Daí para frente, a atividade não é mais monopolística.

Uma vez visto que todas essas fases anteriores à distribuição e revenda são consideradas atividades econômicas monopolizadas, em sentido estrito; exerce o Estado, a princípio, uma intervenção prestacional absorviva completa, pois monopoliza determinados segmentos da atividade petrolífera (no caso, exploração, produção, refino, processamento, transporte, comercialização) e não toda a atividade.

No entanto, viu-se que a EC n.º 9 gerou a possibilidade de o Estado contratar com empresas estatais ou privadas, no exercício do monopólio. Tal contratação é efetivada, nesse caso, por meio do instrumento da descentralização por colaboração mediante ato bilateral, ou seja, através de contrato de concessão de exploração ou produção ou, ainda, de autorização dos demais segmentos, como analisados no capítulo II.

Assumindo essa postura, estará o Estado flexibilizando sua atuação interventiva, deixando de exercê-la de forma absorviva completa para passar a efetuar-la de forma participativa. Trata-se de um caso peculiar dentro do estudo da infraestrutura. Utiliza-se a expressão flexibilização da forma de intervir, pois o Estado, ao descentralizar o segmento para empresa estatal (descentralização por outorga) ou para empresa privada (descentralização por colaboração), deixará de intervir de maneira prestacional absorviva completa e passará a intervir de maneira participativa.

Entretanto, saliente-se que o Estado só poderá realizar tais descentralizações se as empresas públicas ou privadas garantirem o fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional (art. 177, §2º, I, da CRFB). Desse modo, a intervenção participativa do Estado na economia será uma intervenção participativa impositiva,

pois obriga, a *contrario sensu*, que a empresa Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras – explore setores e segmentos da atividade não atrativos do ponto de vista econômico, mas cujo atendimento reúna os requisitos referentes ao relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional (art. 173, *caput*, CRFB).

Desta forma, por ser a Petrobras uma sociedade de economia mista – sob controle da União, sendo obrigada a manter o controle acionário com a propriedade e posse de, no mínimo, cinquenta por cento das ações, mais uma ação, do capital votante –, pode-se dizer que a intervenção participativa impositiva é associativa⁵⁶¹.

3.2.1.3 Absorção parcial: reserva de mercado

Por imposição constitucional ou legal, pode o Estado se ver obrigado a prestar determinada atividade de maneira compulsória, para garantir a manutenção e desenvolvimento de uma parte de um segmento da atividade ou até de todo um segmento dentro de um ramo de atuação. Essa imposição ocorre, quando o mercado, por si só, não oferece resposta satisfatória. Normalmente ocorre quando diante de serviços públicos, pois além de refletir a ideologia de serviço público, é uma técnica deste. Quando assim atua, o Estado está realizando uma “obrigação” de serviço público, que como se observou no capítulo I, tendo sua principal forma o serviço universal, que para o Brasil seria o serviço caracterizado por uma obrigação de assegurar o acesso generalizado de todos os cidadãos a determinadas prestações essenciais, com qualidade e a um preço razoável⁵⁶².

561 Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 103) afirma que. “A PETROBRAS passou, assim, a exercer uma intervenção concorrencial no domínio econômico e não mais uma intervenção monopolística”.

562 Ao analisar o funcionamento da central de leite em contraste com o princípio da liberdade de iniciativa econômica privada, defendeu a *Corte Costituzionale italiana* que o art. 43 permite à lei, entre outras coisas, a capacidade de atribuir aos organismos públicos, por razões de utilidade geral, o poder de conceder exclusividade, a certas categorias de empresas, e, entre outros, os relativos aos serviços essenciais de natureza pública de interesse primário. Responde a estas condições, a Lei de 16 de junho de 1938, n. 851, que atribui a determinadas entidades públicas (municípios ou consórcios de municípios) que podem estabelecer-se com a competência exclusiva para a venda de leite. Sendo legal a reserva do monopólio do poder local do leite. Para a *Corte Costituzionale italiana*, preparar um alimento para consumo de massa, como a pasteurização e distribuição do leite, é um serviço público com características essenciais de serviço de interesse primordial e, portanto, o direito exclusivo de venda que concede o poder é um meio de proteção de interesse de higiene (saúde

Certo é que tais serviços nem sempre são economicamente autossustentáveis. Motivo pelo qual pode o Estado, em sendo o ônus injusto, oferecer uma parcela desses serviços, ou até todo ele, à exploração exclusiva de um determinado operador, normalmente o antigo monopolista, de forma que ele obtenha uma exploração economicamente equilibrada. Isto é, a exclusividade funciona como um mecanismo compensatório para quem detém a atribuição de prestar tais serviços, a fim de que possa dispor de uma fonte para o seu financiamento em virtude do serviço ser, normalmente, deficitário⁵⁶³.

Essa faixa (reserva de mercado) pode se constituir de uma parcela pequena de parte de um segmento ou até mesmo da integralidade de determinado ramo de atividade. Funciona como um monopólio legal ou de direito, motivo pelo qual se remete aos comentários anteriormente esposados acerca dessa estrutura de mercado.

pública), preenchendo assim os fins de utilidade geral (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 11 de 15 MARZO 1960, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 23 marzo 1960. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 75 del 26 marzo 1960. Pres. AZZARITI - Rel. GABRIELI, Massime: 967, 968, 969 e 970).

Em outro caso, ao analisar norma relativa à produção zootécnica que *"pone il divieto per chiunque di tenere, a qualsiasi titolo, maschi bovini interi che non abbiano conseguito l'approvazione per la monta pubblica o privata, e demanda poi ai Consigli provinciali dell'economia di compilare appositi regolamenti [...] dettanti le norme per la graduale applicazione della legge stessa, ed in particolare quelle relative alle condizioni e modalità necessarie ad ottenere l'approvazione predetta"*, julgou a *Corte Costituzionale italiana* a ilegitimidade constitucional de tal norma, pois apesar da liberdade de iniciativa privada, permitir a aplicação de limites para o seu exercício, sujeita essa a duas condições: *"e cioè richiedendo, sotto l'aspetto sostanziale, che essi corrispondano all'utilità sociale, e sotto quello formale, che ne sia effettuata la disciplina per opera della legge"* (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 4 de 6 FEBBRAIO 1962, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 14 febbraio 1962. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 44 del 17 febbraio 1962. Pres. CAPPI - Rel. MORTATI, Massime: 1419, 1420, 1421 e 1422).

563 Por não ser autossustentável, há de se ter em mente o problema do financiamento desses serviços, em geral, ditos como universais, afinal, o custo da prestação deles pode ser maior do que a receita auferida pelo prestador. Logo, caso o Estado entenda, com base no cálculo do custo líquido da obrigação de prestação do serviço universal, que esse se trata de um ônus injusto, poderá ele introduzir, além da reserva do mercado, outras formas, às vezes, até acumuladamente de mecanismos de compensação, que podem ser: 1) criação de uma contribuição especial a ser paga por todos os presumíveis usuários em favor do prestador do serviço universal; 2) criação de um fundo de financiamento, que normalmente é gerenciado por um organismo independente e alimentado por contribuições impostas aos demais operadores do sistema; ou, ainda, 3) concessão de subsídios públicos, que consistem na transferência de valores do orçamento do Estado ao prestador de serviço universal. Tal modelo permite substituir ao de subsídios cruzados, no qual se basearam tradicionalmente os Estados no avanço da universalidade. Vale ressaltar que existem setores em que tal reserva é transitória, até que a concorrência seja livre em todos os setores de determinado mercado.

Essa reserva de mercado pode ocorrer tanto no âmbito dos serviços públicos como no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito. No mais, vale ressaltar que o Estado poderá, ainda, se utilizar do instrumento da descentralização em suas duas modalidades distintas para atribuir a exclusividade aqui mencionada. Assim, nada impede que tal reserva seja delegada a um particular, por meio da descentralização por colaboração, apesar de não ser o usual, pois a concessão normalmente é atribuída ao antigo monopolista; bem como que seja delegada à Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista, quando então se estará diante de uma descentralização por outorga. Por conseguinte, assim como as demais intervenções prestacionais absorptivas, a modalidade parcial também poderá ser associativa (por outorga ou por colaboração) ou não-associativa.

3.2.1.3.1 Estudo de setor: postal (problemática em torno da existência do monopólio)

Já se afirmou que a Constituição Federal de 1988 não é favorável aos monopólios, uma vez que ampliou o campo do monopólio constitucionalmente estabelecido, diferentemente do que ocorria com a Constituição anterior; e não manteve a norma estatuída no art. 163 da CRFB 67/69, a qual concedia ampla competência da matéria ao legislador ordinário, facultando-lhe a possibilidade de instituir monopólios estatais⁵⁶⁴.

564 Conforme exposto no capítulo I, a atual Constituição brasileira não deseja que o Estado atue como empresário, mas sim como regulador da atividade econômica, trazendo, portanto, uma nova visão da ordem econômica e do papel do Estado, diferente do que ocorria com a CRFB de 67/69 (art. 163), onde o legislador ordinário, em matéria econômica, possuía ampla competência, podendo intervir no domínio econômico e até criar monopólio.

A Constituição de 1988 não mais assim preceitua, pois deixou de reproduzir o dispositivo, arrolando as atividades econômicas sujeitas à exploração direta e monopolizada da União, em seu art. 177.

Assim é, pois, conforme abordado, o monopólio vai contra a livre iniciativa. Daí porque boa parte da doutrina afirma que, a partir da entrada em vigor da nova Carta, só são admitidos os monopólios estatais por ela previstos expressamente, lei alguma podendo criá-los.

Observou-se também que somente atividades econômicas podem ser objeto de monopólio estatal; o Estado o institui exatamente para subtrair da iniciativa privada o exercício de determinada atividade econômica.

A própria Constituição assim prevê. Afinal, todos os casos de monopólio que são ou foram arrolados no art. 177 são atividades econômicas. O mesmo acontecia com a Constituição de 1967/69, em seu art. 163. Ora, se a própria Constituição ampliou o monopólio, é porque realmente uma lei federal não pode mais instituí-lo como fazia o art. 163 da Constituição anterior, e que apenas as atividades enumeradas no art. 177 da atual Constituição são monopólios do Estado.

As hipóteses de monopólio estatal devem se constituir de situações absolutamente excepcionais, pois importam em negativa da liberdade de empresa e de concorrência, afinal, em um regime em que a livre iniciativa é um princípio constitucional fundamental, só podem ser consideradas monopolizadas aquelas atividades que a própria Constituição expressamente assim considera.

Ressalte-se, então, que arcabouço legal que sustenta a organização do setor postal é a Constituição Federal e a Lei n.º 6.538, de 22 de junho de 1978. Observando os artigos constitucionais (art. 5.º, XII, o art. 21, X e o art. 22, V) não se encontra nenhuma menção ou sugestão para a prática monopolista, mas a Lei n.º 6.538/78 prevê o exercício de alguns serviços em caráter monopolístico (art. 9.º e art. 27)⁵⁶⁵, em todo o território nacional, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), além de não reconhecer a existência de operadores privados no setor⁵⁶⁶. Também, não fixa regras claras para a delegação da

565 Há de ressaltar que desde o 1º regulamento postal que tratava do Regimento do Primeiro Correio-Mor do Reino, datado de 1520, observavam-se menções sobre o monopólio: “Portes e Multas: [...] 3.º) Só o Correio-Mor estabelece correios, ficando o contraventor sujeito à multa de 100 cruzados, metade para a Câmara do Rei e outra metade para o Correio-Mor”.

566 Ubirajara Costódio Filho (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 121), sobre o monopólio postal, argumenta que: “a) em nível infraconstitucional, antes de ser editada a Lei n.º 9.648/98, incluindo o serviço postal no rol do art. 1.º da Lei n.º 9.074/95 e submetendo-o, dali em diante, ao regime de concessões e permissões de serviço público, havia monopólio parcial da União, e de sua delegada, a ECT, sobre o serviço postal, pois o “monopólio” referido no art. 9.º da Lei n.º 6.538/78 alcançava apenas cartas, cartões-postais e correspondência agrupada, ou seja, do todo representado pelo serviço postal (definido no art. 7.º da Lei n.º 6.538/78), somente parte dele era incluído no monopólio instituído pelo legislador; b) com o advento da Lei n.º 9.648/98, alterando a redação do art. 1.º da Lei n.º 9.074/95, o monopólio passou a ser total, na medida em que o serviço postal restou enquadrado no regime de concessões e permissões de serviço público, implicando o afastamento da livre iniciativa privada dessa atividade”. Vale aqui mencionar uma contradição do autor citado. Afirma o mesmo que: “a situação do monopólio postal da União após a promulgação da CF/88 há de ser entendida diversamente consoante o período em foco; entre a data de promulgação da CF/88 e a da edição da Lei n.º 9.648/98, o Estado, e sua delegatária, a ECT, não mais detinham monopólio sobre o serviço postal, razão pela qual a iniciativa privada estava autorizada a explorá-lo; com o advento da Lei n.º 9.074/98 e sujeitando-o ao regime de concessões e permissões de serviços públicos, restabeleceu-se o monopólio da União sobre o serviço postal, mais intenso ainda que o anteriormente tratado no art. 9.º da Lei n.º 6.538/78, pois este era limitado às hipóteses ali especificadas” (ibidem, p. 150).

Assim, o autor (ibidem, p. 147) aduz que, além de existir um monopólio, houve uma ampliação do mesmo. Com o intuito de analisar tal monopólio, formula três questões: “a) a CF/88 admite a instituição de monopólio estatal no domínio econômico por via legislativa?; b) o monopólio postal previsto no DL 509/69 e na Lei n.º 6.538/78, sob a égide da CF/67 com fundamento no seu respectivo art. 163, foi recepcionado pelo texto da CF/88 ou sofreu revogação desde então; c) a CF/88 alberga monopólio da União

prestação dos serviços a terceiros; e por fim não prevê mecanismos de regulação do setor, mas apenas de controle da ECT⁵⁶⁷.

sobre o serviço postal?” Quanto a tais questões, o autor responde positivamente às duas primeiras e, negativamente à última. Quanto à 1ª questão, afirma ele (ibidem, p. 147 e 148) que, embora inexistia autorização expressa na atual Constituição, ao contrário do que ocorria na CF/67, considera possível, haja vista inexistir qualquer restrição explícita, além de ser possível, tendo em vista que o monopólio é antônimo de “livre iniciativa” e “livre concorrência”, e sendo assim poderia se instituir monopólio por via legislativa para dar cumprimento a dada obrigação constitucional e viabilizar, por exemplo, o caráter de regularidade e universalidade exposto na exposição de motivos da Lei n.º 6.538/78, como o próprio autor cita. Em relação à segunda questão, relata o autor (ibidem, p. 148-150) que foi a mesma recepcionada pela atual Constituição, ilustrando como resposta às jurisprudências dos tribunais que sustentam tal entendimento. E, por fim, quanto à 3ª questão, o autor (ibidem, p. 150-152) assegura que a simples inclusão do serviço postal no rol do art. 21 da CF/88 não implica o reconhecimento de monopólio estatal sobre tal atividade, argumentando que por não ter o constituinte incluído, no art. 21, inc. X, os institutos da autorização, permissão ou concessão, que este quis a iniciativa privada fora do setor postal. Nessa linha, afirma que dito inc. X, do art. 21, assegura à União o verdadeiro monopólio constitucional sobre o serviço postal, porém, embora o autor admita tal interpretação, não considera a única possível no contexto da CF/88 e, mais do que isso, tal não é aquela que maior efetividade confere ao texto constitucional vigente no seu todo, especialmente, quanto aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da complementaridade. O autor prefere concluir que o Constituinte de 1988 deixou de citar os institutos da autorização, da concessão e da permissão de serviço público, no inc. X, do art. 21, justamente para descaracterizar o serviço postal como sendo um serviço público federal desde logo, abrindo margem ao trabalho integrador do legislador ordinário. Logo, ante a falta de referência a monopólio no inc. X, do art. 21, monopólio ali não há, afirmando ainda que cabe ao legislador ordinário, tendo em vista a expressão “manter” do inciso mencionado, decidir sobre o “como” e o “por quem” haverá de ser executada a tarefa de prestar ao cidadão o serviço postal. Reputando, contudo, inexistente no texto Constitucional a existência de monopólio, servindo a competência do art. 21, inc. X, apenas para legitimar a presença do Estado nesse setor da economia, sem o condão de afastar por si só a possibilidade de a iniciativa privada igualmente comparecer ali.

567 A origem da discussão sobre o monopólio postal ocorreu quando se discutiu o conceito de carta, que começou a surgir para o Direito, com o julgamento, pelo STJ, do Mandado de Segurança n.º 90.668-SP, em que a empresa Epatil do ABC adentrou contra a ECT a fim de resguardar seu suposto direito líquido e certo, nas atividades por ela exercidas, quais sejam, a leitura de hidrômetros e de medidores de consumo, assim como a expedição e entrega de contas a consumidores dos serviços de água e esgoto, de telefones e de energia elétrica (BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 3667, Processo: 199000057337 UF: SC Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 22/08/1990 Documento: STJ000005805, Fonte: DJ DATA:10/09/1990 PG:09115, Relator: PEDRO ACIOLI, Data Publicação: 10/09/1990). A respeito de tal ação, renomados juristas se posicionaram. São eles: MARINHO, Josaphat. Sistema normativo e serviço postal no Brasil. Revista de Direito Público. São Paulo, a. XVIII, n. 74, p. 70-78, abr./jun. 1985; TÁCITO, Caio. Concessões – Entrega de Contas – Monopólio Postal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 155, p. 341-344, jan./mar. 1984; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul./ago., 1999). Discutia-se à época sobre a monopolização dos serviços postais, trazendo à tona o conceito de serviço postal posto no art. 7º e art. 9º, da Lei n.º 6.538/78. A problematização estava toda em

torno do conceito de carta, para averiguar se a operação realizada pela empresa Epatil do ABC se enquadrava no dito monopólio ou não. Havia quem entendesse que o monopólio postal compreende o recebimento e a entrega de correspondência, e dentro deste conceito estaria a entrega de conta de luz, água, esgoto, telefone, impostos, taxas, ou qualquer título de crédito.

Ora, de acordo com o antigo art. 17, do Decreto n.º 83.858, de 15 de agosto de 1979, alínea “n”, o transporte e a entrega de aviso de cobrança relativo ao consumo de água, de energia elétrica, ou de gás, quando realizados pelo concessionário do respectivo serviço público, estão fora do dito monopólio postal. O artigo era claro ao dispor que tais avisos devem ser entregues pelos concessionários, mas não dispõe que este deve ser realizado diretamente pelo concessionário. Sendo admitida a contratação de terceiros para executá-los.

Parece que a única condição imposta à contratação de terceiros é que os serviços lhe sejam adjudicados integralmente, isto é, os executantes da entrega dos avisos devem ser, necessariamente, os mesmos que realizam a leitura dos medidores, abrangendo, portanto, a contratação de todo o ciclo de leitura e entrega.

Caio Tácito (TÁCITO, Caio. Concessões – Entrega de Contas – Monopólio Postal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 155, p. 341-344, jan./mar. 1984, p. 344) entende diferente, para o autor: “A conveniência do serviço de concessionárias é que irá ditar o procedimento mais aconselhável, por motivo de ordem técnica ou econômica, quanto ao controle dos consumos e ao processo de faturamento e cobrança. Poderá fazê-lo diretamente ou contratar terceiros para o exercício dessa função administrativa, sem que, dessa última opção, possa resultar alteração ou não incidência de norma excludente do monopólio postal”. Para este autor, tal artigo não delega ou transfere o serviço postal às empresas concessionárias, mas apenas exclui do monopólio da União.

Walter Nunes da Silva Júnior (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul./ago., 1999, p. 74) entende, ao falar sobre o aviso de cobrança, que com o seu encaminhamento à outra parte, não se está fazendo comunicação, no sentido de informá-la a respeito de algo, mas propriamente cobrando o que lhe é devido. Isto porque se a entrega do aviso de cobrança pelas concessionárias de água, energia elétrica e gás fosse considerada comunicação epistolar, não poderia o decreto, nem mesmo a lei infraconstitucional, excepcionar o monopólio postal, que, segundo o autor, possui *status* constitucional.

É o mesmo que se dizer que o expedidor, pessoalmente ou por empregado seu, nos negócios de sua economia, pode efetuar o transporte, não ferindo o dito monopólio postal, como ocorre, por exemplo, entre malotes de grandes empresas de uma filial a outra, entre outros.

Já Geraldo Ataliba (ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 77, a. XIX, p. 80-93, jan./mar. 1986, p. 86) entende que: “É irretrocável que não estão submetidas ao regime de monopólio estatal, dentre inúmeras outras, as atividades de recebimento, transporte e entrega de impressos, periódicos, livros, prospectos técnicos, amostras comerciais, conhecimento de carga, título de crédito, efeitos comerciais em geral, cheques, valores, dinheiro, cartas geográficas, cartas patentes, cartas de crédito, cartas de baralho, cartas de piloto, cartas de motorista, enfim, quaisquer objetos que não constituam carta missiva, cartão-postal ou telegrama”.

O STJ, em decisões posteriores à Constituição de 1988, já considerou que, pela Lei 6.538/78, contas, boletos e cobranças bancárias estão dentro do conceito de cartas e, por isso, integram o monopólio postal da União. Seguindo essa jurisprudência, o Projeto de Lei Postal e a Lei n.º 6.538, de 22 de junho de 1978, definem como monopólio: contas, boletos e cobranças bancárias, pois estão inseridas no conceito de cartas. Sustenta-se que esses serviços sempre foram monopólio dos Correios, porque são cartas, na medida em que representam informações privadas entre duas partes ou de interesse

Desta feita, é importante destacar que o monopólio atribuído à ECT não é decorrência direta do texto constitucional, mas sim da lei que regula a atividade postal, anterior à promulgação da Constituição Federal. Como demonstrado, tal hipótese podia ocorrer levando em conta o antigo art. 163 da CRFB 67/69⁵⁶⁸.

Tendo em vista que, hoje, subsistem, na Constituição, apenas, os monopólios previstos em seu art. 177, nos quais não se inclui qualquer menção ao serviço postal; não sendo mais possível ao legislador ordinário ampliar o rol exaustivo

específico do destinatário. Ora, desse modo, poder-se-ia sustentar que, conta, boletos e cobranças bancárias poderiam ser entregues por empresas privadas, desde que não venham com nenhuma comunicação escrita de qualquer natureza. Porém, a comissão que elaborou o substituto do Projeto de Lei Postal, separou a carta das contas, boletos e cobranças bancárias no que diz respeito a objetos considerados como correspondências.

Entende-se que o denominador comum entre o conceito legal de carta e correspondência (art. 47 da Lei n.º 6.538/78) é a comunicação. Que nada mais é que a mensagem, a remessa de informações. Daí porque se poderia entender que a conta, o boleto e a cobrança bancária são cartas, que são objetos que contêm informações de interesse específico ao destinatário.

Josaphat Marinho (MARINHO, Josaphat. Sistema normativo e serviço postal no Brasil. *Revista de Direito Público*. São Paulo, a. XVIII, n. 74, p. 70-78, abr./jun. 1985, p. 76), ao tratar sobre cobrança, discorda, afirmando que: “O aviso de cobrança de conta não é simples comunicação ou informação, representa intimação para pagamento, para cumprimento de obrigação, o que esta sujeito a prazo, sob pena de acréscimo ou de outros gravames. Por isso mesmo, a emissão do aviso, correspondendo à notificação de um título de crédito a prazo certo, precisa ser feita pelo credor em forma de controle direto e convencionado, a que não se sujeita, em princípio, a empresa pública, regulada por normas gerais. Pouco importa que o aviso de cobrança de conta não seja, formalmente, título de crédito. É, contudo, documento revelador de obrigação certa, equivalente, substancialmente, a título de crédito, e, de qualquer modo, com força bastante para diferenciá-lo de simples carta”.

Assim como o autor supracitado, entende-se que conta, boleto e cobrança bancária não são cartas, porque, se assim se entendesse, estar-se-ia ampliando o dito monopólio postal, sendo ilegítimo ampliar, por interpretação, o campo do monopólio. O Projeto de Lei Postal, ao classificar tais objetos como monopólio da futura Correios do Brasil S.A., ampliava legalmente o monopólio, o que parece ser admissível, já que não será feito de forma interpretativa como se tentava ao discutir-se o assunto, mas como não se tem mais o art. 163 da Carta Magna anterior, até isso, seria inviável. Sendo certo, porém, que por se entender que não existe monopólio postal, tal discussão perderia o objeto, não tendo por que debatê-la.

568 Em relação ao monopólio postal, Ubirajara Costódio Filho (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 121) diferencia monopólio de direito de monopólio de fato. Leciona que o primeiro ocorre mesmo quando o poder público transfere a particulares, por concessão ou permissão, a prestação de dado serviço público. Argumenta o autor que, ainda assim, é de se considerar configurado o monopólio, pois todos esses terceiros atuam segundo a vontade e as instruções do titular do monopólio, no caso, o poder público concedente. Parece absurdo tal argumentação, por se encontrar em total discordância não só com o exposto até o momento, mas com o resto da doutrina pátria e internacional.

de monopólios expressamente previstos na Constituição de 1988, os monopólios anteriormente existentes que não receberam a chancela da nova Carta, como é o caso do serviço postal, não foram recepcionados pela Constituição.

Em relação a tal assunto, Luis Roberto Barroso⁵⁶⁹ afirma que a CRFB assegura a livre iniciativa e enuncia, *numerus clausus*, os casos em que determinada atividade poderá ser subtraída da livre concorrência para ser explorada em regime de monopólio. Logo, para o autor, as hipóteses criadas por Lei, anteriormente ao advento da nova ordem e não reproduzidas na CRFB de 1988, não foram por ela recepcionadas.

Portanto, com o desaparecimento da imprecisa regra do art. 163, *caput* da Carta de 1967/69, tornou-se impossível a criação de qualquer outra modalidade de monopólio, salvo em caso de Emenda à Constituição ou por meio de uma interpretação de mutação constitucional. Como até o presente momento não existe uma Emenda Constitucional sobre o assunto, nem parece ser viável uma interpretação de mutação constitucional no caso em tela, conclui-se que a ECT não detém o monopólio de tais partes de segmentos do serviço postal, no mínimo desde a Constituição de 1988⁵⁷⁰.

569 BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 222, p. 179-212, out./dez., 2000, p. 204.

570 O constituinte, sabedor que a relação do art. 21 se presta apenas a estatuir as competências da União, quando pretendeu estabelecer regra de monopólio ou exclusividade, fez em outras passagens do texto constitucional, como já se observou.

Ora, se a Constituição consagrou, conforme observado, o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, não é possível a interpretação que pressuponha o monopólio postal da simples definição de competência presente no art. 21 da Carta, afinal, não se interpreta a Constituição de modo a violar os princípios por ela esculpidos.

Geraldo Ataliba (ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 77, a. XIX, p. 80-93, jan./mar. 1986, p. 85) refere que: “Essa exclusividade de competência da União para manter o serviço postal e o Correios Aéreo Nacional, proscvem, desde logo, a possibilidade de os outros entes da Federação manterem esta modalidade de serviços, bem assim afasta a iniciativa privada do seu exercício. Vale dizer, não só atribui natureza pública a tais serviços, como discrimina, dentre as pessoas públicas que compõem a Federação, qual a que detém competência para mantê-lo, além de vedar, à iniciativa privada, o seu exercício”.

Walter Nunes da Silva Júnior (SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul./ago., 1999, p. 70) entende que há absoluta omissão da Constituição Federal de 1988 quanto a qualquer indício de atribuir ao poder público o monopólio do serviço postal. O tratamento singular dispensado pelo constituinte, colocando o serviço postal como assunto distinto das matérias disciplinadas nos incisos XI e XII, do art. 21, ao invés de descaracterizá-lo como serviço público

Cabe mencionar, também, que o art. 21, X da CRFB/88, ao estabelecer que a União deve manter os serviços postais, impôs que a atividade seja obrigatoriamente exercida pelo poder público federal, considerando sua importância para a integração nacional. Entretanto, não afastou, em nenhum momento, a possibilidade de que os particulares também possam explorá-la.

Entende-se que, na verdade, o constituinte quis assegurar “o mínimo” e não impedir “o mais”, tanto que intenta, por meio do Projeto de Lei Postal, adotar o serviço universal estabelecendo áreas reservadas à ECT. Outrossim, mesmo diante da atual configuração do setor, se é levado a crer que cabe à União manter os serviços postais de necessidade social/essencial, por serem considerados, como visto no capítulo II, serviços públicos privativos. A União está obrigada a oferecer e garantir a manutenção de tais serviços à sociedade, em todo o território nacional, de modo contínuo e economicamente acessível e com ob-

monopolizado, realçou a preocupação com o assunto, evitando que venha a ser explorado de outra forma que não a direta por delegação.

Maria Neuenschwander Escosteguy Carneiro (CARNEIRO, Maria Neuenschwander Escosteguy. *Exame da possibilidade jurídica de modificação do “monopólio” postal*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Candido Mendes (Faculdade de Direito). Rio de Janeiro, dez. de 2004, p. 154, 155, 199 e 200) entende que: “a adequação da interpretação do texto constitucional vigente aponta para a total desnecessidade de alteração (emenda) do texto da Carta Maior, uma vez considerada ocorrida uma mutação constitucional do conteúdo do inciso X do art. 21 da CRFB/88”. Para essa autora, o serviço postal é ônus da União e entende que o art. 21 da CRFB não explicita como deveria a União assegurar a manutenção à coletividade de tal serviço. E, segundo ela, nem poderia tê-lo feito, já que esta matéria é pertinente à ordem econômica, e não ao pacto federativo. Com esse entendimento, considera ocorrida uma mutação constitucional do conteúdo do inciso X, do art. 21, da CRFB, permitindo, desta forma, derivar que: “o ônus de manter o serviço universal é da União, sendo possível, paralelamente, já que não há vedação constitucional, a exploração descentralizada do serviço postal”.

Em relação à questão da legislação infraconstitucional, Ubirajara Costódio Filho (COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Serviço Postal*: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 21 e 53) infere que o legislador constituinte não é completo na confecção do texto constitucional, senão intencionalmente incompleto, isto é, deixa espaços de manobra à adequada acomodação do texto constitucional à realidade social a que visa. Reconhece, assim, sua absoluta incapacidade de tudo prever em relação ao futuro, daí porque o legislador ordinário atua finalisticamente orientado pelas disposições do legislador constituinte, gozando de autonomia para fixar os meios que considerar mais adequados à ótima consecução daqueles fins. Assim, para o autor delinear o conceito de “serviço postal”, serve para saber quais os serviços postais deverão ser mantidos pela União, conforme dispõe o art. 21, inc. X, da CF/88, e acrescenta: “[...] surge uma pergunta: cabe à União manter todos esses “serviços postais”, por força do art. 21, X, da CF/88? O autor pensa que não. A decisão constituinte de atribuir a competência de manter o serviço à União deriva da preocupação em atender determinado interesse coletivo, ou seja, reputa-se imprescindível à sociedade a oferta regular de serviço postal em todo o território nacional, em condições economicamente acessíveis, e, por isso, obriga-se o Poder Público a fazê-lo”.

servância das metas e deveres de qualidade e universalização. É evidente que o interesse público envolvido na prestação deste serviço público tende a estender, ao máximo, a noção de serviço universal. O ideal, em um Estado de Justiça Democrático de Direito, é a máxima democratização e acesso aos serviços postais.

Entende-se que não se está diante de um monopólio legal (de direito), já que a Lei 6.538/78 não foi recepcionada pela atual Constituição, muito menos constitucional, já que o serviço não se encontra elencado no art. 177 da mesma⁵⁷¹, tratando-

571 Esse entendimento, também, é sustentado por diversos autores: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Reestruturação do setor postal brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, v. 19, p. 149-169, jul./set. 1997, p. 157; GANDRA, Ives. Comentário à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, tomo 1, p. 148; BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Os correios, o projeto de lei e o monopólio. Disponível em: <<http://www.ibdc.com.br/aplicacoes/news/teimprensaview.asp?biblioteca=s&Noticia=6544G3&idioma=PO>>, acesso em: 25 de agosto de 2003; BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 261.

Faz-se oportuno ressaltar, também, que o entendimento de que a ECT não detém o monopólio, não é sustentado por outra parte da doutrina: FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 239), que entende que, desde 1797, tem-se monopólio dos serviços de correios; COMPARATO, Fábio Konder. In: BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 222, p. 179-212, out./dez., 2000, p. 200; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 610; BAPTISTA, Wagner Nogueira França; BRAZ, Glória de F. Alvim F. Pereira F. Inexigibilidade de licitação entre órgãos e entidades da Administração pública na contratação de serviços. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo, a. XI, v. 9, p. 428-435, set. 1998, p. 431.

João Bosco Leopaldino da Fonseca (FONSECA, João Bosco Leopaldino da. Direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 199) exemplifica a atuação direta em regime monopolístico da ECT, dizendo que está consagrada no art. 21, X, da CF/88. Assim também o faz Américo Luís Martins da Silva (SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 121) ao tratar da intervenção direta do Estado no domínio econômico. Dita o autor que o monopólio é uma das formas de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, e assume como exemplo a ECT, afirmando que esta seria uma empresa pública federal, com atuação prevista na Lei n.º 6.538, de 22.06.1978, e monopólio garantido pelo art. 21, inciso X, da CF/88.

Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 85, 86) sublinha, em passagem do seu livro, que o tema possui uma série de considerações que possibilitaria distinguir-se entre serviço público monopolizado e atividade econômica monopolizada: entre os casos a discutir, neste passo, um dos casos mais ricos estaria no referido ao exercício do monopólio postal por uma empresa estatal, nos termos da Lei n.º 6.538, de 22.6.1978. Já naquela época via-se uma vontade de se debater o tema, porém nunca concretizada.

Joaquim Macaloss (MACALOSS, Joaquim. O serviço postal e o privilégio exclusivo. Revista de Direito Público. São Paulo. a. XVI, n. 68, out./dez. 1983, p. 121) entende ser o serviço postal um serviço público privativo do Estado, não prestado sobre o regime do monopólio, mas sim sobre o regime do privilégio exclusivo, o que discorda-se, mas, ao menos, está mais certo que os demais, pois utiliza a terminologia correta.

-se de um monopólio de fato⁵⁷², pois a ECT possui o controle da produção e de preços na sua acepção mais ampla, além de deter parcela substancial do mercado, onde nenhum de seus concorrentes tem o poder sobre o preço de mercado. Ou seja, a ECT controla a produção, distribuição, prestação ou venda das atividades postais⁵⁷³. Fora isso, entendendo ser o serviço postal um serviço público, impõe o

Sem considerações maiores a respeito, no examinar do art. 21, inciso X, da atual Constituição, autores como José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990, v.30), Geraldo Ataliba (ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 77, a. XIX, p. 80-93, jan./mar. 1986, p. 93), José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1991) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1979) asseguram que existe um monopólio do serviço postal pela União Federal. Ora, tendo em vista todo o exposto, ousa-se discordar de tais autores.

Vale aqui ressaltar, também, que o Supremo Tribunal Federal recebeu um pedido de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) da Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (Abraed) contra a ECT, questionando a existência de monopólio constitucional de entrega de correspondências. (ADPF n.º 46, Relator: Ministro Marcos Aurélio Melo). Em sua inicial, a Abraed requer: “1) o deferimento de liminar, nos termos do art. 5.º, caput c/c parágrafo 3.º da CF/88, determinando-se a suspensão de todo e qualquer processo e decisões judiciais que versem sobre a matéria, expedindo-se ofícios aos Tribunais Regionais Federais pátrios informando a decisão, haja vista a impossibilidade de individualizar todos os feitos em trâmite versando sobre o tema; 2) alternativamente ao primeiro pedido, o deferimento de liminar unicamente para as associadas da Abraed, impedindo que sejam vítimas de ações da ECT até julgamento final desta ADPF; 3) deferimento de liminar que permita às associadas da Abraed até o julgamento final da ADPF o livre exercício dos seus objetivos sociais; e, no mérito: 4) o reconhecimento de violação aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho, perpetrados por atos da ECT; 5) a declaração, nos termos do art. 11 da Lei n.º 9.882/99, da inconstitucionalidade da Lei n.º 6.538/78, especialmente no que concerne ao “monopólio” da União; 6) a declaração, nos termos do art. 11 da Lei n.º 9.882/99, do que deve entender contemporaneamente por carta, restringindo tal conceito ao “papel escrito, metido em envoltório fechado, selado, que se envia de uma parte a outra, com conteúdo único, para comunicação entre pessoas distantes, contendo assuntos de natureza pessoal e dirigida, produzida por meio intelectual, e não, mecânico”, devendo restar excluído expressamente deste conceito as correspondências de mala-direta, revistas, jornais e periódicos, encomendas, contas de luz, água e telefone e assemelhados, bem como objetos bancários tais como talões de cheques, cartões de créditos, etc.”.

572 Ressalta-se, também, que muito se discute a respeito da relevância das economias de escala e de alcance a fim de determinar se o setor postal apresentava ou não características de monopólio natural. Segundo a definição tradicional, se está diante de um monopólio natural quando toda a demanda dentro um mercado relevante pode satisfazer-se ao custo mais baixo possível por uma empresa, em lugar de duas ou mais. Por se entender que é fato que o setor postal apresenta importantes custos fixos com a criação e a manutenção da rede, mesmo sendo esta considerada virtual, possuindo assim economia de escala e sendo evidente que os serviços postais possuem redes de multisserviços, logo, é negável a existência de economia de alcance, pode-se dizer que também se está diante de um monopólio natural.

573 Em junho de 2002, o jornal Gazeta Mercantil (FURTADO, Clarissa. ECT notifica concorrentes para garantir seu monopólio. Gazeta Mercantil. Entregas. 21, 22 e 23/06/02, p. A7) publicou matéria

art. 175 da CRFB/88 que o mesmo seja delegado mediante permissão ou concessão. Como a União nunca delegou tal serviço⁵⁷⁴, certo é afirmar que o monopólio de fato existe. Saliente-se, apenas, que este ocorre somente no âmbito dos “*serviços postais universais*”. Todos os demais serviços são exploráveis por qualquer empresa.

Logo, o que existe em realidade, no setor postal, atualmente, é uma reserva de mercado aos serviços postais universais, que, de acordo com a legislação vigente, seriam os elencados nos art. 9º e art. 27 da Lei Postal. Ou seja, as cartas e cartões-postais, a correspondência agrupada e o telegrama, independentemente do peso e preço são hoje reservados à ECT. Esses setores poderão, no entanto, ser delegados, a qualquer momento, à iniciativa privada, pelos instrumentos da permissão ou da concessão, conforme dispõe o art. 175 da CRFB/88⁵⁷⁵.

Tal prática é, hoje, o modelo postal mundial. Ainda que adotado o regime de livre competição nos serviços postais, grande parte dos países estrangeiros optou, em maior ou menor grau, pelo estabelecimento de uma área reservada ao

informando que a empresa Logistech recebera, no final de maio, uma notificação extrajudicial da ECT, advertindo-a de que a entrega de contas telefônicas seria uma atividade monopolizada pela empresa estatal. Segundo diretores da empresa, esta iniciativa seria uma espécie de intimidação para inibir a concorrência das pequenas empresas do setor de entregas. Fato este intrigante, pois se a ECT realmente achasse que detém o “*monopólio*” e que este não está ameaçado, entraria diretamente com uma ação judicial ao invés de notificar extrajudicialmente.

Por ter tal “*monopólio*”, as empresas privadas dizem que a competição com a ECT é desigual, pois a estatal contaria com vantagens, como isenção tributária, diminuição da fiscalização, entre outras.

574 Exclui-se aqui o problema da franquia já mencionado.

575 Ressalta-se aqui a orientação da Diretiva 2002/39/CE, que, em seu item (26), dispõe: “(26) *The concept of licensing competitors in the universal service area can be combined with requirements obliging such licensees to contribute to the provision of universal service*”. Desse modo se observa que a diretiva utiliza-se de terminologia genérica “*licença*” tanto para delegações outorgadas a operadores em regime público como para operadores de regime privado. Porém, no art. 2.14 da Diretiva 97/67/CE, divide a forma de conceder em autorização geral e licença individual: “14. *authorisations: means any permission setting out rights and obligations specific to the postal sector and allowing undertakings to provide postal services and, where applicable, to establish and/or operate postal networks for the provision of such services, in the form of a ‘general authorisation’ or ‘individual licence’ as defined below:*

- *‘general authorisation’ means an authorisation, regardless of whether it is regulated by a ‘class licence’ or under general law and regardless of whether such regulation requires registration or declaration procedures, which does not require the undertaking concerned to obtain an explicit decision by the national regulatory authority before exercising the rights stemming from the authorisation,*

- *‘individual licence’ means an authorisation which is granted by a national regulatory authority and which gives an undertaking specific rights, or which subjects that undertaking’s operations to specific obligations supplementing the general authorisation where applicable, where the undertaking is not entitled to exercise the rights concerned until it has received the decision by the national regulatory authority”.*

prestador do serviço universal, que viabilizasse economicamente e contrabalançasse o déficit causado pela prestação deste serviço.

Isto ocorre por influência da União Europeia, a qual, na Diretiva n.º 2002/39/CE, modificou a Diretiva n.º 97/67/CE, estabelecendo em seu art. 7.º, item 1 que:

À extensão necessária assegurar a manutenção do serviço universal, Estados-membro podem continuar a reservar serviços ao prestador do serviço universal. Aqueles serviços serão limitados ao recolhimento, a triagem, transporte e entrega dos envios de correspondência interna e da correspondência internacional, se pela entrega acelerada ou não, dentro de ambos os seguintes limites do peso e do preço. O limite do peso deverá estar a 100 gramas em 1 janeiro 2003 e 50 gramas em 1 janeiro 2006. Estes limites do peso não se aplicarão em 1 janeiro 2003 se o preço for igual, ou mais do que, três vezes a tarifa pública para um artigo da correspondência na primeira etapa do peso da categoria mais rápida, e, de 1 janeiro 2006, se o preço for igual, ou mais do que, dois e metade de tempo desta tarifa.

A Diretiva, desse modo, faculta aos Estados-membros a inclusão, no âmbito da reserva, dos envios internacionais e da publicidade nos limites de peso e preço fixados para a correspondência interna.

Este tipo de norma tem como objetivo garantir a transição de uma situação de monopólio estatal absoluto a uma realidade de livre concorrência, sem que desta transição advenha queda de qualidade ou de acessibilidade econômica no serviço universal prestado aos usuários.

Os operadores do setor e os estudiosos do assunto parecem concordar, em sua grande maioria, com a importância do instrumento de salvaguarda do serviço universal que, em geral, opera-se por meio do estabelecimento de área reservada. Com efeito, a época da liberalização a qualquer custo, sem preocupação quanto à qualidade dos serviços e os benefícios sociais advindos da abertura do setor, é revoluta.

A reserva legal de parcela das atividades postais ao operador encarregado de prestar os serviços universais é, portanto, regra comum nas legislações dos países desenvolvidos e tem como único objetivo viabilizar a prestação dos serviços chamados essenciais.

O Projeto de Lei Postal brasileiro adota tal solução, o que não destoia da tendência internacional. Ao contrário, vai ao encontro da liberalização responsável do setor, de forma gradual e sem sobressaltos. O Projeto estabelece a reserva de certas atividades postais ao prestador do serviço universal, em caráter transitório,

pelo prazo máximo e peremptório de 10 anos, autorizando a redução ou extinção da reserva em 5 anos, pelo poder executivo, conforme as conveniências do setor⁵⁷⁶.

O que busca o Estado com o Projeto de Lei Postal é garantir a evolução segura e serena de um setor que, embora sob os olhares técnicos possa apresentar problemas, ainda é percebido pela sociedade como gerador de bons frutos, por prestar serviços de alta qualidade, mesmo se comparados com indicadores internacionais.

3.2.2 Atividade participativa do Estado na economia

Comentou-se, no capítulo I, que o Estado tem se mostrado incapaz, não só de realizar os investimentos necessários à melhoria de determinados setores, como também de gerenciá-los de forma empresarial, ocasionando a busca por

576 Partindo da premissa de que a ECT possui o monopólio da atividade postal – que, como se sustenta, não possui - o legislador, no Projeto de Lei Postal, colocou artigo impondo o fim do monopólio gradativamente, introduzindo a competição. A intenção do legislador é realizar a transação cautelosamente para preparar o operador público a atuação em mercado totalmente competitivo, visando a se tornar um operador ágil, capaz de auferir resultados positivos em mercados competitivos rentáveis, a fim de financiar a prestação do serviço essencial, já que a futura empresa Correios do Brasil S.A. teria o dever de garantir a universalização dos serviços para a população, para isto que a exclusividade servia.

Desse modo, tenta o Projeto de Lei Postal preservar a viabilidade do serviço universal até que se consolide a abertura do setor, por meio da preparação gradual da empresa prestadora dos serviços universais ao novo panorama de competição. A competição imediata e total no mercado inviabilizaria a prestação de serviços de correios em localidades distantes, não atingindo a universalidade.

Diversamente dos países internacionais a pouco mencionados, o Brasil não possui volume tão concentrado de atividade postal e, sobretudo, possui grande dispersão geográfica, o que aumenta o custo dos serviços universais. Por este motivo, considerou-se mais adequado o abandono dos critérios de peso e preço para limitar a exclusividade do prestador do serviço universal.

O Brasil optou, neste sentido, por alternativa mais arrojada. Previu, no Projeto de Lei, a extinção certa e irrestrita de qualquer área reservada em prazo determinado e peremptório. Assim, o Brasil tem data marcada para a extinção da exclusividade, tendo a livre competição sido estabelecida como objetivo primordial a ser obtido com a nova regulação do setor, e eximindo-se do fato de adotar limites de preços e peso para o monopólio, como os demais países o fizeram.

Ressalta-e, por fim, que a Portaria n.º 152, de 09/07/1997, do Ministério da Fazenda, em seu art. 1.º, define: “O Ministério das Comunicações poderá promover revisão e reestruturação das tarifas dos serviços postais e telegráficos prestados exclusivamente pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT”. E, no art. 2.º: “A partir de 1º de novembro de 1997, ficam sujeitos ao regime de preços liberados, de que trata o inciso III do art. 3.º da Portaria n.º 463, de 06/06/1991, os serviços postais e telegráficos prestados sob o regime concorrencial pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, tais como definidos em ato específico do Ministério das Comunicações, à luz dos investimentos previstos no Programa de Recuperação do Sistema de Telecomunicações e do Sistema Postal – PASTE”. Ora, percebe-se que o próprio governo já admitiu, por vez, que o serviço postal seja prestado sob o regime da concorrência.

mecanismos que sanassem tais males. Um deles é a participação conjunta com a iniciativa privada de determinada atividade.

Na atividade participativa, o Estado, assim como na atividade absorviva, atua como agente econômico, como sujeito próprio de direitos e deveres dentro de alguma parte, segmento ou toda uma atividade da economia. O Estado intervém de maneira participativa quando atua conjuntamente com a iniciativa privada. Neste caso, convoca a iniciativa privada à colaboração, à parceria, a fim de que ambos, Estado e iniciativa privada, somem esforços e ações visando a um objetivo comum: o interesse público. Esses tipos de atuação conjunta sempre existiram, sob vários formatos, desde as expedições marítimas nos séculos XV e XVI, passando pelo século XVIII com a Revolução Industrial e chegando, aos dias atuais, com a concessão, permissão, autorização, PPP e outras formas de parceria entre o poder público e o setor privado⁵⁷⁷.

O Estado intervém participativamente de duas formas: ou em regime de competição com empresas privadas, propondo-se a disputar determinado setor com a ini-

577 Segundo Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald (WALD Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O Direito de parceria e a nova lei de concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 27-29 e 33), o conceito jurídico de parceria se tornou um novo instrumento da mais alta importância nas relações existentes em todos os ramos do Direito. A cada dia que passa, ela se sedimenta nas relações entre o Estado e a iniciativa privada, substituída a antiga relação de comando e de obediência pelo diálogo e respeito aos direitos de ambas as partes. Para tais autores, a parceria “*é o modo pelo qual a sociedade civil revê o seu contrato social com o Estado, é a fórmula de garantir o equilíbrio entre a economia e o direito, entre os interesses individuais e os interesses sociais, entre a eficácia e a ética, entre rigidez do comando e a equidade*”.

Sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 261-262 e 268) leciona que parceria é a associação que se ajusta, entre entes do Estado e da sociedade civil organizada, para a execução, conjunta, de variadas atividades de interesse público. No mais, afirma que tal relação se veiculará por meio de contrato administrativo, vez que possui maior estabilidade e maiores garantias dos investimentos, porém, assume que, excepcionalmente, o instrumento da parceria poderá ser menos estável, se instrumentalizando por ato administrativo, que veiculará uma delegação administrativa temporária ou precária.

Vale ressaltar que tal entendimento de distinção entre os institutos da parceria e da colaboração não é compartilhado por Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 34). Para a autora, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a ideia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos, que atuam essencialmente na área social e não econômica. Para ela, a parceria pode servir a variados objetivos e formalizar-se por diferentes instrumentos jurídicos, como: “*a) forma de delegação da execução de serviços públicos e particulares, pelos instrumentos da concessão e permissão de serviço público; b) meio de fomento à iniciativa de interesse público, efetivando-se por meio de convênio ou contrato de gestão; c) forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de obras e serviços, por meio de empreitada); d) instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração pública gerencial, por meio dos contratos de gestão*”.

ciativa privada (participação concorrencial); ou por uma imposição constitucional/legal, quando intervém em determinada atividade conjuntamente com a iniciativa privada (participação impositiva). Há que pensá-las separadamente, pois, aqui, o Estado intervém igualmente de forma disjuntiva, ou seja, ou um ou outro.

3.2.2.1 Participação concorrencial

A atuação do Estado num regime de competição com a iniciativa privada utilizará o instrumento da descentralização de função administrativa, seja para a prestação de um serviço público (função típica) ou de uma atividade econômica em sentido estrito (função excepcional).

Quando atua na prestação de um serviço público, pode o Estado intervir de duas formas: descentralizando por outorga, constituindo uma Empresa Pública ou uma Sociedade de Economia Mista com prevalência de um regime público por atuar no âmbito de um serviço público⁵⁷⁸; ou pode intervir descentralizando por colaboração, através da delegação do serviço público à iniciativa privada por meio da concessão, permissão, autorização ou PPP⁵⁷⁹.

Na primeira hipótese (delegação por outorga), estará o Estado intervindo associativamente à iniciativa privada quando constituir uma Sociedade de Economia Mista, o mesmo não ocorrendo no caso da constituição de uma Empresa Pública (Figuras 9 e 12).

Na segunda hipótese (delegação por colaboração), o Estado estará intervindo de maneira participativa porque estará transferindo suas atribuições para o setor privado.

578 Em decisão onde se alegava que “*la création d'un établissement public administratif porte gravement atteinte à la liberté et à la diversité des professionnels déjà installés dans le secteur des fouilles archéologiques*” e que tal criação constituiria “*une entrave abusive au marché*” não respeitando, por conseguinte, o princípio da livre concorrência, o *Conseil constitutionnel*, reafirmando que é aberto ao legislativo limitar a liberdade de empresa desde que dentro dos requisitos constitucionais ou justificado o interesse público, desde que nenhum dano desproporcionado ao objetivo prosseguido seja lesado, entendeu pela improcedência da alegação de que a Lei seria inconstitucional por violação da livre empresa (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 2000-439DC. Loi relative à l'archéologie préventive. NOR: CSCL0104635S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M. Pierre MAZEAUD et Mmes Monique PELLETIER et Simone VEIL. Data: mardi 16 janvier 2001).

579 Realizada por meio de ato, delega-se apenas a execução de um serviço cuja titularidade permanece estatal, cabendo ao delegante o planejamento e o controle da execução privada. Portanto, estará o Estado obrigado a intervir de maneira não-prestacional.

Ainda que a execução do serviço esteja entregue a uma empresa privada, a qual não está subordinada às regras referentes aos procedimentos de concursos públicos, licitação e controle pelo Tribunal de Contas, dentre outros formalismos que emperram a atuação da Administração pública; estará o particular atuando em nome do Estado. O particular executa o serviço em seu nome, por sua conta e risco, remunerado por tarifa na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do poder público concedente, mas o exerce em nome desse. Ou seja, o serviço concedido é aquele executado pelo particular⁵⁸⁰, mas cuja competência é do Estado. Pelo fato do serviço, apesar de delegado, continuar sendo público, o poder concedente – União, Estado-membro, Município – nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e empresas estatais, desde que o interesse público assim o exija⁵⁸¹.

Ademais, em regra, essa delegação deve ser conferida sem exclusividade, para que seja possível sempre a competição entre os interessados, favorecendo, assim, os usuários com serviços melhores e tarifas mais baratas⁵⁸². Apenas quando houver inviabilidade técnica ou econômica de concorrência na prestação do serviço, devidamente justificada, admite-se a delegação com exclusividade⁵⁸³. Portanto, a intervenção participativa concorrencial existirá, nesses

580 Destaca-se que o particular estará sujeito à intervenção não-prestacional do Estado.

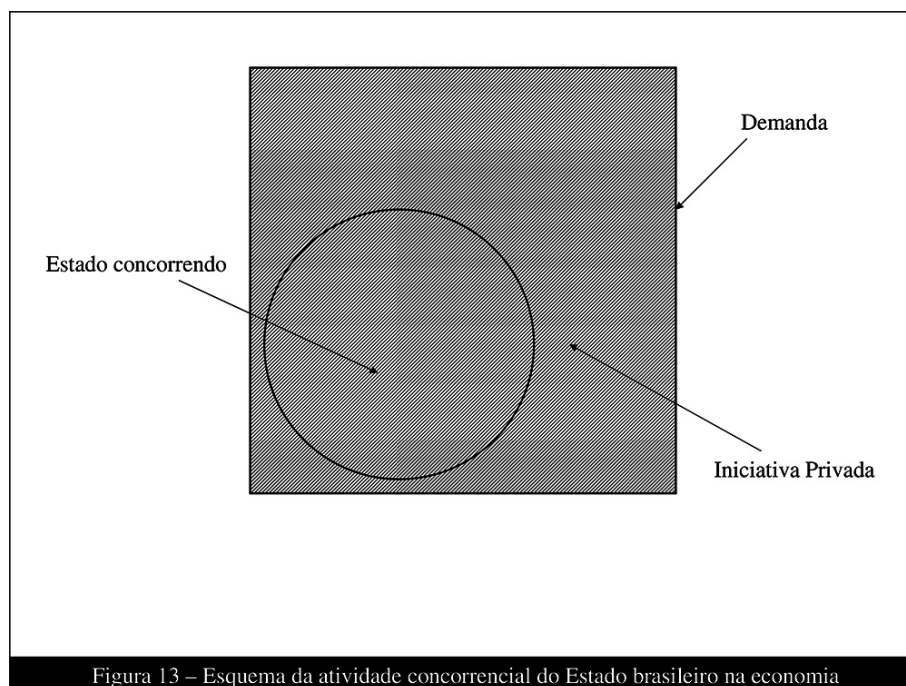
581 Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, retornar o serviço, dependendo da delegação mediante indenização dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes dessa ação.

582 Sob o ponto de vista dos usuários é indiferente se o serviço é prestado diretamente pela Administração Pública ou indiretamente pelo delegado. Muito clara e precisa é a lição de Héctor Jorge Escola (Apud: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 94): “A situação do usuário, nos serviços públicos concedidos, é idêntica à que lhe cabe quando o serviço é prestado diretamente pela administração: é o beneficiário, é o destinatário do serviço público, e como tal não é parte na relação contratual concedente-concessionário, mas sobre ele repercutem os efeitos do contrato celebrado, que se estendem em relação a ele. De tal modo, a situação do usuário não é senão uma situação jurídica objetiva, que se origina no fato mesmo da utilização do serviço público. São indiferentes - estando sempre no campo dos serviços públicos *uti singuli* - as modalidades que ofereça o serviço e as formas adotadas para sua prestação. Só o fato de sua utilização é que dá lugar ao nascimento de relações entre o concessionário e o usuário; só dita utilização gera direitos e impõe obrigações”.

583 Georde Vedel e Pierre Devolvé (apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *ibidem*, p. 76) realçam um dado que é fundamental ao entendimento de vários aspectos da concessão de serviço público. Observam eles que a concessão de serviço público constrói sobre duas ideias antitéticas, cujo equilíbrio constitui toda a teoria do contrato de concessão: trata-se, de um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração; de outro, de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está a sua testa, o máximo de proveito possível.

casos e, distintamente da associação antes exposta, no que concerne à criação de uma Sociedade de Economia Mista, estará aqui o Estado se associando ao privado para que este exerça a sua função típica (Figuras 9 e 12).

O Estado também estará intervindo de maneira concorrencial quando atuar no domínio do particular, isto é, em atividade econômica em sentido estrito. Esta forma só pode existir excepcionalmente, tendo em vista o disposto no art. 173, *caput* e §1.º da CRFB. Utiliza-se, portanto, o instrumento da descentralização por outorga a fim de constituir uma Empresa Pública ou uma Sociedade de Economia Mista, impondo-se a elas a submissão ao mesmo regime jurídico das empresas privadas⁵⁸⁴. Dessa forma, estará o Estado atuando de maneira associativa por outorga se criar uma Sociedade de Economia Mista, caso contrário, sua intervenção será de participação concorrencial não-associativa (Figuras 9 e 12).



Fonte: Elaborada pelo autor.

584 Recordar-se que tais entes da Administração Pública Indireta não se submetem aos mesmos rigores formais que incidem sob a Administração Pública Direta, configurando-se em grande atrativo para o Estado quando desejoso de concorrer com a livre iniciativa.

A figura 13 representa a atividade concorrencial do Estado na economia. Imagine que o quadrado grande seria a demanda de determinada atividade econômica que é prestada pela iniciativa privada. Quando o Estado estiver participando de maneira conjunta com a iniciativa privada, colaborando um com o outro de forma concorrencial, ou seja, propondo-se a disputar determinado setor com o privado, será ele representado por um círculo em que as linhas transversais o transpassam, eis que estará disputando o mercado e a demanda como se fosse um privado. É como se dentro da demanda existissem milhares de círculos, cada um representando uma pessoa física ou jurídica (empresa ou grupo de empresas) da atividade econômica em questão, e o Estado fosse apenas mais uma dessas pessoas que estaria no setor, possuindo o tamanho do círculo proporcional à demanda, isto é, equivalente à porcentagem de controle no mercado.

3.2.2.1.1 Estudo de setor: telecomunicações (flexibilização do monopólio estatal e suas formas de intervenção na economia)

O Estado brasileiro, na década de 1960, interveio diretamente na economia em uma série de setores. Não foi diferente com o setor das telecomunicações que teve por muitos anos uma intervenção prestacional de forma absorviva completa, por meio de uma Empresa Pública denominada EMBRATEL, posteriormente, transformada em Sociedade de Economia Mista. Além disso, criou a TELEBRÁS, tendo como finalidades precípuas (entre outras) a de planejar os serviços públicos de telecomunicação, de conformidade com as diretrizes governamentais e gerir a participação acionária do governo federal nas empresas de serviços públicos de telecomunicação.

Apesar do rígido controle estatal, os serviços de telecomunicação já admitiam a participação da iniciativa privada por meio de concessões, permissões ou autorizações. Ou seja, admitia-se uma intervenção prestacional participativa concorrencial. Verdade é que sempre houve uma considerável parcela dos serviços de telecomunicação sujeitos à participação da iniciativa privada, como os de telessupervisão, de radiocontrole e radiocomando, de radioamador, de rádio do cidadão, de radiotáxi (delegados sobre autorização), de radiochamada (delegados sobre permissão) e radiodifusão sonora e de sons e imagens-televisão (delegados sobre concessão).

Mesmo não existindo uma absorção exclusiva de toda a atividade, existia uma grande parte da mesma sob a forma de intervenção completa. Tal

estrutura era insustentável em termos de boa economia, pois o Estado não dispunha de recursos para recapitalizar suas várias empresas. Ademais, ao controlar empresas, em sua maioria, atuantes em setores estratégicos, poderia fixar suas tarifas de modo a manipular não só a política monetária, mas, igualmente, a política eleitoral. Tal situação criou, ao longo da história, uma incapacidade das empresas estatais de arcarem com as despesas necessárias a manter e ampliar, em quantidade e qualidade, os serviços públicos prestados, o que negava diretamente o princípio da eficiência, da economicidade e outros.

Daí justificar-se a opção governamental de flexibilização do monopólio que existia no setor das telecomunicações (Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995), deixando de ser obrigatória a concessão para “*empresa sob o controle acionário estatal*”, passando a delegar o serviço à iniciativa privada e, como complemento, desenvolvendo a atividade regulatória, para aprimorar-lhes a legitimidade.

Por conseguinte, uma vez adotado o mecanismo da desestatização, o poder público deixa de ser o executor da tarefa de atendimento, em concreto, dos interesses da coletividade, para limitar-se à definição da técnica de sua satisfação pelo agente privado e a controlar a execução das prestações. Desta forma, passa a iniciativa privada a assumir a condição de parceira do Estado no atendimento de suas finalidades no campo dos serviços públicos.

O Estado, que antes intervinha de forma muito mais prestacional, passou a intervir de forma não-prestacional, regulando a atividade como um todo com a criação da ANATEL⁵⁸⁵. Entretanto, não deixou de intervir de maneira prestacional na economia, continuando a exercer uma intervenção prestacional participativa concorrencial associativa, pois, além de possuir Sociedades de Economia Mista (EMBRATEL e TELEBRÁS), delega as atividades aos particulares para que esses a prestem em seu nome. Foi,

585 A ANATEL, no exercício da função regulatória, é incumbida constitucionalmente da implementação de políticas públicas. Nos regimes públicos, terá como atribuição, em especial, a universalização dos serviços de telecomunicações, sendo o contrato de concessão um instrumento clássico de regulação executiva e, portanto, de imposição dessas obrigações fixadas politicamente, com a fixação das consequências pelo seu inadimplemento (art. 82, LGT). Nos regimes privados, terá como principal atribuição controlar a atividade econômica para que não sejam cometidos abusos, ou seja, reprimirá o abuso do poder econômico, que irá mitigar condutas que basicamente objetivem dominar o mercado, restringir a concorrência ou obter um aumento arbitrário dos lucros, tudo com a intenção de criar estruturas de mercado favoráveis.

inclusive, por meio dos mecanismos da desestatização que se afirma que tal atividade passou a realizar uma intervenção muito mais não-prestacional do que prestacional; afinal, flexibilizou-se o monopólio e abriu-se o setor para a iniciativa privada.

3.2.2.2 Participação impositiva

Muitas vezes, a sociedade impõe a participação do Estado na prestação de determinadas atividades. Isso concretizando-se de tal modo: ou obriga o Estado a executar determinada atividade de forma absorviva, como já analisado; ou obriga que este intervenha de forma participativa - juntamente com a atuação da iniciativa privada. É essa intervenção prestacional participativa impositiva que agora interessa focalizar.

Intervém o Estado, nessa modalidade, por uma imposição constitucional/legal em determinada atividade, podendo prestar determinada atividade a partir de órgãos e instituições públicas da Administração direta, ou pode prestá-la por meio da Administração indireta, descentralizando, por outorga ou por colaboração, a prestação da atividade.

Para intervir em determinada atividade por imposição, o Estado poderá ou não se associar. Assim, pode intervir descentralizando por outorga, onde apenas estará se associando caso constitua uma Sociedade de Economia Mista; ou pode intervir descentralizando por colaboração, delegando o serviço público à iniciativa privada para que essa preste a atividade em seu nome, caso em que estará sempre se associando (Figuras 9 e 12).

Dentro dessa segunda possibilidade, ou seja, dentro da associação realizada por meio de uma descentralização por colaboração, a iniciativa privada poderá atuar com a inteira liberdade que lhe caracteriza. Logo, terá total possibilidade de almejar o lucro como principal objetivo, independentemente da atividade ser essencial ou não. Também, atuará de forma suplementar ou complementar. Quando estiver integrando o que faltou, ou melhor, quando estiver realizando algo a mais, acrescentando, adicionando, isto é, colocando-se no lugar do Estado para fazer algo que ele não pode ou não desejou fazer, estará atuando de forma suplementar. Ao passo que, quando se junta ao Estado para propiciar que determinada atividade passe a ser prestada de forma íntegra ou perfeita, estará atuando de maneira complementar.

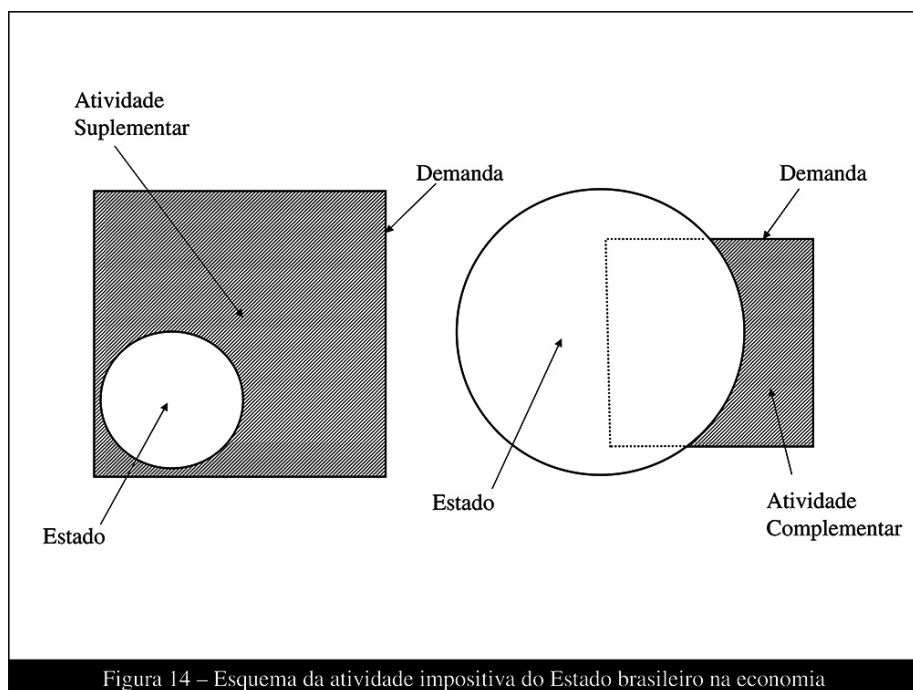


Figura 14 – Esquema da atividade impositiva do Estado brasileiro na economia

Fonte: Elaborada pelo autor.

A figura 14 ilustra essa atividade impositiva do Estado quando um particular, na qualidade de delegatário, presta a atividade de maneira suplementar ou complementar. Imagine-se ser o quadrado grande a demanda de determinada atividade econômica que é prestada pela iniciativa privada. Quando o Estado estiver participando de forma conjunta com a iniciativa privada, colaborando mutuamente por força de determinação impositiva, ou seja, por obrigação constitucional/legal, será ele representado por um círculo.

Ao lado esquerdo desta figura, está representada determinada atividade econômica cuja demanda é sanada pelo Estado, este representado por um círculo branco sem linhas transversais, pois não há, em sua prestação, nenhuma concorrência com o particular. Fora do círculo, cuja atividade é prestada pelo Estado que preenche a demanda de determinado núcleo da população, tem-se a atividade suplementar do particular nos limites da demanda da atividade, ou seja, as linhas transversais dentro do quadrado. Desse modo se configura porque o particular estará integrando a prestação

estatal de uma demanda que o Estado não se vê capaz de prestar ou não deseja prestar. No caso, enquanto o Estado realiza determinada atividade, cujo enfoque detém determinada demanda representada pelo círculo branco, a iniciativa privada irá acrescentar, ou melhor, adicionar a esta atividade, sua prestação. É como se dentro da demanda existissem milhares de círculos, cada um representando uma pessoa física ou jurídica (empresa ou grupo de empresas) da atividade econômica em questão e o Estado fosse o prestador obrigatório que não concorre com a iniciativa privada, mas que a ela delega determinado segmento da atividade – que pode ser o mesmo que ele realiza –, para que ela, de maneira concorrencial, possa suplementar a si. Ou seja, cada pessoa delegatária de tal atividade que exercer de forma suplementar a mesma estará competindo pelo mercado representado pelo quadrado da demanda.

Do lado direito da figura 14, tem-se a representação da atividade complementar do Estado. Nesta figura, vê-se um círculo branco que representa o Estado. Esse, dentro de suas competências, terá, também, a competência de determinada atividade econômica, representada pelo quadrado. Essa atividade econômica possui uma demanda que, por imposição constitucional ou legal, será sanada pelo Estado. Ocorre que a iniciativa privada poderá aderir ao Estado para fazer com que determinada atividade passe a ser prestada de forma íntegra ou perfeita, atuando, assim, de maneira complementar. Para tanto, não necessitará de uma delegação, ou seja, poderá complementar a atividade sem nenhum título habilitante específico. O que existe, nesses casos, não é uma simples delegação, porém a própria titularidade da atividade. No caso, o particular e o Estado exercem a titularidade de maneira concomitante, podendo o primeiro oferecer tais atividades sem nenhum título delegatório específico para tanto. Esse é o motivo pelo qual se representa com linhas transversais apenas a demanda concorrencial, pois nela existiriam muitas pessoas físicas ou jurídicas (empresa ou grupo de empresas) competindo pela mesma e, por conseguinte, complementando a obrigação estatal de prestar tal atividade.

3.2.2.2.1 Estudo de setor: saúde pública

Determina o art. 196 da CRFB que compete ao Estado zelar pelo bem-estar da sociedade, já que dispõe ser a saúde direito do indivíduo e dever deste.

Torna-se, pois, indispensável uma atuação pública efetiva no setor de saúde, que, frisa-se, é um direito social previsto na Constituição. Deve-se, portanto, viabilizar os meios para o atendimento do interesse público, construindo e mantendo hospitais, provendo-os de equipamentos, recursos humanos e materiais de serviços. Além de garantir a sua promoção por meio de políticas sociais e econômicas.

Os serviços de saúde pública são executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada. Quando exercidos diretamente pelo SUS, poderão ser prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta ou indireta ou podem, ainda, serem prestados por particulares por meio da terceirização, contrato ou convênio.

Melhor esclarecendo, não se despe o Estado de sua obrigação de prestar o serviço de saúde à população quando, para alcançar melhores resultados, descentraliza tanto para a Administração indireta (art. 37, XIX da CRFB) como para particulares, mediante terceirização (art. 197, CRFB)⁵⁸⁶, contratos ou convênios (art. 199, § 1º da CRFB), os serviços de saúde que está obrigado a realizar⁵⁸⁷. Pouco interessa ao cidadão saber quem construiu o hospital, se este é próprio do Estado ou alugado, quem fabrica os equipamentos e materiais de serviços, de que maneira os mesmos foram adquiridos, se os recursos humanos dos estabelecimentos de saúde possuem vínculos estatutários ou celetistas. O que interessa ao cidadão é que ele tenha assegurado o seu direito a um serviço

586 Certo é que para quaisquer dos tipos de descentralização necessária será a lei. Ora, se é exigida lei para transferência de uma atividade para a Administração Pública Indireta, com muito mais razão é necessária lei para a execução privada de quaisquer atividades.

587 A concessão e permissão, previstas nos art. 175 da CRFB, são hipóteses vislumbradas para os serviços públicos econômicos, ou seja, para os exploráveis comercial ou industrialmente, o que não ocorre no caso dos serviços de saúde que são desempenhados pelo Estado, universal e isonomicamente, logo, sem fins lucrativos. Ressalta-se que, por mais que sejam essenciais, tais serviços podem ser explorados com objetivo de lucro pelos particulares, desde que sejam realizados de forma concomitante, e assim o é, porque a Constituição não veta, e inclusive autoriza ao ditar que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199 da CRFB). Porém, no que toca ao setor de saúde, em regra, os usuários dos serviços prestados pelo Estado o recebem gratuitamente.

Além do que, quando se fala em “*meios próprios*”, não se quer dizer, apenas, pessoal próprio, mas, também, recursos próprios, tecnologia própria, equipamentos próprios e, mais importante, direção e risco próprios. A concessão ou permissão cabem quando há transferência desse conjunto de atribuições.

de saúde universal e igualitário, de maneira eficaz, por ser direito de todos uma adequada prestação de serviços públicos.

A opção por montar uma estrutura administrativa (órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação) ou incentivar o particular a exercer a função de interesse público depende, em grande parte, da discricionariedade do agente público⁵⁸⁸. No Brasil, onde se adota o presidencialismo, a direção superior da Administração é privativa do Presidente da República (art. 84, II da CRFB); ainda que para a criação de entidades haja necessidade de lei específica (art. 37, XIX e XX da CRFB), a ele cabe a iniciativa do processo legislativo (art. 61, §1º, II, e da CRFB)⁵⁸⁹. Entende-se, assim, que a decisão política acerca da melhor técnica do exercício da autorização legislativa depende da chancela do Chefe do Poder Executivo, que poderá, inclusive, estabelecer os contornos da desestatização pela via regulamentar.

588 O Supremo Tribunal Federal (STF), em Ação Direta de Inconstitucionalidade que versava sobre a autorização legislativa para a alienação, por Estado-membro, de ações de sociedade de economia mista, declarou que o “juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e avista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 234 UF: RJ - RIO DE JANEIRO, Fonte: DJ 15-09-1995 PP-29628 EMENT VOL-01800-01 PP-00023, Relator: Ministro Néri da Silveira, Data Publicação: 15/09/1995).

589 O Direito português adotou o chamado semipresidencialismo, ou como se prefere, um regime misto parlamentar-presidencial. Tal regime tem como elementos caracterizadores do traço parlamentar: a autonomia do governo, dirigida por um Primeiro Ministro como órgão de soberania institucional autônomo (art. 110 e 182 da CRP); a responsabilidade política do governo perante o Parlamento (art. 190 e 191 da CRP); e a referenda ministerial, na qual o Presidente da República e o governo partilham certas tarefas, cabendo a este último, através dela, comprometer-se politicamente quanto a certos atos (art. 140 da CRP). Já como elementos caracterizadores do traço presidencial, tem-se: a instituição de um Presidente da República eleito por meio de sufrágio universal, direto e secreto (art. 121 da CRP); o direito a veto político e legislativo do Presidente de República, embora não disponha de iniciativa legislativa (art. 136 da CRP); e a existência de poderes de direção política por parte do Presidente da República. Por fim, como traços de racionalização parlamentar-presidencialista, tem-se, no Direito português: a dupla responsabilidade do governo, uma vez que é responsável perante o Presidente de República e perante a Assembleia da República (art. 190 e 191 da CRP); e o direito de dissolução da Assembleia da República pertencente ao Presidente de República (art. 133 c/c 172 da CRP) (Vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003).

Portanto, no sistema adotado em Portugal, cabe ao governo a competência legislativa em matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento (art. 198, n.º 2, da CRP), além de caber a este o exercício da função administrativa (art. 199 da CRP), sendo o governo, desse modo, o competente para intervir diretamente na economia.

Desse modo, infere-se que a intervenção participativa impositiva obriga o Estado a prestar o serviço, mas concede total liberdade de optar como o realizará. Em síntese, a modelagem da prestação do serviço, centralizada ou descentralizada, e a técnica de descentralização para a Administração indireta - por terceirização, convênio ou contrato; serão opções discricionárias do Estado, as quais, após realizadas, comportarão, dependendo do caso, em exploração comercial e/ou transferência de gestão.

Ressalte-se que poderá o Estado transferir a gestão de unidades ou serviços a particulares por meio da terceirização, desde que a mantenha em funcionamento e que conserve o planejamento, a gestão e a fiscalização do Sistema Único de Saúde⁵⁹⁰.

Acrescente-se, ainda, que quando as disponibilidades estatais forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada com a realização de contratos ou convênios. Dessa forma, esses particulares passam a integrar o Sistema Único de Saúde (art. 1.º, 7.º e 24 da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990). Trata-se da hipótese de participação complementar, estatuída no art. 199, §1º da CRFB, que deve ser realizada assegurando-se a preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos.

Assim, a intervenção participativa impositiva do Estado nos serviços de saúde pública ocorrerá mediante terceirização, contrato ou convênio. Na primeira forma, busca-se um aumento de qualidade do serviço; nas duas últimas, o preenchimento de uma oferta insuficiente.

590 Para Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: Privatização, Concessões e terceirização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 249 a 284), a gestão hospitalar realizada por privados seria uma terceirização, pois, além da prestação de serviços dos "terceiros", a estes - e não ao Estado, mediante prévio concurso público e licitação - caberá a aquisição de bens e serviços e a admissão de pessoal. Como visto no âmbito da saúde, a terceirização é admitida por mandamento constitucional, inclusive a doutrina admite tal posição, defendendo o cabimento da terceirização, eis que a Administração deseja o serviço e não a pessoa física individualizada do prestador. Sobre as controvérsias de tal hipótese, afirma o autor (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 364) que haverá, sem dúvida, quem alegue a violação ao princípio do concurso público para a admissão de pessoal, ou da licitação, para as compras de bens e contratação de serviços. Também recorda que haverá polêmica quanto ao destino dos atuais servidores das unidades a serem transferidas ao particular. E termina (ibidem) referindo que a "flexibilidade da iniciativa privada, sob controle de resultados pelo Estado, pode ser uma alternativa viável (além de ser juridicamente válida) para a melhoria da qualidade dos serviços de saúde".

3.3 Atividade não-prestacional do Estado na economia

Sabe-se que o Estado tem aptidão para manifestar vontades. Sua concretização se realiza por meio do exercício das funções. Dessa forma, o poder político estabelece, na Constituição, as normas essenciais que regem a sociedade e a si mesmo, tratando-se da função constituinte. Em momento posterior, torna-se necessário rever a Constituição, de modo a adaptá-la, tratando-se da função reformadora. A Constituição circunscreve o desempenho das restantes funções (política, legislativa, jurisdicional e administrativa).

A função política traduz-se na prática de atos relacionados, de modo direto e imediato, ao poder político e às relações deste com outros poderes do Estado. A função legislativa, por sua vez, consiste essencialmente na atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa.

Subordinadas a essas duas primeiras funções, tem-se a função jurisdicional e administrativa. A função jurisdicional se encontra subordinada no sentido de não poder realizar escolhas essenciais da coletividade política⁵⁹¹, da necessidade de que as suas decisões encontrem um fundamento nas escolhas políticas previamente taxadas e de que não as contrariem, e ainda na necessidade de que suas decisões se reconduzam de forma coerente com o conjunto formado pelas opções constitucionais, políticas e legislativas. A função jurisdicional traduz-se basicamente na aplicação do Direito para dirimir conflitos de interesses. Por fim, a função administrativa, que é, por certo, a mais extensa, é tradicionalmente vista como a função que retrata atividade de gestão, a qual se espraia em todos os espaços nos quais não se desempenhem as outras funções. Toda atuação remanescente, atualmente, pode ser definida como a atividade pública contínua, realizada como regra por agentes do poder executivo e, excepcionalmente, dos poderes legislativo e judiciário, tendente à satisfação do interesse público presente, selecionada previamente pelas funções constituinte, reformadora, política e legislativa, mediante atos e comportamentos complementares destes para dar-lhe perfeita aplicação, submetidos ao controle jurisdicional.

591 Ao menos assim o é essencialmente, afinal, a falência do modelo positivista trouxe à tona o pós-positivismo jurídico, bem como a crescente existência de espaços de livre escolha do juiz e do administrador, essa última já admitida a tempo.

Todas as funções estatais possuem um caráter regulador, motivo pelo qual se entende que todas realizam intervenções não-prestacionais na economia, por ser a regulação o mecanismo existente para a mesma.

Regulação é um conceito amplo, com grande fluidez conceitual⁵⁹². Segundo Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais⁵⁹³ existe uma considerável controvérsia doutrinária sobre o conceito técnico-jurídico de regulação. Segundo os autores encontra-se generalizada na literatura jurídica e econômica anglo-saxônica um conceito amplo de regulação (*regulation*), como conceito que compreenderia qualquer forma de atuação do Estado que interfira com as forças de mercado e que, de algum modo, corrija as denominadas “falhas de mercado”, sendo tal função tradicionalmente prosseguida por meio de intervenção do Estado na economia. É, assim, espécie de intervenção do Estado na economia⁵⁹⁴ que visa

592 Neste sentido, Carlos Ari Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32) assevera que “o conceito exato dessa figura é ainda muito incerto e flutuante, inclusive na legislação”. Para Tony Posner (POSNER, Tony. Law and the regulators. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 3-7), regulação é o conjunto de atos de controle e direção de acordo com uma regra, princípio ou sistema que se desenvolve por intermédio de normas legais e outras medidas de comando e controle.

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

594 Vital Moreira (MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34 e 35) elucida ser a regulação um instrumento de intervenção do Estado na economia. E cita a definição de J. C. Strick, como a “imposição de regras e controles pelo Estado com o propósito de dirigir, restringir ou alterar o comportamento econômico das pessoas e das empresas, e que são apoiadas por sanções em caso de desrespeito”, de M. Moran, que dita ser o sistema pelo qual “a discricção dos indivíduos ou instituições é restringida por meio da imposição de normas (rules)” e, por fim, Francis que dita que a regulação é a “intervenção do Estado nas esferas de atividade privada, para realizar finalidades públicas”.

No mesmo sentido, Juan de la Cruz Ferrer (FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 126) afirma que a regulação é uma das formas de intervenção pública que restringe, influi ou condiciona as atuações dos agentes econômicos por razões de equidade ou de eficiência. Argumenta que esse conceito de regulação surgiu graças a uma atividade-chave, o serviço público, e, principalmente, o serviço público assentado sobre infraestrutura de rede, na qual não parece possível o desenvolvimento da livre concorrência por ser monopólio natural. Com a intenção de justificar esta afirmação, alude o autor (*ibidem*, p. 130-133) sobre as etapas de evolução dos serviços públicos. Observa que a primeira etapa foi de promoção, onde todos os governos faziam investimentos, construíam infraestruturas e implementavam os serviços, inclusive, fomentando a iniciativa privada para tanto. A segunda etapa foi a competitiva, onde os gestores não conseguiam obter da Administração direitos de exclusividade, ocasionando uma concorrência muito grande, mas os serviços eram deficientes e, ainda que se tivesse melhorado as práticas no estabelecimento de preços, as empresas não tinham aprendido as vantagens das economias de escala e conservaram um tamanho pequeno. A terceira etapa foi a do monopólio

orientar o *comportamento dos agentes econômicos para resultados que possam beneficiar toda a coletividade*⁵⁹⁵. Para Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais⁵⁹⁶ é possível a fixação e caracterização de um conceito geral de regulação jurídica da economia e o enuncia como:

o desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva – indirecta, porque se exclui a participação pública directa na actividade empresarial – incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela actividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos.

Para Vital Moreira⁵⁹⁷, regulação é um megaconceito, um supraconceito. Designa toda e qualquer operação externa pela qual o agente económico se vê obrigado a alterar a sua conduta. É toda ação da Administração pública que faz com que os operadores económicos adotem determinados e específicos comportamentos. Devido ao objeto da disciplina, o conceito limita-se à ação estatal em face dos agentes económicos, pois a regulação pode abranger outras esferas da vida pública

regulado, onde finalmente se conseguiu reconhecer com êxito os benefícios das economias de escala e do próprio monopólio. Neste ponto, surgiram as comissões reguladoras americanas para assegurar as vantagens do monopólio e para livrar o público de seus abusos. *“Bajo la regulación económica, la imagen pública de los servicios fue buena a medida que mejoró la calidad del servicio y su extensión y según fueron reduciéndose los precios debido a la regulación y a las economías de escala”*. Essa etapa inicia uma profunda crise nos anos 1970, momento em que surge a quarta e última etapa, a etapa da competitividade organizada e regulada, uma junção, portanto, da segunda com a terceira etapa, em que: *“se requiere un nuevo modelo donde la iniciativa empresarial y la competencia quedan liberadas de la regulación económica, pero proporcionando un nuevo marco de regulación civil (organización de la contratación y de los nuevos mercados) que articule las actividades competitivas con las que todavía no lo son (gestión de las redes exclusivas) y manteniendo la regulación administrativa necesaria para seguir garantizando la seguridad, salubridad, protección del medio ambiente, etc.”*.

595 Conforme Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 30) *“os particulares 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”*.

596 FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (coords.). *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 22.

597 MOREIRA, Vital. *Autoridades e instrumentos de regulação*. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Coimbra, outubro de 2006 – junho de 2007.

e privada. Por isso, afirma o autor, que o conceito de regulação compreende três subconceitos: regulamentação, supervisão e sanção. Regulamentação seria a regulação por meio da via normativa, que se exprime através da edição de normas⁵⁹⁸. É uma das vertentes, de sentido geral e abstrato, da regulação; supervisão, seria a monitorização do mercado e operadores económicos, ou seja, seria a implementação da aplicação das normas preestabelecidas; e, por fim, a sanção que nada mais representa a não ser a punição das infrações contra as normas estabelecidas.

598 Vale aqui recordar que o princípio da reserva de lei ou reserva parlamentar em determinados países, de acordo com o *Tribunal Constitucional espanhol*, é indubitoso que a atividade de segurança privada, que afeta diretamente o uso legítimo da força, deve ser regulada e supervisionada estreitamente pelos poderes públicos. Mas, a medida em que restringe liberdade, tal como a liberdade de empresa, além de levar a estabelecimento de condutas puníveis, essa regulação deve realizar-se por lei, ao menos em seus “*elementos medulares*”, pois, se não for assim, degradar-se-ia a garantia essencial do art. 25.1 CE (princípio da reserva de lei). No caso, o TC declarou inconstitucional o Real Decreto 880/1981, de 8 de maio, ao fazer uso de poderes sancionatórios não amparados suficientemente pela norma, com “*rango de ley*” viola o princípio da reserva legal (art. 25.1 da CE) (ESPANHA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 6/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/1/1994. Publicación BOE: 19940217 [«BOE» núm. 41]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, García-Mon, Gimeno, de Mendizábal y Cruz. Ponente: don Fernando García-Mon y González-Regueral. Número registro: 690/1992. Recurso tipo: Recurso de amparo).

Já para o *Tribunal Constitucional português*, ainda que a execução de um Decreto-lei possa ter reflexos no desenvolvimento da atividade económica, é evidente que normas que determinaram a “*caducidade*” das licenças de loteamento devidamente tituladas, designadamente por alvará, emitidas anteriormente à data da entrada em vigor de plano regional de ordenamento do território, que não forem confirmadas, não versam diretamente sobre a “*liberdade de iniciativa económica privada*”. E, de todo o modo, a lei a que se refere o art. 61, n.º 1, da Constituição só tem que ser uma lei parlamentar ou parlamentarmente autorizada no que se refere aos quadros gerais e aos aspectos garantísticos daquela liberdade. Não invadiu, portanto, a reserva parlamentar. Por tal motivo, não deu razão à recorrente inadmitindo a inconstitucionalidade orgânica. Quanto à questão de “*inconstitucionalidade material, relativa a liberdade de iniciativa económica*”, afirmou o TC que “*tal liberdade não sofre restrição pelo facto de ser proibido construir num determinado solo ou de isso apenas se poder fazer dentro de certos limites ou com determinados condicionamentos. De todo o modo, mesmo que deva entender-se que a dita liberdade foi nalguma medida limitada pelas normas sub iudicio, uma coisa é certa: a garantia constitucional da liberdade económica privada há-de exercer-se sempre “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral” (cf. art. 61, n.º 1, da Constituição). Ora, o interesse geral não pode deixar de atender às necessidades de ordenamento do território, pois que constitui tarefa fundamental do Estado “assegurar um correcto ordenamento do território [cf. o art. 9.º, alínea e), da Constituição]” (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 329/99, Processo: n.º 492/98, Plenário. Relator: Conselheiro Messias Bento, Data: 2 de Junho de 1999).*

Este entendimento foi reiterado nos acordãos: PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 360/2004, Processo: n.º 589/03, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Mário Torres, Data: 19 de Maio de 2004 e PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 517/99, Processo: n.º 61/95, Relator: Messias Bento, Data: 22 de Setembro de 1999.

Já Barry M. Mitnick⁵⁹⁹ dita que o elemento central do conceito de regulação é a “interferência” pública intencional nas opções abertas ao sujeito no desenvolvimento de uma atividade. E conceitua a regulação como um processo de restrição intencional da eleição.

A função normativa reguladora engloba a função constituinte reguladora, a função reformadora reguladora e a função legislativa reguladora, que são materializadas por meio de normas escritas (Constituição, Leis, Regulamentos, etc.)⁶⁰⁰, ou seja, por meio de proposições normativas emitidas de maneira

599 MITNICK, Barry M. *La economía política de la regulación*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 22 e 29.

600 O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que a intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica. Logo, ao fixar preço por meio da função normativa regulatória de determinada atividade em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor, é uma forma de empecilho ao livre exercício da atividade econômica, além de ser geradora de danos patrimoniais ao agente econômico com consequente obrigação de indenizar por parte do poder público (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 422941 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 24-03-2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-04 PP-00654 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 273-302, Relator: CARLOS VELLOSO, Data Publicação: 24/03/2006).

A *Corte Costituzionale italiana*, apesar da proibição de entrar em conflito com a utilidade social, afirma ser legítima a intervenção legislativa do Estado na economia que regula os preços de bens, serviços, benefícios e bens ao consumidor, desde que essa seja para proteger o mercado nacional e internacional. Em determinada decisão, julgou constitucional certa norma que atribuía a um comitê interministerial e comitês provinciais, a fixação de preços tendo em vista as turbulências produzidas pela II Grande Guerra na economia, estabilidade monetária e do valor real dos salários. Recordou que tal intervenção, na esfera da liberdade econômica, não era sem regras e sem garantias. Com efeito, o preço era precedido de um inquérito da Comissão Central (DLL 1946, n. 363, art. 2), que utiliza os resultados do custo dos bens, serviços e desempenho, feitos por inspetores autorizados especiais para examinar documentos, livros e correspondência das empresas em causa (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 103 de 25 GIUGNO 1957, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 8 luglio 1957. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 174 del 13 luglio 1957. Pres. AZZARITI - Rel. GABRIELI, Massime: 454, 455, 456 e 457). Ainda quanto à regulação e intervenção nos preços e margens de lucro em toda a cadeia de abastecimento de um determinado medicamento (fabricante, atacadista, farmacêutico) por parte do Ministério da Saúde, a *Corte Costituzionale italiana* afirmou que, pelo menos nos preços, estes são produtos que não dão lugar à concorrência. Ao analisar eventual violação ao direito à liberdade de iniciativa econômica dos produtores, considerou que o preço é resultado da imposição do desconto, que é determinada de forma a ter em conta os custos de produção e comercialização de medicamentos, bem como da mesma e ainda dentro da margem de lucro para os produtores, assegurada pela lei. E decidiu: “Il sacrificio imposto ai produttori dalle norme impugnate non è, pertanto, tale da determinare una illegittima lesione della libertà di iniziativa economica. La sfera di autonomia privata, d'altra parte, non riceve dall'ordinamento una protezione assoluta, sì che la sua lamentata compressione nella determinazione del prezzo non è costituzionalmente illegittima quando si riveli preordinata a consentire il soddisfacimento

formal e solene pelas autoridades públicas e que são publicadas como tais nos Diários Oficiais⁶⁰¹.

contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti. Nella specie, con l'imposizione dello sconto ai produttori, il legislatore persegue, in maniera né sproporzionata né inidonea, l'obiettivo di realizzare il contenimento della spesa sanitaria in vista del fine di utilità sociale costituito dalla garanzia del più ampio godimento del diritto alla assistenza farmaceutica, lasciando comunque all'imprenditore un più ridotto ma ragionevole margine di utile" (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 279 03 de luglio 2006, Giudizio: Giudizio Di Legittimita' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 07 de luglio 2006. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" del 12 de luglio 2006. Pres. MARINI - Rel. TESAURO, Massime: 30596, 30597 e 30598). O tema do conteúdo da liberdade de iniciativa econômica e da razoabilidade das medidas legislativas destinadas a comprimi-la foi tratado pela *Corte Costituzionale italiana*, por diversas vezes, além das referências acima, vide também: ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 190 de 6 - 14 giugno 2001, Giudizio: Giudizio Di Legittimita' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 14 de giugno 2001. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 24 del 20 giugno 2001. Pres. RUPERTO, Massime:26317 e 26330 e ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 35 de 15 GIUGNO 1959, Giudizio: Giudizio Di Legittimita' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 27 giugno 1959. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 155 del 2 luglio 1959. Pres. AZZARITI - Rel. PETROCELLI, Massime: 828. O *Conseil constitutionnel français*, quando diante de um caso em que se substituiu um regime contratual de segurança social por um legal, criando, portanto, um novo ramo da seguridade social, recorda a abertura ao legislador para limitar a liberdade de empresa desde que relacionada com requisitos constitucionais ou justificada pelo interesse público, acrescentando outra condição: que nenhum dano desproporcionado ao objetivo prosseguido seja realizado. Entendeu que a criação de um novo ramo da seguridade social foi concebida para melhorar a proteção social dos trabalhadores agrícolas que trabalham por conta própria, pois inclui a criação de ajudas de custo e uma pensão de morte, e até uma melhor indenização por incapacidade permanente. Assim sendo, decidiu que o legislador foi capaz de satisfazer as exigências das disposições do preâmbulo da Constituição de 1946, sem cometer, no exercício do seu poder discricionário, "*d'erreuer manifeste constitutive d'une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'entreprendre*". No mesmo caso, ao analisar a exigência de uma autorização ministerial à participação de seguradoras privadas ao funcionamento desse regime, analisou a questão de se essa autorização coincide com uma aprovação em que se deva satisfazer os termos dos regulamentos a que se apresentou, e de que a lei não define as condições para a concessão de tal autorização, além de não cobrar da autoridade administrativa a obrigação de motivar suas decisões. Entendeu que é aberto ao legislador definir os termos e as condições para a participação de particulares para o desempenho do serviço público criado por ele. Também afirmou que a obrigação de motivação já é uma obrigação legal sendo, portanto, desnecessária afirmar explicitamente tal obrigação. Além de entender que a concessão da autorização é estritamente objetiva e justificada, tendo em conta os requisitos de funcionamento do regime, não existindo, portanto, nenhuma violação a liberdade de empresa (FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2001-451DC. Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles. NOR: CSCL0105227S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: mardi 27 novembre 2001).

601 É oportuno mencionar que atualmente vive-se uma hipertrofia da produção normativa escrita, uma vez que a celeridade da produção normativa não é suficiente para afrontar as constantes mudanças, além da crescente desconfiança ao legislador formal, fazendo com que os olhos se voltassem a uma

A figura 15 ilustra essa função. Independentemente do fato das normas serem: normas princípios, normas diretivas, normas organizatórias, normas materiais ou normas garantidoras, representadas pelas linhas pontilhadas, três são os operadores deônticos que elas poderão vir a possuir. Assim, as normas impositivas são as que criam obrigações positivas de que sejam realizados os efeitos normativos relativamente a qualquer dependência constante da previsão, onde se impõem certos comportamentos que serão necessariamente cumpridos; normas permissivas são as que concedem alternativas entre realizar ou não uma determinada estatuição, afinal, além de ser permitido fazer o estipulado na estatuição, também será possível não o fazer, ou melhor, ter-se-á a alternativa dos seus contrários; e normas proibitivas, sejam quais forem os seus termos, dado que também só compreendem um operador num modo de obrigação, são as que proíbem a realização de determinada estatuição.

Pode a norma ser classificada de diversas formas, tais como geral ou especial, geral ou excepcional, superior ou inferior, primária ou secundária, princípio ou regra, fraca ou forte (*soft law* ou *hard law*).

As linhas pontilhadas da figura 15 representam as diferentes formas que a função normativa poderá adotar. A linha à esquerda traz diferentes tipos de normas em função do papel que cumprem. Na mesma figura, encontram-se, à direita, outras classificações de normas jurídicas, agora alternativas e disjuntivas, que se classificam de acordo com diferentes critérios, como especialidade,

vida jurídica baseada nos princípios, na justiça do caso concreto, na criatividade da função judicial, ou seja, a tendência para um sistema jurídico desformalizado e progressivamente não escrito.

Outro fato importante existente atualmente é a absorção pelo poder executivo da produção normativa, como se terá oportunidade de verificar mais adiante.

O que se verifica, na verdade, é uma ruptura do modelo clássico. Existe uma crise da estatalidade, uma vez que se permite que a produção de normas jurídicas seja realizada por e para sujeitos privados (autorregulações, por exemplo). Também existe uma crise da generalidade e permanência, com a criação das Leis-medidas (*Massnahmengesetz*), além da perda da perspectiva temporal das normas, pode hoje a norma atender a problemas concretos e singulares. Uma terceira crise existente é relacionada à unidade formal, tem-se um processo diversificado de elaboração, por existirem diversos centros de produção e variantes formais e materiais dos tipos de normas por cada órgão ou ente. Como quarta crise, pode-se citar a crise da unilateralidade, ressurgimento da forma de normatização passional, pactuação dos conteúdos de suas próprias normas, pois é ele a maior garantia de aplicação íntegra. Quinta crise é a da imperatividade, aparição de formas normativas de eficácia mais úteis, como as diretivas, que estabelecem fins e metas a lograr e as recomendações, norma que descreve uma conduta em si mesma não obrigatória. E por fim a crise do caráter linguístico, pela aparição de normas puramente descritivas ou definitórias ou expressadas em representações simbólicas de tipo não-linguístico.

cronológico, hierárquico, entre outros⁶⁰². Por fim, culmina a linha pontilhada nos diferentes operadores deônticos existentes nas normas, ou seja, de acordo com o mandato que elas contenham.

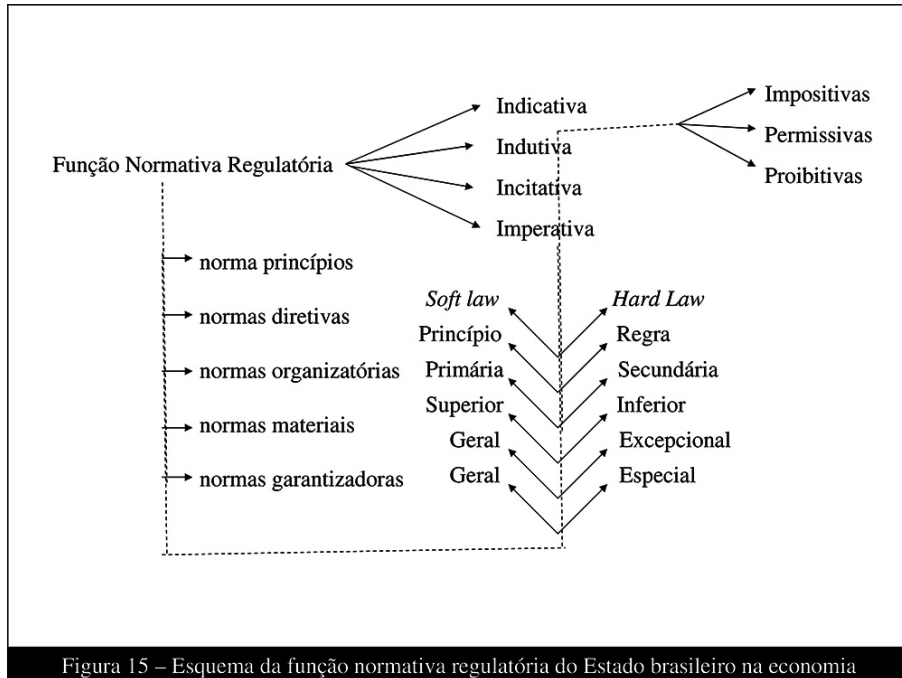


Figura 15 – Esquema da função normativa regulatória do Estado brasileiro na economia

Fonte: Elaborada pelo autor.

Por ser o legislador quem “*habilita*” as demais funções, terá ele uma grande discricionariedade para intervir na economia⁶⁰³. No entanto, está limitado a realizar os três tipos clássicos de intervenção não-prestacional do Estado na economia, quais sejam: intervenção indicativa, intervenção incitativa e intervenção imperativa (Figura 15). Não são tais critérios exclusivos, afinal,

602 Ressaltam-se as palavras de Juan Alfonso Santamaría Pastor (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Principios de derecho administrativo general. Madrid: Iustel, 2004, v. II, p. 241), que afirma que a adoção de um critério classificatório não é uma questão que deva ocupar excessiva atenção. Sendo todos, por definição, insuficientes ou inexpressivos, não cabe melhor solução prática que se ater às pautas habitualmente seguidas pela doutrina e ao menos a que tenha a vantagem de ser a mais comum na literatura científica.

603 Tal discricionariedade é limitada pelas normas jurídicas superiores, caso hajam, dependendo do caso pelos princípios gerais de Direito e pelas normas já existentes no ordenamento jurídico, mas sempre estará limitada pela vontade popular.

há medidas imperativas que também têm efeitos “laterais” incitativos e que por isso estariam, residualmente, também configurados dessa maneira. Aclara também a figura 15 que, dentre essas formas de intervenção, a primeira (indicativa) engloba ações não-normativas, ou seja, aquelas que não abarcam as discussões acerca da definição e elaboração de normas jurídicas. As demais (incitativa e imperativa) se enquadram dentro das ações normativas, entendendo-se essas como a definição e elaboração de normas jurídicas propriamente ditas que, como se sabe, podem ser impositivas, permissivas e proibitivas, daí porque as linhas pontilhadas terminam antes do termo “indicativa”, desejando representar que os operadores deônticos são apenas aplicáveis às intervenções incitativa e imperativa⁶⁰⁴.

604 Vale citar caso em que o *Conseil constitutionnel français* declarou-se contrário à Constituição francesa, artigo de índole imperativa da “*Loi de modernisation sociale*”. Tal disposição desejava alterar o Código do Trabalho, substituindo a definição de “*licenciement économique*” por outra definição assim redigida: “*Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d’une suppression ou transformation d’emploi ou d’une modification du contrat de travail, consécutives soit à des difficultés économiques sérieuses n’ayant pu être surmontées par tout autre moyen, soit à des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l’entreprise, soit à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l’activité de l’entreprise*”. Ostentou-se que a nova definição prevê apenas a três casos de demissão por razões econômicas, que isso limita eventuais situações, nas quais seja necessário assim agir para proteger a competitividade da empresa, impossibilitando às empresas de antecipar soluções para dificuldades econômicas. Além de sustentar que, ao conceder a possibilidade do tribunal substituir a decisão de demissão, estaria usurpando o poder discricionário do empresário. Considerando todas essas restrições, entendeu o conselho que o artigo tem o efeito de não autorizar a empresa a demitir apenas se a sua sobrevivência está em causa, decidindo: “*qu’en édictant ces dispositions, le législateur a porté à la liberté d’entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l’objectif poursuivi du maintien de l’emploi; que, dès lors, les dispositions de l’article 107 doivent être déclarées non conformes à la Constitution*” (FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2001-455DC. Loi de modernisation sociale. NOR: CSCL0205314S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: samedi 12 janvier 2002).

O *Tribunal Constitucional português*, ao analisar a constitucionalidade de norma que remetia eventuais conflitos de matriz disciplinar, entre os trabalhadores oriundos de antiga empresa pública (transformada em sociedade anônima de capitais exclusivamente públicos) e a entidade patronal, com a sua atual natureza jurídica de direito privado, para a jurisdição administrativa, entendeu que não se está perante uma iniciativa legislativa “*fraudatória*” do texto constitucional, cuja cassação se imponha, que de frontaram a problemática constitucional da intervenção do Estado na iniciativa privada. Decidiu por negar provimento ao recurso, entendendo não haver violação ao princípio da liberdade da iniciativa privada e do grau de intervenção mínima e excepcional do Estado no setor privado, acolhido nos nºs. 1 e 2 do art. 87 da CRP. Segundo o tribunal, a norma constitucional respeita à organização econômica do Estado, é expressão da sua constituição econômica, decorrendo a liberdade de conformação do legislador ordinário, neste domínio de intervenção do Estado, de

A função política regulatória realiza, quiçá, a intervenção não-prestacional

uma modelação constitucional que subentende um determinado *indiriz* político-legislativo seja na intervenção direta, em que o Estado se assume como agente económico, seja, indiretamente, na disciplina, orientação e controle da vida económica (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 114/00, Proc. n.º 300/1997, 1ª Secção, Relator: Cons. Tavares da Costa, Data: 22 de Fevereiro de 2000).

O *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, em decisão na qual se verificava a responsabilidade extracontratual da Comunidade por ilegalidade de regulamento relativo à organização comum de mercado de bananas e seus regime das importações, concluiu que a instauração de um método de gestão unificada dos contingentes pautais, como a prevista no regulamento relativo ao regime de importação de bananas na Comunidade, é efetivamente de natureza a modificar a posição concorrencial dos importadores de bananas países terceiros na medida em que, em aplicação do referido método, todos os operadores sem distinção podem importar bananas, seja qual for a origem. Todavia, embora os importadores de bananas países terceiros estejam desta forma em concorrência com os importadores de bananas ACP, eles deixam de estar sujeitos à redução de 30% das suas importações em benefício dos importadores de bananas ACP da categoria B, prevista no regime anterior. Além disso, é-lhes igualmente permitido, no quadro do novo regime, abastecerem-se de bananas ACP, não sendo as dificuldades invocadas para encontrar fornecedores que as abasteçam de bananas ACP de natureza a pôr em causa a legalidade de um regime que lhes reconhece precisamente o direito de importarem essas bananas no âmbito do contingente comunitário. De qualquer modo, que as restrições à faculdade de importação de bananas países terceiros, que resultam da abertura de qualquer contingente pautal e do seu mecanismo de repartição, são inerentes ao estabelecimento de uma organização comum de mercados que visa a garantir a salvaguarda dos objetivos referidos no art. 33 TCE (atual art. 39 TFUE) e o respeito das obrigações internacionais assumidas pela Comunidade. Essas restrições não são por isso de molde a infringir indevidamente o livre exercício das atividades profissionais dos operadores tradicionais de bananas países terceiros (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62003J0295. Segunda Secção. Acórdão de 30 de Junho de 2005. Processo C-295/03 P. Alessandrini Srl e outros contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 2005 página I-05673). No que respeita ao regime de importação de bananas na Comunidade, vale mencionar precedente que também determinava que tal restrição correspondia a um objetivo de interesse geral, que é o de lutar contra as práticas especulativas ou artificiais em matéria de emissão de certificados de importação, e não constitui, à luz desse objetivo, uma intervenção desmedida e intolerável que viole a própria essência do direito ao livre exercício de uma atividade profissional (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62002J0037. Segunda Secção. Acórdão de 15 de Julho de 2004. Di Lenardo Adriano Srl (C-37/02) e Dilexport Srl (C-38/02) contra Ministero del Commercio con l'Estero. Processos apensos C-37/02 e C-38/02. Colectânea da Jurisprudência 2004 página I-06911). Sobre o regime comunitário de importação de bananas, também não se pode deixar de mencionar o caso onde se discutiu as recomendações e decisões do Órgão de Resolução de Litígios da Organização Mundial do Comércio (OMC), que declarou a incompatibilidade do regime comunitário de importação de bananas com as regras da OMC. Tal órgão tratou da instituição pelos Estados Unidos da América de medidas de retaliação sob a forma de um direito aduaneiro extraordinário cobrado sobre as importações de certos produtos provenientes de diversos Estados-membros, medidas de retaliação autorizadas pela OMC. Sobre mais a respeito, vide: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62006J0120. Grande Secção. Acórdão de 9 de Setembro de 2008. Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America, Inc. (C-121/06 P)

mais importante de todas, apesar dos atos políticos não se projetarem de modo direto e imediato para fora do universo público. Portanto, não contém, em si mesma, definição, elaboração ou execução de normas jurídicas.

É inegável que, no Estado, se praticam atos que são anteriores às normas jurídicas ou independentes delas. São esses atos realizados pela função política regulatória, a qual define a orientação governativa em debates parlamentares ou conselhos de ministros, estabelecendo programas de ação ou fixando objetivos que posteriormente serão prosseguidos por normas jurídicas. Exercida pelos órgãos superiores do Estado define ideais coletivos, escolhe os objetivos concretos a realizar em cada época e os meios a empregar, mantém o equilíbrio constitucional, defende os interesses nacionais na ordem externa, garante a segurança do Estado, entre outras funções.

O princípio fundamental da função política é o interesse público. A característica do seu exercício é a liberdade de opção entre várias soluções possíveis, que, uma, ao ser escolhida, automaticamente, significa a rejeição das outras opções.

A adoção de certa política pública representa o processo político de escolha de prioridades para o governo ou para o Estado, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo definido ou não⁶⁰⁵.

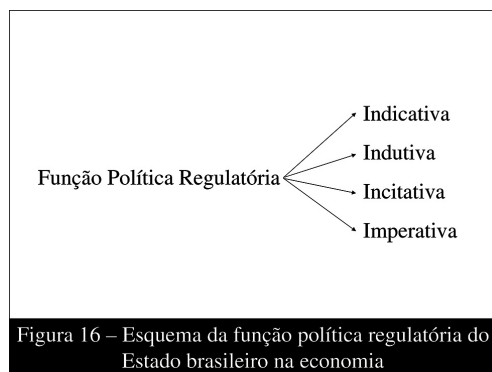
Assim, a função política regulatória poderá ser definida como a atividade dos órgãos superiores do Estado, cujo objeto direto e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e prossecução do interesse público mediante a livre escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis.

A figura 16 ilustra de maneira simplificada a função política regulatória. É certo que ao exercer essa função estará o Estado intervindo na economia, podendo realizar-la de forma indicativa, incitativa e imperativa. Essa última só

contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias. Processos apensos C-120/06 P e C-121/06 P. Colectânea da Jurisprudência 2008 página 00000.

605 Entre as políticas públicas, cabe diferenciar as políticas de Estado das políticas de governo. Enquanto esta última possui relação com o mandato eletivo; a primeira pode atravessar vários mandatos. Assim, enquanto a política de governo corresponde a um conjunto articulado de intenções de autoria do grupo político vencedor do processo eleitoral que assumirá e responderá, por um período determinado de tempo, o controle do Estado, a política de Estado é resultado de uma tomada de consciência da classe política e da sociedade em determinado assunto, de tal modo que, mesmo mudando o governo, a ideia não é abandonada nem tem seus princípios distorcidos, permanecendo no tempo, independentemente do grupo político que estiver no governo.

ocorre quando a política pública se transforma em norma, possuindo assim um caráter coercitivo⁶⁰⁶.



Fonte: Elaborada pelo autor.

Uma vez traçadas as políticas públicas e as normas jurídicas, torna-se impossível evitar conflitos de interesse. Para manter a paz social tem-se a função jurisdicional, ou melhor, a função de declarar e realizar, de forma prática, a vontade das normas e opções políticas diante de uma situação jurídica controvertida⁶⁰⁷. Certo é

606 Em ação relativa à lei que visava a reduzir o tempo de trabalho na França, onde se alegava que tal redução era uma maneira de forçar o empregador a utilizar, para a mesma produção, um maior número de trabalhadores e que tal maneira de tentar reduzir o desemprego era abusiva e injustificada, afetando entre outros direitos a liberdade de empreendimento e o direito do trabalho e de seu salário, o *Conseil constitutionnel* francês decidiu pela constitucionalidade afirmando que o impacto da entrada em vigor dos arts. 1º e 3º da referida lei aos contratos de trabalho e das convenções coletivas em curso são, na verdade, inerentes às mudanças da legislação trabalhista, não sendo susceptíveis de comprometer qualquer ataque a tais princípios (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 98-401DC. Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. NOR: CSCL9803034S. Votos: MM Roland DUMAS, président, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Yves GUÉNA, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M Pierre MAZEAUD et Mme Simone VEIL. Data: mercredi 10 juin 1998). Em outro caso similar, porém relativo à redução negociável do tempo de trabalho, na qual a norma cria uma variação de horas de trabalho onde a carga horária semanal não deve exceder uma média de trinta e cinco horas trabalhadas por semana e o limite anual é de 1.600 horas, decidiu o *Conseil constitutionnel* não ser contrário à Constituição (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 99-423DC. Loi relative à la réduction négociée du temps de travail. NOR: CSCL9903933S. Votos: M. Yves GUÉNA, MM. Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M. Pierre MAZEAUD et Mme Simone VEIL. Data: jeudi 13 janvier 2000).

607 Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1, p. 37) afirma que a jurisdição se apresenta como atividade estatal “secundária”, “instrumental”, “declarativa ou executiva”, “desinteressada” e “provocada”: “Diz-se que é atividade ‘secundária’ porque, através dela, o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido primariamente exercida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida à decisão. É ‘instrumental’ porque, não tendo outro objetivo principal, senão o de dar atuação prática às regras do direito, nada mais é a jurisdição, do que um instrumento de que o próprio direito dispõe para impor-se à obediência dos cidadãos. O órgão jurisdicional é, na verdade, convocado para remover a incerteza ou para reparar a transgressão, mediante um juízo que se preste a reafirmar e restabelecer o império do direito, quer declarando qual seja a regra do caso concreto, quer aplicando as ulteriores medidas de reparação ou de sanção previstas pelo direito. Exercita, de tal sorte, a jurisdição, vontades concretas da lei nascidas anteriormente ao pedido de tutela jurídica estatal feito pela parte no processo, o que lhe confere o caráter de

que, muitas vezes, para resolver os litígios o Estado intervém, direta ou indiretamente, na economia, chama-se tal função de função jurisdicional reguladora.

Certo é que a atualidade vem forçando o profissional aplicador das normas jurídicas a tomar posição como agente político e não meramente como a voz do Direito⁶⁰⁸. No entanto, mesmo com as mudanças na concepção tripartida dos poderes, a função jurisdicional só atua diante de casos concretos de conflitos de interesses (lide ou litígio)⁶⁰⁹ e, sempre, na dependência da invocação dos interessados. Tal jurisdição é dita como contenciosa, mas, ao poder judiciário, também são atribuídas funções graciosas, chamadas de jurisdição voluntária, onde predomina o caráter administrativo e que são desempenhadas sem o pressuposto do litígio. Nelas o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados. Não há partes nem contraditório; não há processo, lide, ação nem coisa julgada. Há apenas um procedimen-

atividade 'declarativa' ou 'executiva', tão-somente. [...] Embora a jurisdição seja função ou atividade pública do Estado, versa sobre interesses-privados - direitos materiais subjetivos das partes -, donde não ter cabimento a prestação jurisdicional, a não ser quando solicitada, nos casos controvertidos, pela parte interessada. Daí dizer-se que a jurisdição é atividade 'provocada' e não espontânea do Estado: ne procedat iudex ex officio".

Sendo a jurisdição atividade estatal provocada e da qual a parte tem disponibilidade, pode, a lide, encontrar solução por outros caminhos que não a prestação jurisdicional, apenas para citar como exemplos, sem aprofundar, por não ser objeto do presente trabalho, tem-se a arbitragem, a mediação, a conciliação e transação, como processos de resolução extrajudicial e legítima defesa ou desforço imediato como processo de autotutela.

608 Luiz Werneck Vianna (VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15-70) expõe as correntes da chamada judicialização das políticas públicas, que encontra seu fundamento no primado da supremacia da Constituição que apenas a aplica, exercendo sua função de aplicação da norma jurídica, não invadindo, por conseguinte, o âmbito da função executiva. Afirma o autor que a corrente procedimentalista entende que o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania, pois envolve uma postura paternalista do Estado no sentido de deixá-lo como simples destinatário de direitos e não como autor. Já a corrente substancialista entende que o judiciário precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado e passar a ser o intérprete do justo na prática social. Se as políticas ganharam mais relevância que a própria lei, o judiciário necessita constituir-se em poder estratégico, capaz de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais; e não interesses hegemônicos específicos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ressalta, por sua vez, que o poder judiciário pode implementar políticas públicas, desde que haja omissão por parte dos demais poderes. E tal omissão se dá na ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 2010 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 12-04-2002 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086, Relator(a): CELSO DE MELLO).

609 Ressalta-se que não são todos os conflitos de interesses que se compõem por meio da jurisdição, mas apenas aqueles que configuram a lide ou litígio. Existe lide e litígio quando ocorre um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

to e interessados. A função da jurisdição voluntária não é reparar direitos violados, mas constituir direitos que só se formam com a intervenção do Estado, motivo pelo qual não há sentenças, mas resoluções ou decisões, que se manifestam sobre pedidos⁶¹⁰.

Essa função não possui um papel direto de intervenção ativa e permanente na satisfação do interesse público. Corresponde-lhe mais bem decidir o que é direito, no caso concreto, e quando surgir discrepância entre os sujeitos afetados ou interessados e a solicitude de qualquer desses. Quer isso dizer, pois, que o papel dessa função é de intervenção aleatória e regada em casos concretos.

A análise econômica do Direito, em sua vertente descritiva, põe de manifesto como as decisões judiciais estão fortemente influenciadas pela racionalidade econômica e como, em jurisprudências, podem-se encontrar explicações jurídicas como também econômicas e de eficácia⁶¹¹.

A figura 17 retrata a função jurisdicional regulatória do Estado brasileiro. Começando pelo lado esquerdo do esquema, pode-se observar que, ao longo das linhas pontilhadas, primeiramente, existem as duas possibilidades de resolução de conflitos fora da prestação jurisdicional, a resolução extrajudicial e a autotutela. Em seguida, restam aludidos os dois tipos de jurisdição existentes, a contenciosa e a voluntária.

610 Há quem negue que seja a jurisdição voluntária uma autêntica jurisdição, sustentando que todas as suas funções poderiam ser desempenhadas por autoridades administrativas, que ela nada apresenta de específica que justifique ser exercida pelas autoridades judiciárias, porque os seus atos nada têm de jurisdicionais.

611 A análise econômica do Direito, como teoria específica do Direito, tem duas vertentes distintas: uma descritiva e outra normativa. Essa última pretende dizer como devem ser as normas, realizando uma crítica econômica das consequências das mesmas, e como deve se interpretar, proporcionando critérios econômicos que sirvam de cânones interpretativos e como instrumento para a resolução de casos difíceis. Em sua vertente descritiva, por conseguinte, a análise econômica pretende proporcionar uma explicação adequada do Direito a partir de um ponto de vista econômico. Richard A. Posner (POSNER, Richard A. *Economic analysis of Law*. 7. ed. Austin: Wolters Kluwer for Aspen Publishers, 2007, p. 523 e 524) alude sobre uma mão invisível guiadora das decisões judiciais. Para esse autor, as teorias econômicas têm uma surpreendente capacidade explicativa das decisões judiciais e de outras questões jurídicas. De acordo com o autor, “*judge-made rules tend to be efficiency-promoting*”. Isso se explica, segundo o autor, devido ao tipo de processo por meio do qual o judiciário exerce suas funções: “*A judge [...] is unlikely to decide a case on the basis of which of the parties is the “better” person [...] considerations pertaining to the parties relative deservingsness (wealth, poverty, good breeding, etc.) are, so far as possible suppressed. Moreover, a judgment based on such considerations would be difficult to rationalize in a judicial opinion [...] Almost by default the judge is compelled to view the parties as representatives of activities [...] In these circumstances it is natural that he should ask which of the competing activities is more valuable in the economic sense*”.

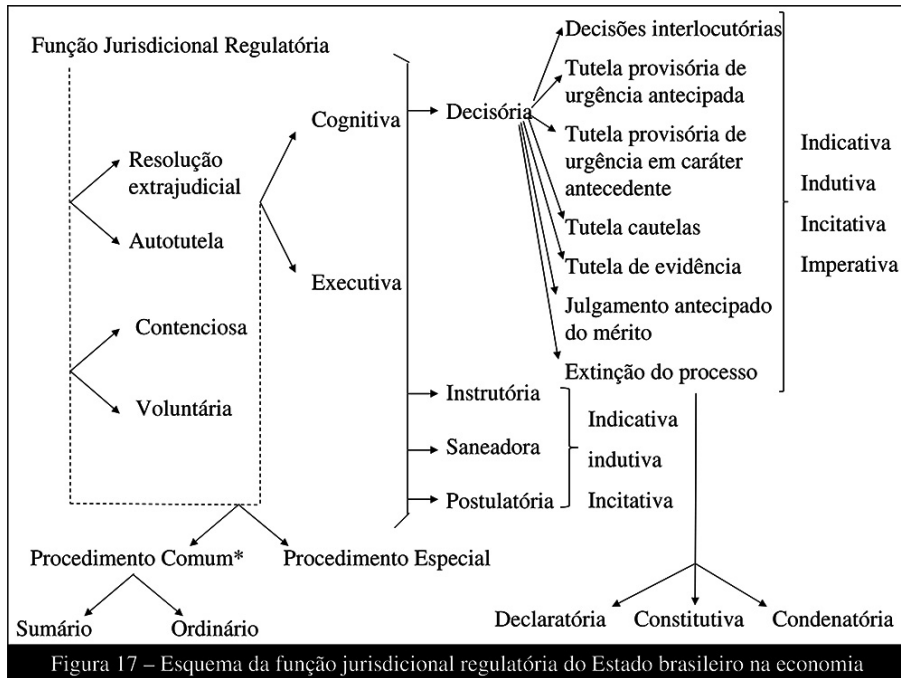


Figura 17 – Esquema da função jurisdicional regulatória do Estado brasileiro na economia

Fonte: Elaborada pelo autor.

Para cumprir a tarefa de resolução de casos concretos de conflitos de interesses, o Estado utiliza método de atuação próprio, que é o processo, o qual consiste de um conjunto de atos conexos, sistemáticos e ligados entre si, que formam o procedimento judicial (a forma de agir em juízo). A disciplina é também chamada, pelo Direito Processual, de Direito Formal, pois serve para fazer valer o Direito Material.

A figura 17, ainda em suas linhas pontilhadas, também explicita o aspecto extrínseco do processo, no sentido de que ele se exterioriza em procedimentos que podem ser comum e especial, onde o procedimento comum, por sua vez, pode ser sumário (art. 275 do Código de Processo Civil – CPC) e ordinário⁶¹².

612 Para maiores esclarecimentos sobre os distintos tipos de procedimentos vide: GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1.

Há diversas classificações sobre processo, contemplando diferentes critérios, porém, interessa neste momento, apenas, a classificação que leve em conta o tipo de prestação jurisdicional invocado, ou seja, o tipo de providência que o autor pretende do juiz. Desse modo, as linhas pontilhadas desta figura terminam exatamente com a providência almejada pelo autor, que pode ser: cognitiva ou de conhecimento, de execução ou cautelar.

A ação de cognição provoca a instauração de um processo de conhecimento, que busca o pronunciamento de uma sentença através da aplicação da regra jurídica adequada a disciplinar o objeto do processo. Objetiva a prolação de uma sentença que declare, entre os contendores, quem tem ou não razão. A partir dela, as partes levam ao conhecimento do juiz suas alegações, esgrimem seus argumentos, produzem provas destinadas a demonstrar os fatos a fim de que o juiz, ao possuir uma visão global da situação, firme sua convicção e formule uma regra jurídica aplicável ao caso concreto, que se torna lei entre as partes (arts. 468 e 472 do CPC), então, tornando-se imutável e indiscutível dentro e fora do processo em que foi proferido (art. 467 do CPC). A isso se chama coisa julgada material, que tem como pressuposto a coisa julgada formal, a qual consiste, basicamente, da preclusão dos prazos recursais.

São três os tipos de ações cognitivas: declaratória, constitutiva e condenatória. A ação declaratória destina-se a declarar, apenas, a existência ou não de relação jurídica⁶¹³. Visa alcançar a uma certeza jurídica, revestida pela autoridade da coisa julgada; logo, o juiz somente reconhece uma situação jurídica preexistente, por isso seus efeitos operam-se retroativamente, ou seja, *ex tunc*⁶¹⁴. A ação constitutiva é aquela que, além da declaração do direito da parte, cria, modifica ou extingue um estado ou uma relação jurídica material. Os efeitos da decisão proferida numa ação constitutiva não se operam retroativamente (*ex nunc*), com exceção dos atos anuláveis; afinal, nesses o Código Civil brasileiro prevê expressamente que implicam no retorno ao *status quo ante*. Por fim, a ação condenatória é a que busca não apenas a declaração do direito subjetivo material do autor, mas também a formulação de um coman-

613 A ação declaratória não se presta à declaração de fato, e a única exceção está prevista no inciso 2º, do art. 4º, do CPC, é a autenticidade ou falsidade de documentos.

614 A ação declaratória pode ser proposta preventivamente (parágrafo único do art. 4º do CPC) ou ainda incidentalmente (art. 5º do CPC). No último caso, representa uma cumulação sucessiva de pedidos, para ampliar o alcance da coisa julgada, levando sua eficácia também para a questão prejudicial, que se tornou litigiosa após a propositura da ação principal (art. 470).

do que imponha uma prestação a ser cumprida pelo réu; conseqüentemente, é aquela que almeja a aplicação da regra sancionadora do mandamento legal. Faz-se, portanto, uma dupla declaração: a do direito do autor e a declaração a respeito da sanção aplicável ao réu. Tendo em vista que não ocorre a efetiva aplicação da sanção, mas somente a declaração da penalidade aplicável, não se verifica nenhuma alteração real no mundo exterior. Deduz-se, portanto, que a finalidade e a peculiaridade da ação condenatória concernem à geração de um título executivo judicial.

Entretanto, apesar de ter seu direito proclamado por sentença judicial transitada em julgado ou afirmado por um título extrajudicial, pode o credor continuar sem a satisfação de seu direito. Diante disto, deverá ingressar com uma ação de execução. Neste processo, o órgão judicial desenvolverá a atividade material tendente a obter, coativamente, o resultado prático equivalente àquele que o devedor deveria ter realizado com o adimplemento da obrigação. Portanto, ação de execução, em regra, não há discussão de mérito, produção de provas e nem prolação de sentença (de mérito)⁶¹⁵. Ocorre apenas a prática de atos concretos de modificação no mundo exterior, destinados a satisfazer o direito do credor, o qual é representado por um título executivo (judicial ou extrajudicial) líquido, certo e exigível (arts. 581, 584 e 584 do CPC)⁶¹⁶.

Ressalte-se que a verificação do direito do autor, no processo de conhecimento, implica, necessariamente, numa certa morosidade. Isto ocorre por vários motivos, dentre eles: em face dos prazos estipulados; aos princípios constitucionais, como o do contraditório e da ampla defesa; bem como em decorrência da morosidade judicial. Fato é que tal demora pode acarretar, ao final, em lesão irreparável no direito do autor ou, até mesmo, seu perecimento, tornando inócua a providência jurisdicional. Para evitar que isso ocorra é possível a propositura de ação cautelar, que provoca o surgimento de um processo cautelar.

615 Embora na execução não se admita qualquer discussão de direito, a lei põe à disposição do devedor um meio de defesa: embargos à execução. Os embargos são uma verdadeira ação autônoma e conexa à ação de execução; tem a natureza jurídica de ação constitutiva negativa e tem como condição especial a penhora na execução. A matéria que pode ser arguida nos embargos à execução, fundada em sentença, é limitada aos incisos do art. 741 do CPC. Isso não ocorre nos embargos à execução fundada em título extrajudicial; neste caso, não há limitação (art. 745 CPC).

616 Recordar-se de que quem possui uma prova escrita de dívida, sem eficácia de título extrajudicial, pode ingressar com a recém-criada ação monitória (art. 1102A do CPC). Dependendo da reação do devedor, a ação monitória acarretará enorme economia processual, porque, ficando revel, constitui-se de pleno direito, título executivo judicial.

A ação cautelar se presta a assegurar o eficaz desenvolvimento e o profícuo resultado das outras duas funções (cognição e execução)⁶¹⁷, por isso tem como pressupostos básicos o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*⁶¹⁸.

Resumidamente, pode-se referir que a ação de conhecimento visa a uma certeza jurídica, a ação de execução busca uma satisfação e a ação cautelar propicia uma segurança (Figura 17).

No centro da figura 17, observa-se um colchete englobando os três tipos de processo, o símbolo evidencia que eles podem ser subdivididos em fases, quais sejam (de baixo para cima): fase postulatória, fase saneadora, fase instrutória, fase decisória⁶¹⁹. Qualquer dessas fases poderá influenciar em maior ou menor grau a economia. Assim, havendo influência, estar-se-á diante da função jurisdicional regulatória, isto é, aquela função que realiza intervenções não-prestacionais na economia. Seja pela força de quem os realiza, seja pela forma na qual se realizam, seja pelo tempo utilizado ou pelo momento de sua realização; todos os atos processuais, por mais irrisórios que pareçam ser, podem de alguma forma intervir de forma indicativa, incitativa e imperativa na economia.

617 O código prevê, nos arts. 813 a 889 do CPC, procedimentos cautelares específicos e nominados, todavia o juiz pode admitir e conceder outras medidas cautelares não previstas expressamente em lei; basta que estejam preenchidos os pressupostos legais (art. 798 do CPC).

Salvo raríssimas exceções (encontradas no Direito de Família), a ação cautelar nunca é autônoma, tanto que, deferida a liminar, o autor tem o prazo de 30 dias para propor a ação principal, sob pena de perda de eficácia (art. 806 e 808 do CPC). Na petição inicial da ação cautelar, o autor deve mencionar qual será a futura ação principal, sob pena de rejeição. Proferida a sentença de mérito na ação principal, cessa a eficácia da medida cautelar, de acordo com art. 807 e 808 do CPC.

Na ação cautelar, o juiz pode conceder medida em caráter excepcional sem ouvir a parte contrária, *inaudita altera pars* (art. 804 do CPC). Lembra-se, constituindo isso uma grave restrição ao constitucionalmente assegurado princípio do contraditório, apenas, em casos excepcionais poderá ser deferido.

618 Ressalta-se a existência da antecipação da tutela, que é requerida no próprio processo de conhecimento, com requisitos mais rigorosos e rigidamente aferidos do que numa ação cautelar. Na ação cautelar, deve-se demonstrar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Na antecipação da tutela, é indispensável a prova da verossimilhança da alegação, além dos requisitos dos incisos I e II do art. 273 do CPC. Enquanto na cautelar, requer-se uma providência acessória, destinada a tornar eficaz a pretensão do processo, na antecipação se pretende uma espécie de adiantamento desta própria pretensão.

619 Recordar-se que nenhuma dessas fases é praticada com exclusividade de atos da natureza que deram origem a denominação. Para maiores esclarecimentos sobre essas distintas fases, vide: GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito processual civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1.

Verdade é, porém, que a fase postulatória, saneadora e instrutória, exerce, preponderantemente, uma intervenção indicativa. As formas de intervenção incitativa ou imperativa são exclusividades da fase decisória, pois haverá nelas atos processuais decisórios ou atos processuais de conclusão/extinção, ou seja, haverá uma manifestação de vontade decisória do juiz/desembargador/ministro (decisão interlocutória, sentença, acórdão) ou uma manifestação de vontade dispositiva das partes (renúncia, transação, desistência, reconhecimento jurídico do pedido)⁶²⁰.

Percebe-se, no entanto, que, na figura 17, há uma chave englobando essas três fases (postulatória, saneadora e instrutória), indicando ser possível uma intervenção indicativa e incitativa. Isso significa que sob tais fases o Estado poderá indicar uma direção que pretende tomar sem impor nada à parte, mas deixando, por vezes, clara qual será sua decisão final, o que poderá trazer influências na economia. Neste caso, observe-se que também haverá uma intervenção incitativa, pois o Estado juiz, ao deixar claro seu posicionamento, seja por despacho, a partir de alertas em audiência; seja por reiteradas decisões anteriormente prolatadas, pretende angariar o engajamento de uma das partes à sua vontade.

Todavia, são os atos processuais decisórios ou de conclusão/extinção que mais interessam, pois só eles podem gerar coisas julgadas, que imutabilizarão os efeitos dos julgados implicando no impedimento de novo ajuizamento da mesma demanda, salvo se comprovada qualquer nulidade do processo ou diante do advento de prova superveniente. É inclusive essa característica que possibilita o judiciário intervir de maneira impositiva, pois, aqui, o Estado estará obrigando que a parte atue de determinada maneira, de forma cogente.

Assim, ter-se-ão diferentes formas ou modalidades de intervenção do Estado na economia⁶²¹, dependendo do conteúdo desses atos - caso se esteja diante de

620 Alerta-se que, quanto à eficácia, os atos das partes podem ser de eficácia imediata (art. 158 do CPC) ou de eficácia após a homologação pelo juiz (arts. 158, parágrafo único; 449 e 584, III, todos do CPC).

621 Ressalta-se que, ultrapassadas as providências preliminares, ainda que nenhuma delas tenha se feito necessária (o que é previsto no art. 328 do CPC), passa-se ao momento do julgamento conforme o estado do processo. Inevitavelmente, será proferida uma decisão, seja esta uma sentença (com ou sem resolução do mérito), seja uma decisão interlocutória.

Trata-se de julgamento conforme o Estado do Processo, a “*extinção do processo*” (art. 329 do CPC), o “*julgamento antecipado da lide*” (art. 330 do CPC) e o “*saneamento do processo*” (art. 331 do CPC).

Ocorrerá a extinção do processo se tiver alguma das hipóteses do art. 267 (extinção do processo sem resolução do mérito) ou do art. 269, incisos II a V (extinção do processo com resolução do mérito). Na

decisões meramente declaratórias, que apenas declaram o direito existente ou uma relação jurídica; constitutivas, que reconhecem a existência de um direito, modificando uma relação jurídica, para extingui-la ou transformá-la; ou condenatórias, que permitem a instauração de uma execução forçada, casos de réu condenado a uma prestação, positiva ou negativa.

As decisões interlocutórias (art. 162, §2º do CPC), a princípio, por constituírem ato por meio do qual o magistrado decide questões incidentais, não

primeira hipótese, haverá uma sentença terminativa, ou seja, sentença que ponha termo ao processo sem resolução do mérito. Na segunda hipótese, será proferida sentença definitiva, extinguindo-se o processo com resolução do mérito.

Não se fazendo presente qualquer das hipóteses de “*extinção do processo*”, nos termos do art. 329, deve o juiz passar à análise do art. 330, para que se saiba se o “*juízo antecipado da lide*” se revela adequado para o processo em exame. Assim sendo, preferirá o magistrado uma sentença definitiva, que seja capaz de pôr termo ao processo com resolução do mérito, apreciando o pedido do autor para o acolher ou rejeitar. Trata-se, pois, de caso de extinção do processo com resolução do mérito, apoiada no disposto no art. 269, I, do CPC.

Não sendo caso de incidência de quaisquer das modalidades anteriormente apreciadas de julgamento conforme o estado do processo, por exclusão, deverá ser aplicado o disposto no art. 331, do CPC, ou seja, deverá ser designada uma audiência preliminar, a se realizar no prazo máximo de trinta dias. Incide-se tal dispositivo apenas nos casos em que seja incabível quaisquer das modalidades anteriores. Trata-se, em verdade, de ato processual de tríplice finalidade: conciliação - saneamento - organização da instrução. Resumidamente, obtida a conciliação, deve esta ser tomada por termo e homologada por sentença. Não sendo, por qualquer motivo, alcançada a conciliação, deve o juiz sanear (*rectius*, declarar saneado) o processo e organizar a instrução (o que se faz mediante a fixação dos pontos controvertidos, deferimento das provas que serão produzidas e designação, se necessário, de audiência de instrução e julgamento).

Presentes as partes (ou seus procuradores habilitados), deve-se buscar a conciliação. Obtida esta, pode-se ter verdadeira transação (quando houver, de parte a parte, concessões mútuas), bem como renúncia à pretensão (por parte do demandante) ou reconhecimento da procedência do pedido (por parte do demandado), sendo certo que todos estes resultados levarão à extinção do processo com resolução do mérito. Pode, ainda, ocorrer de a conciliação ser alcançada e produzir, como resultado, a desistência da ação, mantendo-se intacta a pretensão do autor, uma vez que não se tocará na *res in iudicium deducta*. Nesta hipótese, a conciliação acarretará a extinção do processo sem resolução do mérito. Destaca-se que a impossibilidade de conciliação nesta fase do processo não impede que a mesma seja tentada novamente, numa eventual audiência de instrução e julgamento (art. 447 do CPC).

Não obtida a conciliação, prosseguirá a audiência preliminar em direção ao saneamento do processo e à organização das atividades de instrução. O saneamento do processo é, em verdade, uma decisão interlocutória que nada saneia, mas tão-somente declara saneado o processo, ou seja, o declara livre de quaisquer vícios que possam impedir seu regular prosseguimento.

Por fim, a organização da instrução consiste em três atos, realizados pelo juiz, no mesmo provimento proferido ao final da audiência preliminar, em que declarara saneado o processo. Organizar a instrução consiste em fixar os pontos controvertidos, deferir as provas que serão produzidas e designar audiência de instrução e julgamento, se necessário.

criam coisa julgada, mas, por possuírem características de ato decisório, podem realizar uma intervenção indicativa ou incitativa na economia, pelos mesmos motivos já expostos (Figura 17 lado superior direito).

Nos casos em que se estiver diante de uma tutela antecipada (art. 273 do CPC), é certo que a prestação jurisdicional satisfativa poderá configurar uma intervenção imperativa, além, é claro, da intervenção indicativa ou incitativa (Figura 17). Recorda-se aqui, apenas, que, ao prestar antecipadamente a prestação jurisdicional concedendo o que foi pleiteado na tutela, o judiciário estará limitado, pois o conteúdo da decisão não poderá ser nem declaratório nem constitutivo. Afinal, a certeza ou incerteza do direito não pode ser avaliada com base no juízo da probabilidade. O mesmo se diga com relação à antecipação com conteúdo constitutivo. Parece, em geral⁶²², inadmissível que haja criação, modificação ou extinção de determinada relação jurídica de maneira antecipada, sem que o processo tenha se esaurido. Seria inócua a prolação de uma decisão que provisoriamente constituísse uma situação jurídica nova. Logo, pode-se, em tese, considerar possível a existência de antecipação da tutela quando se tratar de ação condenatória. Assim, somente a decisão de conteúdo condenatório, que consiste na imposição ao demandado de uma prestação de dar, fazer ou não fazer, pode ser concedida antes da obtenção da certeza quanto à existência ou não de eventual direito.

Por fim, a figura 17 elenca as possibilidades de julgamento antecipado do mérito e extinção do processo. Trata-se das sentenças ou acórdãos (art. 162, §1º do CPC) que podem ser terminativas (art. 267 do CPC) ou definitivas (art. 269 do CPC)⁶²³. Essas últimas, conforme seu conteúdo⁶²⁴, classificam-se, ainda,

622 Pois não se nega a possibilidade, desde que haja expressa previsão legal desta possibilidade. Não parece possível, porém, que tal espécie de tutela jurisdicional seja antecipada com fulcro no art. 273, do CPC.

623 Há que se recordar, neste ponto, que nem todas as sentenças definitivas contêm julgamento do mérito. Isto porque, nas sentenças proferidas em razão de reconhecimento do pedido, transação ou renúncia à pretensão, não é o juiz que define o objeto do processo, o qual se resolve por ato das partes (autocomposição dos interesses).

624 Parte respeitável da doutrina (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, Tomo 1, p. 117-118; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 100; ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p.74.), ao estabelecer a classificação das sentenças de procedência do pedido, inclui duas outras espécies ao lado das três tradicionalmente admitidas (meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias). Trata-se da

em meramente declaratórias, constitutivas ou condenatórias⁶²⁵. Nelas haverá a possibilidade de existir intervenção indicativa, incitativa ou imperativa nos moldes já traçados anteriormente.

Proferida a sentença ou acórdão, seja terminativo ou definitivo o ato, é possível a interposição de recurso. Apesar de grande o número de recursos atualmente existentes, certo é que em determinado momento a decisão judicial torna-se irrecorrível, por término das possibilidades recursais ou por esgotamento do lapso temporal. No momento em que a decisão judicial se torna irrecorrível, ocorre o trânsito em julgado. Surge, assim, a coisa julgada, a qual imutabilizará o comando declaratório, constitutivo ou condenatório da sentença, fazendo com que esse ato processual se torne insuscetível de alteração em sua forma e efeitos⁶²⁶; possibilitando, distintamente das decisões interlocutórias, a realização de intervenção imperativa, além das intervenções incitativas e indicativas.

Sendo assim, visto as funções normativas (constituente, reformadora e legislativas), políticas e jurisdicionais regulatórias, resta estudar a mais extensa, qual seja, a função administrativa regulatória.

classificação “*quinária*” das sentenças de mérito, que reconhece também a existência de sentenças executivas e mandamentais.

625 Sobre as distintas espécies de sentenças, vide: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito processual civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 433-435.

626 A coisa julgada deve ser considerada em dois aspectos: formal ou material. Chama-se de coisa julgada formal a imutabilidade da sentença, e coisa julgada material a imutabilidade dos seus efeitos. A coisa julgada formal seria, assim, comum a todas as sentenças; enquanto a coisa julgada material só poderia se formar nas sentenças de mérito. Poder-se-ia, assim, dizer que todas as sentenças transitam em julgado (coisa julgada formal), mas apenas as sentenças definitivas alcançam a autoridade de coisa julgada (coisa julgada material). Pode-se, pois, definir a coisa julgada como a imutabilidade da sentença (coisa julgada formal) e de seu conteúdo (coisa julgada material), quando não mais cabível qualquer recurso. Alexandre Freitas Câmara (ibidem, p. 461) recorda que, apesar de dominante, tal visão não é pacífica e trata das distintas posições.

Sabe-se que a legalidade administrativa⁶²⁷ estabelece exigências normativas para a totalidade do exercício da função administrativa.

David Duarte⁶²⁸ afirma que o exercício da função administrativa passa por múltiplas formas de ações, que podem ser deônticas ou não-deônticas, ambas relevantes ao Direito. Ensina o doutrinador⁶²⁹: “*as condutas realizadas através de normas ou decisões, ou as que se inserem no referido plano do dever ser, são ações deônticas, enquanto todas as restantes, ou seja, as que são expressão de uma actividade que aí não se reconduz são ações não deônticas*”.

Aduz o autor que tal distinção não é tão simples. Além das diferenças da inserção ou não no plano do dever ser, bem como da produção ou não de alterações no ordenamento; a distinção de ambas está na natureza diretiva ou não do discurso. Desta forma, se vê que o uso de linguagem diretiva expressa uma ação deôntica e, o não uso, uma ação não-deôntica. Acrescente-se que a dependência de norma de competência também seria outra distinção das ações deônticas, visto que é traço comum de todo exercício da função administrativa. Atente-se que as ações não-deônticas não dependem de norma de competência.

627 Federico Sorrentino (SORRENTINO, Federico. *Legalità e delegificazione*. In: PINELLI, C. *Amministrazione e legalità: fonti normative e ordinamenti* (Atti del convegno – Macerata, 21-22 maggio 1999). Milano: Giuffrè, 2000, p. 3 e 22) afirma que “*o princípio da legalidade (administrativa) não goza [...] de muito boa saúde*”. Vem-se observando que o princípio da legalidade “*enquanto predeterminação legislativa da acção administrativa, está fatalmente destinado a retroceder*” e a ver-se substituído por um “*princípio de autonomia funcional da Administração*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992, p. 40).

Uma das consequências mais imediatas dessa alteração de caráter sistêmico projeta-se numa certa destipificação dos atos administrativos, além de projetar-se nos fenômenos da deslegalização e da autocontenção legislativa. Para além da retórica da administração de resultados, o fenômeno encontra explicação na incapacidade da lei resolver todos os possíveis conflitos de interesses que emergem das sociedades contemporâneas e, em particular, dos ordenamentos regulados.

A banalização ou marginalização da legalidade é simultaneamente causa e efeito da perda da unidade do ordenamento jurídico estatal, de uma alteração do papel essencial do poder legislativo, bem como da perda de centralidade administrativa do executivo e da consequente instituição de um dito feudalismo jurídico.

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

629 *Ibidem*, p. 329.

A avaliação da função administrativa, na distinção entre ações deonticas e ações não-deonticas, separa as normas⁶³⁰ e decisões administrativas⁶³¹ de todos

630 Recorda-se que existe diferença entre enunciado normativo e norma. David Duarte (ibidem, p. 64) bem distingue: “o enunciado é a expressão da norma, é o conjunto de símbolos, nomeadamente lingüísticos, através dos quais aquela é formulada, enquanto a norma, propriamente dita, é o significado representado, que constitui o sentido deontico”. Portanto, norma é uma composição linguística, podendo ser formulada de tantas formas quantas as possibilidades linguísticas permitem, podendo possuir diferentes significados dependendo do operador de linguagem que utilizar. Motivo pelo qual pode-se alterar o enunciado sem modificar a norma. Além de poder ter, num só enunciado, várias normas e apenas parte de uma norma em um enunciado. É a diferença entre significante (enunciado) e significado (norma).

É a hipoteticidade da norma que revela sua estrutura. Afirmava-se que dois eram os componentes lógico-estruturais da norma: a hipótese e previsão, que seriam a descrição do suporte fático que, ao se verificar, desencadeia as consequências normativas, e o preceito ou estatuição, que são as afirmações das consequências jurídicas estatuídas pela norma, quando, no caso concreto, verificarem-se os fatos apontados na hipótese. Superada essa configuração binária, a ciência jurídica atual identifica uma tripla formação, que engloba: uma previsão, que reporta às condições do sentido de dever ser; um operador deontico, relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora; e uma estatuição, elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser.

A previsão diz respeito às condições de verificação do sentido de dever ser, ou seja, estabelece a antecedência condicional da produção de efeitos. É variável e tem como unidade o pressuposto. A existência de um ou vários pressupostos, positivos ou negativos, depende da configuração da norma; e sua organização, do tipo de linguagem utilizada na formulação do enunciado normativo. Realiza, também, a função de redução de um universo potencialmente ilimitado de antecedências de um efeito por um rol restrito de condições nela descrito. Trata-se, nada mais nada menos, do que uma delimitação de toda e qualquer ocorrência para um universo mais restrito. Logo, por mais que a linguagem do enunciado da norma leve a crer que tal norma não tem previsão, está incorreto, pois só essa dá sentido normativo pleno à norma, uma vez que só é aplicável se a tiver, pois é esta que define a razão de (dever) ser do efeito. Se ela não existisse, não se saberia a que a norma se aplica, portanto, sempre está presente. O operador deontico é o elemento estrutural que confere natureza deontica à norma por meio da determinação de um específico sentido de dever ser, seja impositivo, permissivo ou proibitivo. São apenas essas três modalidades do operador deontico existentes. É a totalidade dos sentidos do dever ser, não havendo outra forma de regular condutas. São tais modos deonticos que estabelecem a natureza da norma. É ele que estabelece a relação com a previsão. Logo, não é ele divisível e nem tem unidades interiores. O operador deontico também pode estar escondido na norma por questões linguísticas, mas, habitualmente, está estabelecido na locução verbal de ligação entre a previsão e a estatuição, assim sendo porque é o operador deontico que determina o sentido jurídico dos efeitos jurídicos, estabelecendo, também, a sequencialidade entre a previsão e a estatuição. Sem ele, a previsão e a estatuição seriam significados isolados, portanto sempre está presente mesmo que diluído/implícito.

A estatuição estabelece o que se deve verificar quando se preenchem os pressupostos da previsão. É uma descrição, contendo o contexto em que o sentido do dever ser se manifesta. É variável e tem como unidade o efeito jurídico, ou seja, as consequências da norma, sejam elas somadas umas a outras (conjuntas), sejam elas alternadas (disjuntas). Tal descrição não se confunde com os efeitos jurídicos, dado que uma coisa é a definição de um campo de incidência e outra a determinação do que se deve verificar nesse domínio material.

631 A promoção do interesse público se dá pela função decisória administrativa, em abstrato ou em concreto, como manifestação de vontade primária da Administração Pública; a função de satisfação

os demais comportamentos administrativos como, por exemplo, opiniões, justificações, condutas técnicas meramente reprodutivas de normas ou decisões;

do interesse público se dá pela função executiva das decisões abstratas ou concretamente tomadas; e a função de recuperação do interesse público se dá pela função judicante administrativa, em que se reaprecia a juridicidade das decisões administrativas, das execuções e mesmo das decisões judicantes de que caibam recursos.

Uma vez verificada a competência e visualizadas as normas aplicáveis ao caso concreto, deve o agente público, para tomar determinada decisão, ter que passar por um processo particularmente complexo composto por várias etapas: primeiramente, deverá ultrapassar os problemas da linguagem, ou seja, definir a semântica da norma, após, deverá resolver, caso haja – e sempre há –, problemas das concorrências e conflitos normativos; e, por fim, com as estatuições válidas restantes, tomará a decisão propriamente dita, que nada mais é que a resolução do caso e a afirmação de ciência sobre o dever ser relativo a todos os casos que reúnam as suas propriedades, estabelecendo assim o Direito para todos os casos que tenham os mesmos fatos relevantes e a mesma solicitação de resposta por parte do conjunto normativo (a mesma questão jurídica).

David Duarte (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 161 et seq.) chama tal situação de norma de decisão. Para esse autor (ibidem, p. 163), tal decisão terá “*força de norma jurídica*” por uma questão de respeito ao princípio da prática reiterada de atos ou da prática constante indicativa de comportamento e entendimento já sedimentado. Trata-se de uma derivação do princípio da confiança legítima, da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade, já que se o agente público toma decisões reiteradas em determinados casos, estará o mesmo se autovinculando sobre sua atuação, caso contrário, estar-se-ia vulnerando os princípios acima mencionados. No mesmo sentido: BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 119. Em sentido oposto: ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: thomson-civitas, 2006, p.78; PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Principios de Derecho administrativo general I. Madrid: iustel, 2004, p. 158. Ressalta-se que a constante mudança de posicionamento ou de variações de critérios, frustra o administrado, o interesse público, a boa administração, a eficiência e a administração de resultados. A prática reiterada de atos é um dos aspectos do costume. Afinal, esta equivale à repetição de determinado comportamento, aceitado como válido ou conveniente ao interesse público. É a regra de conduta criada espontaneamente pelo agente público. Logo, tendo a repetição de comportamento e a convicção de que tal comportamento corresponde a uma necessidade jurídica, a torna obrigatória e, portanto, autovincula a Administração.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em ação relativa à não-incidência do Imposto de Renda sobre verbas recebidas a título de ajuda de custo, julgou: “*se, em várias situações idênticas, a autoridade fazendária afastou os acréscimos legais do tributo, cobrando apenas o imposto de renda devido, o procedimento se caracteriza como prática reiterada na aplicação da legislação tributária, tomando legítima a pretensão do contribuinte*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 142280, Processo: 199700532844 UF: SC Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 23/03/1999 Documento: STJ000260835, Fonte: DJ DATA:03/05/1999 PÁGINA:132 RSTJ VOL.:00121 PÁGINA:187, Relator: Ministro Helio Mosimann, Data Publicação: 03/05/1999).

sendo certo que sua junção representa o conjunto de todas condutas passíveis de serem realizadas pela Administração pública⁶³².

Saliente-se que o conjunto de todas essas condutas possíveis de serem realizadas pela função administrativa deve ser levado em consideração quando analisada a intervenção não-prestacional do Estado na economia.

No cenário internacional contemporâneo, é marcante a reestruturação do Estado no contexto do neoliberalismo e das teses que defendem a não-intervenção prestacional do Estado na economia. Como resultado dessa política descentralizadora, o Estado, agora mediador e regulador, limita-se a: organizar a prestação de serviços públicos por mercados setorizados; desenvolver a atividade econômica, transferindo a execução, e não a titularidade dos mesmos, à iniciativa privada por meio da desestatização; e estimular a ordem social⁶³³.

Emergido das mudanças na concepção do conteúdo das diferentes atividades administrativas em função do princípio da eficiência, economicidade, es-

632 A mais significativa consequência da distinção entre ações deonticas e não-deonticas é a de, em rigor, a legalidade administrativa só se aplicar às primeiras. E, assim o é, porque só se sujeitam a legalidade as ações com consequências no ordenamento. Portanto, as ações não-deonticas não estão sujeitas às exigências de legalidade, exceto quando seja, o pressuposto de condutas abrangidas por normas de legalidade, ou seja, quando sejam o pressuposto de normas.

Aqui se faz necessário consignar a existência de uma Cláusula Geral de Proibições do Arbítrio, cláusula essa que atribui competência para que a Administração atue fora do âmbito da legalidade estrita, mas sempre dentro do âmbito do direito e da moralidade, ou seja, da legitimidade e da licitude. O limite para o atuar do agente público reside justamente na proibição do arbítrio, cujo parâmetro consiste na contemplação dos valores constitucionalmente consagrados e em determinadas normas extraídas do ordenamento jurídicos como um todo.

Também, há que recordar a Teoria das Circunstâncias Excepcionais, que aceita a possibilidade de que a Administração se aparte do princípio da legalidade frente a uma situação anormal e exorbitante, na medida em que seja necessário para atender o interesse público.

633 Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu Nascimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, vol. II, p. 535-573) afirma que: “os processos de desmontagem dos serviços públicos e de privatização de tarefas públicas não postulam a “batida em retirada” do Estado, nem, ao jeito de um renovado “laissez-faireism”, a entrega da economia às “leis do mercado” ou a “leis jurídicas” de mera definição, enquadramento e protecção da economia e da concorrência. A fórmula alude a um dever ou a uma incumbência, que permanece na esfera do Estado, de “garantir” ou de “assegurar” a realização de certos fins de interesse público (como, v.g., a defesa dos direitos dos cidadãos, a promoção do bem-estar, a segurança pública, o fornecimento de “serviços de interesse geral”). Vital Moreira (MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 38) refere: “A redução do papel do Estado produtor e prestador de serviços [...] implica normalmente o aumento da regulação”. Sobre o aumento da regulação nos mercados livres, vide: VOGEL, Steven K. *Free markets, more rules: regulatory reform in advanced industrial economies*. Ithaca: Cornell University Press, 1996.

pecialidade, subsidiariedade, entre outros e por conta da crise do Estado bem-estar, a atual intervenção do Estado como regulador do mercado almeja uma especialização deste em diversos setores e segmentos, abandonando a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la à direção técnica, interpretando conceitos técnicos para implementação de políticas públicas por meio de atos executivos, normativos e judicantes⁶³⁴.

Melhor expondo, o atual Estado regulador, distinto, portanto, do anteriormente existente, deixa de executar e passa a planejar, organizar, supervisionar e fiscalizar atividades indicativas, incitativas e imperativas relacionadas à prestação dos serviços públicos, bem como no que concerne às atividades econômicas e atividades sociais⁶³⁵. Nesse modelo, a execução de diversas atividades passou

634 Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, a. 8, n. 35, p. 143-158, nov./dez. 2000, p. 143) assevera que a atividade regulatória envolve funções quase-legislativas, funções quase-regulamentares, funções quase-judiciais, o que provoca dificuldades na análise da constitucionalidade de seu desenvolvimento; pois, embora com atribuições técnicas de suposta neutralidade política, mais voltadas para a eficiência das regulações e, necessariamente, independentes (com poderes quase-legislativos: *problema da reserva de lei*, quase-regulamentares: *problema da competência legislativa do Presidente da República*, e quase-judiciais: *problemas dos limites do contencioso administrativo*), esbarram em conhecidos óbices constitucionais, que impedem a delegação de competência normativa ou o exercício de atividade regulamentar por autoridade distinta do Chefe do Poder Executivo ou, ainda, a atividade de regular algo não explicitado em lei (regulamento autônomo).

O judiciário também reconhece às agências reguladoras, dentro dos marcos regulatórios previamente estabelecidos pelo Estado, no momento de sua criação, atribuições quase-legislativas e quase-jurisdicionais. Além de não identificar a regulação com a atividade de regulamentação, subalterna à lei (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Quinta Região*. Classe: AC - Apelação Cível – 384065, Processo: 200605000162491 UF: PE Órgão Julgador: Primeira Turma, Data da decisão: 07/12/2006 Documento: TRF500130740, Fonte: DJ - Data: 21/12/2006 - Página: 332 - Nº: 102, Relator(a): Desembargador Federal Francisco Wildo, Data Publicação: 21/12/2006).

635 Ressalta-se que a lógica da intervenção não-prestacional do Estado na economia não se limita aos serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, também tem sido exportada para setores que a regulação não se pauta apenas por uma lógica econômica, é o caso da regulação do ordenamento social, que segue padrões jurídicos comuns aos dos setores abrangidos pela regulação econômica. Isto sucede porque, em si mesmo, o conceito de regulação apresenta uma certa unidade. Neste sentido, vide: TIMSIT, M. *Gérard*. La régulation: la notion et le phénomène. *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 109, v. 1, p. 5-12, jan., 2004.

à iniciativa privada por meio da desestatização⁶³⁶. Apesar dessas mudanças⁶³⁷, o Estado não se reconduz à mera regulação da economia e do mercado, cabendo, ainda, a ele, explorar diretamente várias atividades (educação, saúde, cultura, entre outros), bem como atuar diretamente no mercado⁶³⁸.

636 Viu-se que o Programa Nacional de Desestatização foi instituído por meio da Medida Provisória n.º 155, de 15.03.1990, que foi, posteriormente, convertida na Lei n.º 8.031, de 12.04.1990, que foi revogada pela Lei n.º 9.491, de 09.09.1997. Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 30) conceitua desestatização como: “a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas”.

637 Afirma Vital Moreira (MOREIRA, Vital. *Autoridades e instrumentos de regulação*. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Coimbra, out. de 2006 – jun. de 2007) que, além das mudanças da forma de atuação do Estado, deixando de ser executor para ser mero regulador, outras transformações derivadas existem, acrescenta, também, que se passa de uma regulação ajudada pela propriedade para uma regulação em si mesma (endo-extra). Há um depuramento regulatório, com a quebra do paradigma dual do velho Estado regulatório (propriedade e ordens). Antes, a própria regulação recorria à propriedade e intervenção direta no mercado para ser exercida (o Estado-empresário). Deu-se um despojamento da regulação e o regulador passa a ser meramente regulador, sem poder intervir diretamente no mercado. O regulador não pode ser operador no mercado, com uma separação muito clara entre as funções (mesmo quando o Estado detém o monopólio de algum setor).

Passa-se de uma regulação “hostil” ao mercado para uma regulação “amiga” do mercado. A regulação era, por definição, inimiga do mercado (preços tabelados, contingenciações, etc.) e passou a ser um sistema amigo e estimulante da constituição e funcionamento perfeito do mercado. Regulação destinada inclusive a criar mercado onde ele não existia (pró-concorrência, pró-mercado).

Passa-se de uma regulação econômica para uma regulação social. Diminuiu sobremaneira a regulação econômica, que se presta a estimular a concorrência e suprimir as falhas do mercado, e o que restou à regulação é aquela de caráter social. Ou seja, na medida em que a concorrência existe e são poucas as falhas do mercado, há uma definição clara da regulação social, que se tornou a espécie de regulação que “restou” ao Estado.

Passa-se da regulação unilateral para a regulação concertada ou contratual. O que antes era autoritário e unilateral foi substituído pela entrada de formas de “regulação soft”. Da unilateral para a consensual; da *hard* para a *soft*. Estabelece-se o paradigma da economia concertada, com um novo impulso.

Passa-se da regulação direta, exercida pelo governo, para a regulação independente. Separa-se o debate político da regulação econômica, libertando-se a economia do governo. Institui-se, em decorrência, um “Quarto Poder” – o governo da economia, que concentra as quatro funções do Estado. As autoridades administrativas são independentes do governo, não havendo alterações quando há mudança de governo.

638 A doutrina assinala que as causas da regulação são basicamente duas – insuficiência e falhas do mercado (“*market failures*”): as constantes modificações que se faziam no Direito Público, relacionadas aos bens e funções públicas; as atuais modificações no conceito de serviço público; a tese da competência imperfeita, como suposto de disfunção do mercado, as condutas anticompetitivas, que, a cada dia,

devem ser controladas e fiscalizadas para não ocorrerem abusos; as instabilidades que a iniciativa privada e os cidadãos possuem com relação aos custos de informação e transação; os problemas de racionalização e coordenação, ou seja, as divergências entre pautas comuns de comportamentos, sem as quais não se dariam condições mínimas de segurança e resultaria extraordinariamente arriscado ou complexo atuar; as externalidades ou efeitos externos, que acabam por produzir uma interdependência entre consumidores ou produtores, dando lugar a uma diminuição ou a um incremento dos custos da empresa; os mercados incompletos e problemas de informação, ou seja, mercados que não são capazes de fornecer um bem ou serviço - apesar de que o custo de fornecê-los seria inferior ao que os indivíduos estão dispostos a pagar - e informações imperfeitas, nas que os consumidores ou os produtores carecem da informação sobre os preços ou as características dos bens e serviços necessárias para adotar decisões economicamente eficientes; os problemas de seleção adversa e risco moral, ocasionados numa possível interação entre indivíduos e um deles (ou ambos), têm informação privada de alguma característica-chave para a relação; a equidade, já que esta pode proporcionar a intervenção estatal ainda na ausência de disfunção do mercado; entre outras.

Remete-se o leitor a Juan De La Cruz Ferrer, que explica detalhadamente cada uma dessas causas (vide: FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 147-170).

Mas outros motivos também influenciaram o aumento da regulação, como o sufrágio universal, que resultou na ampliação da democracia e, por conseguinte, na pressão muito mais ampla de diversos setores da população; os riscos dos desenvolvimentos tecnológicos, visto que os rápidos avanços da tecnologia planteiam riscos e ameaças à saúde e à segurança, criando problemas para a proteção dos consumidores e do Estado; a “*revolução dos direitos*”, com a proteção legal/jurídica dos hipossuficientes. 638

A doutrina assinala que as causas da regulação são basicamente duas – insuficiência e falhas do mercado (“*market failures*”): as constantes modificações que se faziam no Direito Público, relacionadas aos bens e funções públicas; as atuais modificações no conceito de serviço público; a tese da competência imperfeita, como suposto de disfunção do mercado, as condutas anticompetitivas, que, a cada dia, devem ser controladas e fiscalizadas para não ocorrerem abusos; as instabilidades que a iniciativa privada e os cidadãos possuem com relação aos custos de informação e transação; os problemas de racionalização e coordenação, ou seja, as divergências entre pautas comuns de comportamentos, sem as quais não se dariam condições mínimas de segurança e resultaria extraordinariamente arriscado ou complexo atuar; as externalidades ou efeitos externos, que acabam por produzir uma interdependência entre consumidores ou produtores, dando lugar a uma diminuição ou a um incremento dos custos da empresa; os mercados incompletos e problemas de informação, ou seja, mercados que não são capazes de fornecer um bem ou serviço - apesar de que o custo de fornecê-los seria inferior ao que os indivíduos estão dispostos a pagar - e informações imperfeitas, nas que os consumidores ou os produtores carecem da informação sobre os preços ou as características dos bens e serviços necessárias para adotar decisões economicamente eficientes; os problemas de seleção adversa e risco moral, ocasionados numa possível interação entre indivíduos e um deles (ou ambos), têm informação privada de alguma característica-chave para a relação; a equidade, já que esta pode proporcionar a intervenção estatal ainda na ausência de disfunção do mercado; entre outras.

Remete-se o leitor a Juan De La Cruz Ferrer, que explica detalhadamente cada uma dessas causas (vide: FERRER, Juan de la Cruz. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 147-170).

Mas outros motivos também influenciaram o aumento da regulação, como o sufrágio universal, que resultou na ampliação da democracia e, por conseguinte, na pressão muito mais ampla de diversos setores da população; os riscos dos desenvolvimentos tecnológicos, visto que os rápidos avanços da

Esse modelo fez com que a Administração pública passasse a ter mais uma função administrativa, qual seja: a regulatória⁶³⁹, a qual incorpora cada uma das funções e das atividades administrativas; distinguindo-se delas, porém, por se orientar através de critérios técnicos e políticos, e não somente por meio de critérios políticos, como as demais⁶⁴⁰. A função administrativa regulatória, portanto, implica uma tradução técnica dos conceitos imprescindíveis para a implementação de uma política pública previamente ditada⁶⁴¹.

tecnologia planteiam riscos e ameaças à saúde e à segurança, criando problemas para a proteção dos consumidores e do Estado; a “*revolução dos direitos*”, com a proteção legal/jurídica dos hipossuficientes.

639 É importante enfatizar que a função administrativa regulatória sempre existiu, no entanto, até há pouco tempo, confundia-se com o exercício do poder de polícia do Estado. Com a reforma do Estado brasileiro, a regulação ganhou muito mais ênfase em comparação com o período pré-privatizante, que se realizava de forma precária. Neste sentido, são oportunas as ponderações de Floriano Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 76 e 77): “É fato que no período de forte intervencionismo direto do Estado na economia, com o seu envolvimento na produção de bens e serviços necessários à fruição pelos indivíduos, a regulação era feita, de forma precária e casuística, pelo próprio ente estatal incumbido da produção destas utilidades públicas. Segue daí que a regulação se desenvolvia sempre a partir do ângulo de visão do gestor do serviço (empresa estatal ou órgão público incumbido da produção de utilidades públicas). Assim é que em grande parte dos serviços públicos federais o precário arcabouço regulatório era produzido no âmbito das empresas holdings (TELEBRÁS, ELETROBRÁS) ou de órgãos autárquicos (DNAEE, DNER etc.), ou mesmo pela própria empresa prestadora dos serviços (como ocorreu até 1977 com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos). A regulação até então produzida pautava-se muito mais pelos interesses das operadoras dos serviços que os prestavam em regime de monopólio do que visando a atingir interesses gerais da coletividade ou mesmo dos usuários dos serviços. Daí por que poder-se-ia afirmar que a regulação praticada num contexto de forte intervencionismo estatal direto pautava-se muitos mais por interesses públicos secundários do que primários...”

640 Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu Nascimento. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, vol. II, p. 535-573) afirma que a regulação representa, “a pedra de toque” do novo modelo de intervenção pública na economia e nos mercados, surgindo como o instrumento por excelência de efetivação da responsabilidade de garantia. Para o autor, é por via da regulação que hoje se realiza o dever estatal de garantir ou assegurar a realização do interesse público e de proteção ou até de realização dos direitos dos cidadãos. E finaliza: “A ‘responsabilidade pública de regular’ prova, por conseguinte, que o Estado continua a ser portador de uma relevante e indeclinável missão, a desenvolver na economia e, em geral, nas actividades privadas. Assegura-se, também neste domínio, a perpetuação e a manutenção das tarefas públicas”.

641 Neste sentido, vide GIANI, Loredana. Attività amministrativa e regolazione di sistema. Torino: Giappichelli, 2002, p. 152 et seq. Do mesmo modo, Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. II, p. 535-573) refere que a regulação consiste numa atividade operativa, de execução de uma função ou atividade administrativa. Logo, entende haver uma função administrativa de regulação. E, “*embora reconhecendo as muitas especificidades inovatórias, entende-se que não há razão para não reconduzir a*

Ressalta-se que não é qualquer atividade que pode ser submetida a esse novo modelo de intervenção regulatória específica. É preciso que exista um interesse público a justificar a ação estatal. Este é o norte que autoriza o Estado a regular determinada atividade e que lhe confere a legitimidade necessária para isto.

As relações sujeitas à regulação são, em regra, complexas, envolvendo aspectos financeiros, econômicos, técnicos e jurídicos, que não comportam soluções preconcebidas. Compreende-se, modernamente, que a atividade administrativa deve reger-se por uma flexibilidade na sua atuação. Não seria factível se esperar que a norma pudesse, sempre, predeterminar todas as situações de modo conclusivo; e que os conflitos, entre os diversos interesses envolvidos, fossem solucionados pela aplicação mecânica da norma segundo o método da subsunção (identificação da hipótese e verificação da sua previsão na norma). Assim, o regulador identificará a melhor solução para a situação, conforme o caso concreto.

A regulação envolve, deste modo, o desempenho de uma série de funções distintas, que incluem desde as atribuições típicas da função administrativa até a edição de normas técnicas, bem como a composição dos conflitos que possam surgir em decorrência das relações sujeitas à intervenção regulatória. Assim, a regulação abarca, a um só tempo, funções normativas, executivas e judicantes. Conforme o tipo de atividade administrativa, tal regulação vai buscar traduzir um conceito distinto de eficiência, boa administração e administração de resultado. Sem a pretensão de esgotar tão vasto tema, passa-se a examiná-lo a partir de agora⁶⁴².

função de regulação à noção material de administração pública e, do mesmo modo, ao conceito tradicional de função administrativa". Diferentemente, sobre a função reguladora como uma "nova função", SILVIA A., Frego Luppi *L'amministrazione regolatrice*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 135 et seq.

642 Conforme Vital Moreira (MOREIRA, Vital. *Autoridades e instrumentos de regulação*. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Coimbra, out. de 2006 – jun. de 2007), o "ciclo regulatório" pode ser dividido em etapas lógicas e cronológicas: orientações políticas, em primeiro lugar, dá-se a predefinição das orientações políticas do setor. Após da regulação, aquém da regulação, está a política do Estado. Exterioriza-se através de Lei de Bases do Setor, Plano Anual, etc. É onde se definem e se operacionam as regras. Depois da definição política, implementa-se a regulação; num segundo momento, situa-se a regulação propriamente dita. Trata-se da tradução das políticas em regra, mediante a aprovação de leis e regulamentos. Fases da legislação e regulamentação em nível geral e abstrato; depois de estabelecida a política do setor e as normas específicas a serem aplicadas, ocorre a implementação e aplicação das regras já definidas; depois tem-se a supervisão que é o momento do controle da aplicação das regras, a supervisão em sentido estritíssimo. Posteriormente, e se for o caso, surgem as duas últimas fases compreendidas no ciclo regulatório; o sancionamento, que é a última fase na esfera administrativa, envolve a aplicação de sanções referentes às infrações cometidas contra as regras ou o descumprimento de ordens específicas; e posteriormente, o ciclo

Inicia-se visualizando, a seguir, o esquema do ciclo regulatório do Estado brasileiro na economia (Figura 18). Partindo-se das orientações políticas que definem e operacionalizam as regras, tem-se a regulação normativa ou executiva.

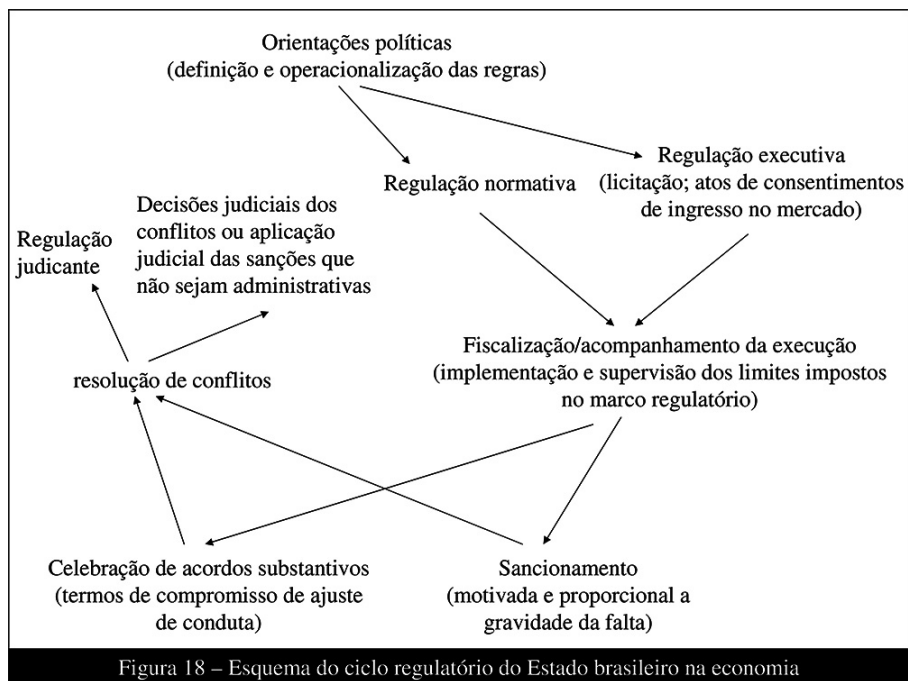


Figura 18 – Esquema do ciclo regulatório do Estado brasileiro na economia

Fonte: Elaborada pelo autor.

A função administrativa regulatória normativa não se confunde com a atividade legisferante do Estado, originariamente exercida pelo poder legislativo dentro da concepção da tripartição. Trata-se de uma delegação do poder legislativo⁶⁴³ à autoridade reguladora independente. Pode ser vista

completa-se com as decisões judiciais dos conflitos ou aplicação judicial das sanções que não sejam administrativas. O poder judiciário confirma ou infirma as ações administrativas.

643 Embora seja o poder legislativo o órgão tradicionalmente competente para elaborar leis, o Princípio da Separação dos Poderes vem sendo gradativamente mitigado, com a ocorrência do fenômeno das *delegações legislativas* que têm por escopo proporcionar a outros órgãos (executivo e judiciário) competência normatizadora, objetivando atribuir “*poder legislativo*” ao próprio órgão que criará a norma coadunada com a peculiaridade dos assuntos pertinentes.

Deve-se ressaltar que a norma delegada só terá validade se houver previsão legal para sua edição; se forem cumpridos os requisitos elencados pela lei permissora; e, por fim, se estiver de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

como uma forma de deslegalização, por transferir a função normativa sobre determinadas matérias, da sede legislativa estatal à outra sede normativa⁶⁴⁴

A ocorrência de delegação de poder, inicialmente de competência privativa de outro órgão, é praxe em ordenamento jurídico brasileiro, e ocorre em todas as Funções Estatais (executivo, legislativo e judiciário), enriquecendo e fortalecendo o regime democrático de Direito vigente, pois de uma forma mitigada cumpre-se o Princípio da Separação dos Poderes que previa a desconcentração dos poderes. O que se tem hoje é a desconcentração do poder que já era desconcentrado, permitindo uma melhor gestão do Estado.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito administrativo. Rio de Janeiro; Renovar, 2000, p. 162) diferencia três tipos de delegação do poder legislativo. A *delegação receptícia*, que consiste na transferência ao poder executivo da função de produzir normas com força de lei, assumindo, o poder legislativo, como próprio, o conteúdo da norma delegada. O art. 59, IV, c/c art. 68 da Constituição Federal de 1988 trata das leis delegadas, tendo suas condições formais e materiais estipuladas no art. 49, V, da mesma Carta Política, podendo, ainda, submeter-se ao controle político em caso de exorbitância dos limites da delegação, que é o chamado veto legislativo. A *delegação remissiva*, outra forma de delegação, consiste na remessa, pela lei, a uma norma subsequente a ela, que deverá ser elaborada pela Administração, sem força de lei. Não vincula o poder delegante, podendo ser revogada a qualquer tempo, pois o poder legislativo não assume como próprio o conteúdo da norma delegada. Trata-se, aqui, da regulamentação ou do poder regulamentar. A *deslegalização*, que será vista detidamente em tópico próprio, por tratar-se exatamente de uma modalidade nova de delegação e por ter sido a modalidade adotada pelas *agências reguladoras*.

Faz-se pertinente destacar que a regulação normativa não se confunde com regulamentação. Esta é, na verdade, o poder que o Chefe do Executivo (art. 84, IV, da CF) tem de detalhar e explicitar a lei, utilizando-se, para tanto, de ato administrativo normativo (decreto). É certo que a regulação não se enquadra na ideia de formulação das políticas públicas. Esta é uma atribuição, um *munus* de natureza política, e que envolve a eleição dos interesses públicos de maior relevância a serem satisfeitos.

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

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

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutação do Direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 166-167), ao tratar da deslegalização (*delegificazione*), faz uma distinção entre uma modalidade ampla, que seria a demissão, por parte do Estado, de operar a regulação de uma determinada matéria em fonte própria, o que abre espaço à sociedade organizada para preencher o vazio normativo, prática que abre ensejo à regulática na mais dilatada acepção; e, de outro lado, uma modalidade restrita, em que a demissão somente atingiria a fonte legislativa formal, pois viria acompanhada de uma delegação expressa, do legislador, a uma fonte reguladora secundária, mesmo que não seja estatal, caracterizando uma regulática limitada. Sustenta o autor, em outro trabalho (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza Jurídica, Competência Normativa e Limites de Atuação*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 215, p. 71-83, jan./mar., 1999, p. 78), que, no Brasil, a CRFB traz, em vários dispositivos, a possibilidade da

ou, ainda, como uma “*delegation with standards*”, que ocorre quando o ato emanado pelo poder legislativo fixa parâmetros (*standards*) adequados e suficientes para controlar a atuação do órgão delegado, isto é, a fixação de limites à atuação do poder delegado⁶⁴⁵.

De fato, a independência normativa das autoridades reguladoras independente é condição *sine qua non* para que a regulação ocorra de forma satisfatória e íntegra⁶⁴⁶. Por certo o ato normativo é gênero do qual o regulamento é espécie. Todavia, as autoridades reguladoras criam, dentro de padrões pré-fixados

deslegalização, quais sejam: art. 22, parágrafo único; art. 217, I e seu parágrafo 1º; art. 220, parágrafos 3º e 4º; a Emenda Constitucional nº 8 que alterou a redação do art. 21, XI; a Emenda Constitucional nº 9 que alterou a redação dada ao art. 177 parágrafo 2º, III.

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

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

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

- 645 BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 173. Carlos Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 27) leciona sobre a necessidade da lei estabelecer padrões. Confira-se: “Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de um tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam regulamentos autônomos ou coisa parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos. A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa”.
- 646 Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito administrativo. Rio de Janeiro; Renovar, 2000, p. 162): “essa competência normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidarizadas e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas”.

(*standards*) pela lei originária do mesmo, uma normatização que “*inova no ordenamento*”, visto que não visa explicitar a lei ou lhe dar executabilidade, como deve fazer o regulamento propriamente dito; mas, sim, direcionar a execução dos entes regulados ou resolver conflitos por meio da norma infralegal advinda da necessidade setorial concreta e inédita⁶⁴⁷.

A lei determina o âmbito de atuação e os atos normativos produzidos pelas autoridades reguladoras. Assim sendo, porque a celeridade das decisões é imprescindível para a gestão eficaz do negócio. Observe-se que essas normas direcionaram rapidamente o rumo a ser tomado, sem a morosidade que impera no poder legislativo, seja pela desídia de seus parlamentares, seja pelo devido processo legal, normalmente longo e lento. Logo, o objetivo da delegação de poder normativo às autoridades reguladoras, como causa única e exclusiva, é gerar a possibilidade de se editar de forma rápida normas de cunho exclusivamente técnico⁶⁴⁸. A chamada discricionariedade técnica é o fundamento de validade das normas reguladoras. Ultrapassar os limites técnicos ao acrescentar às normas reguladoras critérios político-administrativos que não deveriam existir caracterizará invasão de poder, próprio da esfera de decisões do poder legislativo. Deve-se atentar, portanto, que a dita discricionariedade técnica existe, apenas, quando a decisão que nela se fundar poder ser motivada também tecnicamen-

647 Já afirmou o judiciário que as Agências Reguladoras devem exercer a fiscalização, controle e, sobretudo, o poder normativo sobre os serviços delegados a terceiros, pois, foram criadas por lei com finalidade específica. O poder regulatório da atividade delas - as agências - é afeto a questões técnicas, tendentes, inclusive, à preservação da segurança coletiva. E as decisões administrativas enquadradas nesta competência, que é constitucionalmente atribuída as agências, não devem ser substituídas pelo poder judiciário (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AG - AGRADO DE INSTRUMENTO – 165935, Processo: 200802010080758 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data da decisão: 13/10/2008 Documento: TRF200194178, Fonte: DJU - Data::22/10/2008 - Página::137, Relator(a): Desembargador Federal LEOPOLDO MUYLAERT, Data Publicação: 22/10/2008).

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

te⁶⁴⁹. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade⁶⁵⁰.

Com o intuito de diminuir o questionamento sobre a legitimidade democrática e a legitimidade do exercício da competência normativa dos entes reguladores independentes⁶⁵¹, tem-se estabelecido a obrigatoriedade de prévia participação popular, através da consulta pública, da audiência pública e até da coleta de opiniões. Entende-se que, sem esse direito de participação, não há identificação precisa dos interesses a serem ponderados; conseqüentemente, a norma será ineficiente, ilegítima e sem motivação suficiente.

Por isso, a norma reguladora, no sistema constitucional brasileiro, não compartilha da natureza da norma legal nem, tampouco, da norma regulamentar, trata-se de espécie normativa *sui generis*, pois: não é preceptiva de conduta, mas preceptiva de resultado, uma vez que deve perseguir conseqüências a serem atingidas com eficiência preservando uma situação de equilíbrio e harmoni-

649 Nos Estados Unidos da América, após promulgada a Lei de Telecomunicações em 1996 a Suprema Corte, em decisão por 6 votos a 3, entendeu que um provedor de Internet a cabo é um “serviço de informação”, e não um “serviço de telecomunicações” e, como tal lhes foi negado o acesso aos fios de cabo e telefone para fornecer aos usuários domésticos o serviço de internet de forma concorrente. Para a Corte a Lei de Telecomunicações quando trata da distinção entre serviços de telecomunicações e serviços de informação é vaga, por tal motivo, a Federal Communications Commission - FCC tem a autoridade para tomar a decisão. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. National Cable & Telecommunications Association et al. v. Brand X Internet Services et al., 545 U.S. 967 (2005). Argued March 29, 2005. Decided June 27, 2005. Full case name: National Cable & Telecommunications Association et al. v. Brand X Internet Services et al. Citations: 545 U.S. 967. Prior history: FCC order affirmed in part, vacated in part, remanded, Brand X Internet Servs. v. FCC, 345 F.3d 1120 (9th Cir. 2003); rehearing, rehearing en banc denied, 2004 U.S. App. LEXIS 8023 (9th Cir. Mar. 31, 2004); cert. granted, sub nom. Nat'l Cable & Telecomms. Ass'n v. Brand X Internet Servs., 543 U.S. 1018 (2004). Subsequent history: On remand, sub nom. Brand X Internet Servs. v. FCC, 2006 U.S. App. LEXIS 1573 (9th Cir., Jan. 23, 2006). Court membership: Chief Justice William Rehnquist; Associate Justices: John P. Stevens; Sandra Day O'Connor; Antonin Scalia; Anthony Kennedy; David Souter; Clarence Thomas; Ruth Bader Ginsburg; Stephen Breyer. Laws applied: Telecommunications Act of 1996).

650 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza Jurídica, Competência Normativa e Limites de Atuação. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 215, p. 71-83, jan./mar., 1999, p. 81-82. O mesmo autor ressalta que a disponibilidade de deslegalização está sujeita a limites, como ocorre quando se está diante da reserva legal estrita, da reserva de lei complementar e da reserva para editar normas legais de alcance federativo. Além de ser proibido deslegalizar por medida provisória com força de lei, a legitimação aplicativa pelo devido processo da lei, o direito a ser ouvido e a essencialidade da participação na regulação.

651 Sobre tal discussão, vide: CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

zação consensual dos interesses a ser alcançada ou mantida entre interesses e valores concorrentes em relações setoriais complexas; é opção administrativa abstrata formulada com maior densidade técnica para incidir sobre específicas relações interprivadas críticas, que, como se afirmou, para tanto foram previamente deslegalizadas, e que, assim, são destinadas não mais a aplicar uma regra legislativa predefinida, mas a equilibrar interesses e valores em concorrência, através de regras a serem administrativamente formuladas, pelo método da ponderação; não é produto político, mas uma atividade técnico-administrativa deslegalizada pelo poder legislativo, de modo a que possa ser regrada com flexibilidade, presteza e precisão, como o exige a dinâmica dos setores por ela definido, por entidades especificamente criadas para esse mister, no caso, as autoridades reguladoras independentes.

Na figura 18, visualiza-se, ao lado da função administrativa regulatória normativa, a função administrativa regulatória executiva que se desenvolve pelos mais diversos mecanismos. Ou seja, o processo de produção normativa é constante, mas a figura traz o seu princípio porque são as normas regulatórias que irão impor as regras do jogo, limitando a iniciativa privada⁶⁵². Além disso, é por meio da regulação executiva que a iniciativa privada ingressará no mercado.

652 A regulação de qualquer setor que vise à procuração e preservação do melhor funcionamento do mercado condiciona ou limita, por definição, a iniciativa empresarial para promover certames dos regulados pela lei. Diante de tal perspectiva, o *Tribunal Constitucional espanhol*, ao analisar a inconstitucionalidade do fim lucrativo das empresas organizadoras de feiras comerciais na Comunidade Autônoma da Catalunha, afirmou que sua regulação não é inconcebível com a liberdade de empresa, pois o art. 38 da CE não reconhece “*el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden*” (ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 83/1984. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 24/7/1984. Publicación BOE: 19840824 [«BOE» núm. 203]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Truyol y Pera. Ponente: don Francisco Rubio Llorente. Número registro: 80/1983. Recurso tipo: Cuestión de inconstitucionalidad). De acordo com o Tribunal, o legislador catalão desejou organizar o setor que, por seu interesse público, fosse mais aberto e menos gravoso possível. E em correspondência com essas finalidades, excluiu o eventual benefício de todos “*pues no parece discutible que si se admite un margen de lucro empresarial por parte de las entidades organizadoras de los certámenes, ello puede condicionar no sólo el mismo proyecto, en general, de la organización ferial, sino también, en concreto, el acceso a las ferias por parte de los expositores y de los visitantes, al hacerlo más gravoso*” (ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 84/1993. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 8/3/1993. Publicación BOE: 19930415 [«BOE» núm. 90]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, González y Viver. Ponente: don Julio Diego González Campos. Número registro: 1891/1991. Recurso tipo: Cuestión de inconstitucionalidad).

Esses são os motivos pelos quais ambas as funções administrativas regulatórias encontram-se no início do ciclo regulatório.

É certo que a Administração Pública possui um leque enorme de atividades⁶⁵³, o que torna as tentativas de enumerar todas, parcialmente fútil⁶⁵⁴, pois não se conseguirá enumerar todas as possibilidades de atuação existentes, todavia como ramo da ciência jurídica repositório de experiência sobre as relações entre poderes públicos e sociedade há que se tentar. Daí, porque, passa-se a tratar de alguns dos meios de regulação executiva utilizados.

Inicia-se citando as licitações como valioso instrumento de regulação, já que por meio dela a Administração exerce o seu “*poder de contratação para regular o mercado*”⁶⁵⁵. Fernando Herren Aguillar⁶⁵⁶, também, destaca esta função regulatória da licitação, afirmando que essa atua como um mecanismo regulador *a priori*, criando uma concorrência institucional, destinada a simular uma situação de competitividade de mercado antes de ser fixado o valor das tarifas.

A elaboração do edital, fruto do exercício de uma competência discricionária do administrador, é de importância fundamental para o desempenho da função administrativa regulatória, pois é, no instrumento convocatório, que serão definidos os parâmetros da contratação e dos potenciais contratados⁶⁵⁷.

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

654 Discute-se muito, no âmbito da ciência da administração, as missões da Administração, vide: CAUPERS, João. *Introdução à ciência da Administração Pública*. Lisboa: Âncora, 2002.

655 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 292.

656 AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 266.

657 Tal importância pode ser detectada em decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o pagamento mensal de tarifa de assinatura básica residencial dos serviços de telefonia. Deixou claro, tal sentença, que os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, foram instados a indicar o valor e os tipos das tarifas exigíveis dos usuários pelos serviços prestados. Recordou que a vinculação do Edital ao contrato tem como consectário que as tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento. Evidencia o STJ que a permissão da cobrança constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 01/98) para que as empresas interessadas,

Os distintos atos de consentimentos de ingresso no mercado, como o registro de um operador, a licença, a autorização, a permissão e a concessão, são atos que legitimam, depois de um processo de verificação, o direito de exercer determinada atividade econômica⁶⁵⁸.

com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas, razão pela qual as disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas. Constando cláusula expressa sobre a mesma no contrato de concessão. Sendo assim decidiu pela legalidade da cobrança mensal da tarifa alegando constituir-se em contraprestação pela disponibilização do serviço de forma contínua e ininterrupta ao usuário (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 994144, Processo: 200702348431 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 12/02/2008 Documento: STJ000320195, Fonte: DJE DATA:03/04/2008, Relator(a): LUIZ FUX, Data Publicação: 03/04/2008).

- 658 O *Tribunal Constitucional espanhol*, em sentença que diz respeito a farmacêutico que invoca o princípio da livre iniciativa frente às normas que condicionam a licença de abertura em respeito de uma distância mínima e um número mínimo de habitantes por cada estabelecimento aberto, discutia se tais estabelecimentos entram no conceito de empresa porque *“tienden a satisfacer una necesidad de carácter básico”*. O Tribunal preferiu não excluir, *a priori*, os estabelecimentos farmacêuticos do âmbito constitucionalmente protegido pela livre iniciativa, o que não o impediu que se resolvesse que os requisitos legais para a obtenção da licença de abertura não afetavam o conteúdo essencial da livre iniciativa (ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 83/1984. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 24/7/1984. Publicación BOE: 19840824 [«BOE» núm. 203]. Sala: Pleno. Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Truyol y Pera. Ponente: don Francisco Rubio Llorente. Número registro: 80/1983. Recurso tipo: Cuestión de inconstitucionalidad). A inclusão da atividade das farmácias dentro do âmbito de aplicação do art. 38 CE foi confirmada por outra sentença, na qual o tribunal concluiu, a partir da livre iniciativa, em relação ao art. 149.1.1ª CE, que corresponde exclusivamente ao legislador proibir ou permitir a transmissão da licença de abertura, dispondo que: *“La vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado tal y como sucede con los preceptos que regulan la caducidad de las autorizaciones administrativas de apertura de farmacias (SSTC 17/1990, 127/1994). [...] La libertad de empresa, de la que la transmisibilidad de ésta es una concreción, exige que las distintas empresas de un mismo sector se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional, pues dicha libertad, sólo existe en una economía de mercado que resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores”* (ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 109/2003. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 5/6/2003. Publicación BOE: 20030701 [«BOE» núm. 156]. Sala: Pleno. Ponente: Don Tomás S. Número registro: 3540/96, de 1492. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad). Na mesma linha, porém, em outro caso, que analisava a Lei do Parlamento da Galícia 5/1999, de 21 de maio, de ordenação farmacêutica, pôde afirmar que os estabelecimentos farmacêuticos são configuradas como *“establecimientos sanitarios”*, o que determina que as regulações sobre a intransmissibilidade e caducidade das autorizações de abertura estejam dentro da competência relacionada à *“sanidad”*. De acordo com o TC, a intransmissibilidade é contrária a Lei 16/1997, daí porque declarou tal dispositivo inconstitucional e nulo. O TC, no mesmo caso, também, analisou a possibilidade de dispensar medicamentos aos doentes com enfermidades de longa duração mediante o serviço de correios. Afirmou que tal ato faz parte da atividade farmacêutica, não infringindo a garantia da saúde, desde que seja realizado mediante a apresentação da receita médica. Também

tratou sobre a regulação da produção ou fabricação de “radiofármacos”, para o TC constitui um aspecto substancial do regime jurídico dos medicamentos, estando dentro da matéria “*legislación sobre productos farmacéuticos*”. Motivo pelo qual decidiu que nada impede que as Comunidades Autônomas outorguem a autorização para entrar em funcionamento as unidades de radiofarmácia. Por fim, afirmou que a caducidade produzida como consequência do falecimento ou por alcançar a idade de sessenta anos, não implica vulneração ao princípio da liberdade de empresa (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 152/2003. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/7/2003. Publicación BOE: 20030813 [«BOE» núm. 193]. Sala: Pleno. Ponente: don Vicente Conde Martín de Hijas. Número registro: 3537/1999. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad). Fugindo ao tratamento relativo aos atos de consentimento, vale aqui referenciar a polêmica relativa aos estabelecimentos farmacêuticos. Sobre a mesma, além da posição espanhola, já apresentada, vale a referência a outras cortes constitucionais.

A *Corte Constitucional italiana* optou por considerar aplicável a livre iniciativa às farmácias para analisar posteriormente, caso por caso, se a intervenção pública respeita as exigências constitucionais (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 312 de 30 SETTEMBRE 1983, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 18 ottobre 1983. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 27 del 30 gennaio 1957. Pres. ELIA, Massime: 9628, 9629, 9630, 9631, 9632, 9633, 9634). Em jurisprudência anterior, essa mesma corte excluía as farmácias da esfera da livre iniciativa. Ao tratar da organização dos serviços farmacêuticos, dispunha que se, por um lado, o farmacêutico que cria uma farmácia ganha um privilégio, já que há uma eliminação da concorrência dentro de certos espaços demográfico e territorial; de outro, tratando-se de um serviço de necessidade pública, importa que o farmacêutico realize a mesma obrigação da atividade no cumprimento dos requisitos estabelecidos por lei para esta profissão específica. Entre essas obrigações está a proibição, com sanções penais, de vender medicamentos ao público a um preço diferente do que o indicado no rótulo. Na ocasião, por entender que tal disposição afeta a livre iniciativa, pois essa se “*traduce nella possibilità di indirizzare liberamente, secondo le proprie convenienze, la propria attività nel campo economico*”, decidiu que tal liberdade, a qual a Constituição estabelece como limite ao interesse público, não pode a iniciativa privada estar em conflito com a utilidade social, entendida como realização do bem comum. Por isso afirma que: “*L’iniziativa economica privata viene così subordinata alle esigenze generali e sociali determinate dalla legge*”. Consequentemente, a imposição a não vender medicamentos a preços diferentes não é incompatível com a disposição constitucional do art. 41 e, na sua finalidade, está plenamente habilitado a prestação do art. 32, todos da Constituição italiana (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 29 de 22 Gennaio 1957, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 26 gennaio 1957. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 27 del 30 gennaio 1957. Pres. DE NICOLA - Rel. GABRIELI, Massime: 232).

Em caso relativo à reserva de propriedade das farmácias em favor dos farmacêuticos em Portugal, alegava-se que tal reserva constituiria um exclusivo de base corporativa, não justificado por razões de saúde pública, introduzindo uma restrição ao direito de propriedade privada e da igualdade. O *Tribunal Constitucional português*, apesar de não ter sido confrontado pela limitação da norma à liberdade de iniciativa econômica privada, entendeu que como a farmácia é fundamentalmente um estabelecimento ou empresa (organização de fatores produtivos dirigidos à troca, e com um determinado valor de posição no mercado), sem dúvida que a norma em questão contende, antes de mais, com essa liberdade. De acordo com o tribunal, o que está em causa é, nesta perspectiva, o direito de fundar e instalar uma farmácia (a liberdade de estabelecimento ou de criação da empresa), ou de adquirir e explorar (liberdade de exploração da empresa). Afirma, na decisão, que a norma constitucional remete para a lei a definição dos quadros, nos quais se exerce a liberdade de iniciativa

Em especial, quando a atividade regulada se caracteriza por ser um serviço público, a modelagem da delegação, realizada por autorização, permissão, ou, principalmente, por concessão, enquadra-se como importante técnica de regulação, pois será, a partir desses instrumentos, que objetivamente definirá a concepção de serviço adequado, desenhando-se os padrões de eficiência⁶⁵⁹ que se espera na atuação do delegatário, à luz das peculiaridades de cada serviço e da própria região, conforme anota Fernando Herren Aguillar⁶⁶⁰, acrescentando ainda que não se pode dar a elas tratamento uniforme sem risco de distorção.

Marcos Juruena Villela Souto⁶⁶¹ leciona em igual sentido ao afirmar que a regulação, nos contratos de concessão, é substitutiva do mercado. Nela, de acordo com o autor, há interferência em diversos detalhes técnicos, que escapam à

econômica privada. Trata-se, aqui, da previsão constitucional de uma delimitação pelo legislador do próprio âmbito do direito fundamental, da previsão de uma “reserva legal de conformação”. A lei definidora daqueles quadros deve ser considerada, não como lei *restritiva* verdadeira e própria, mas sim como lei *conformadora* do conteúdo do direito. Ora, a liberdade de conformação do legislador, nestes casos, em que existe uma remissão constitucional para a delimitação legal do direito, há de considerar-se mais ampla do que nos casos de verdadeiras leis restritivas do direito, desde logo, porque o direito não tem, nos primeiros, limites fixos constitucionalmente garantidos, remetendo-se antes para uma caracterização legal que apenas não poderá aniquilar um mínimo de conteúdo útil, constitucionalmente relevante (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 187/01, Proc. n.º 120/95, Plenário, Relator: Paulo Mota Pinto, Data: 2 de Maio de 2001).

Em relação à constitucionalidade dos limites impostos aos estabelecimentos farmacêuticos, também se pronunciou o *Bundesverfassungsgericht* Alemão (ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 7, 377 - Apotheken-Urteil. Urteil des Ersten Senats vom 11. Juni 1958 -- 1 BvR 596/56).

659 Isaac Benjó (BENJÓ, Isaac. Fundamentos de economia da regulação. Rio de Janeiro: Thex. 1999, p. 93 e 94) destaca os métodos do *benchmark regulation* e do *yardstick comparison* como mecanismos de incentivo à eficiência dos concessionários públicos. Confira-se: “Na prática da *benchmark regulation*, considera-se o desempenho de uma companhia hipotética conceitualmente eficiente e com estrutura de custos similares à concessão a ser regulada. Alguns parâmetros poderão ser estabelecidos para confronto, a saber: retorno sobre investimentos, produtividade da mão-de-obra, custos incorridos, etc. O regulador cobra desempenho por comparação. A produtividade extra obtida pelo concessionário é benefício concedido pelo agente regulador. [...] O método do *yardstick comparison* constitui um caso especial de regulação por incentivos. O regulador cria para a concessão uma medida de comparação, utilizando parâmetros de desempenho preestabelecidos. Os valores adotados no cálculo desta medida são provenientes da performance de outras concessionárias em áreas geográficas diversas”.

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

661 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 301.

competência política do legislador ao editar a norma, e do próprio administrador, nos casos em que cabe ao agente político a celebração do contrato.

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

Um dos princípios dos contratos de concessão de serviço público é o que impõe a efetiva e indispensável manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro⁶⁶². Isso significa que a comutatividade, ou seja, a equivalência entre as obrigações estabelecidas no momento da celebração do pacto, deverá ser mantida durante toda a execução do contrato, regida sob a teoria da imprevisão, pela qual o contrato continua sendo fato para ser cumprido, mas ocorrida uma circunstância imprevista ou imprevisível que acarrete onerosidade excessiva, afetando significativamente a economia do contrato, este deveria ser reajustado, entre outras razões, para restaurar o equilíbrio.

Desse modo, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público⁶⁶³ é a garantia de que, qualquer que sejam

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

663 O risco é a essência do contrato de concessão. No entanto, é inegável a relação direta existente entre o risco e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Quanto mais riscos forem transferidos ao concessionário, maiores serão as repercussões na economia do contrato. Daí que é fundamental o conhecimento prévio dos riscos e da definição de uma adequada estrutura da relação entre concedente e concessionário, com vista a obter um equilíbrio econômico-financeiro que não prejudique o usuário do serviço.

Por sua vez, o concedente demanda o maior esforço possível para minimizar os riscos políticos do negócio, vislumbrando, no concessionário, um associado para a consecução e satisfação de uma necessidade pública.

O fato de que o equilíbrio econômico-financeiro deve ser mantido ao longo de toda a execução do contrato, o que não é sempre tarefa fácil diante do dinamismo e complexidade das concessões, é uma forma de assegurar a efetividade dos princípios de continuidade e de adequação do serviço.

as alterações⁶⁶⁴, advindas de determinações da Administração ou de fatores estranhos à relação jurídica estabelecida, mas que tenham um impacto extraordinário sobre ela, levarão sempre ao restabelecimento da equação financeira inicialmente fixada no contrato⁶⁶⁵.

Pode-se aludir, então, que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é um direito subjetivo do concessionário, resultado do direito de dirigir o serviço público com respeito ao princípio econômico do lucro. Dessa maneira, ainda que o poder público possa alterar unilateralmente as cláusulas de serviços, o princípio da segurança jurídica dos investimentos é assegurado objetivamente por previsão, legal e contratual, do direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Daí, que as cláusulas econômicas, que fixam a justa retribuição do capital investido em função da comutatividade inerente aos contratos onerosos, são imutáveis, visto que representam a “*utilidad planificada*”⁶⁶⁶ pela concessionária⁶⁶⁷.

664 Não é qualquer desequilíbrio na equação que terá o poder de evocar uma alteração do pactuado, já que os riscos inerentes a qualquer atividade não deverão ser considerados. São as chamadas áleas ordinárias, que constituem os encargos previsíveis e consequentemente suportáveis, pois são responsabilidades usuais resultantes da contratação.

Em princípio, aceita-se que o concessionário assuma os riscos do mercado, como qualquer empreendedor comercial ou industrial. Consequentemente, se suas previsões de demanda foram malfeitas, ou se operou o serviço com negligência ou imperícia, não pode o concessionário eximir-se de suas responsabilidades, reivindicando a restauração da equação inicial.

Somente a álea extraordinária, ou seja, a que cause uma onerosidade excessiva a uma das partes, isto é, a revisão do ajuste, desde que presente os requisitos de imprevisibilidade do fato, ou ainda que previsível, de extensões incalculáveis. Tal comprovação deve ser feita em cada caso concreto.

Dessa forma, para que se possa solicitar a modificação do preço em um contrato, não pode bastar a mera alegação, devendo ficar demonstrada a existência de fatos supervenientes que provem que a carga para uma das partes faz inviável a execução contratual nos moldes iniciais.

665 É importante assinalar, portanto, que intangível é o equilíbrio econômico-financeiro inaugural estabelecido na relação contratual, mas este não se confunde com a fórmula inicial para calcular a equação econômica. Daí não ser possível cogitar que as cláusulas contratuais que expressem este equilíbrio sejam imutáveis. Portanto, o direito adquirido do concessionário é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não a fórmula inicialmente pactuada no contrato para expressar este equilíbrio.

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

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

Desse modo, sempre que forem mantidas as condições do contrato, considera-se conservado seu equilíbrio-financeiro. Por conseguinte, havendo alteração neste equilíbrio, impõe-se seu restabelecimento ao inicialmente pactuado, sob pena de comprometerem-se as finanças da concessionária, pondo em risco a adequação dos serviços delegados, que é o objetivo da função regulatória nos serviços públicos⁶⁶⁸. Por isso, a importância da fixação de uma tarifa justa que esteja entrelaçada intimamente à adequação do serviço. Há uma estreita correlação, portanto, entre a fixação da tarifa e a adequação pretendida. A forma de adequação da tarifa, porém, depende da situação que motiva o desequilíbrio contratual.

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

Sendo assim, verificados os requisitos de imprevisibilidade do fato ensejador da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, ou mesmo se previsíveis, de extensão incalculável, corresponde verificar, em cada caso concreto, a aplicação das várias formas de restabelecimento da equação econômico-financeira. Em efeito, validado e verificado algum desequilíbrio, possui, o poder concedente, diversas técnicas para promover seu restabelecimento, como a correção monetária⁶⁶⁹, o

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

669 A correção monetária é a mera recomposição do valor da moeda, calculável pelos índices gerais de inflação. Afinal, numa economia inflacionária, cada dia sem os recursos representa um custo financeiro para o contratado. Até 90 (noventa) dias, o atraso no pagamento é considerado como “*mora*”; após tal período, fica caracterizado o “*inadimplemento*”, que autoriza o contratado a pleitear a “*rescisão*” do contrato. Há, no entanto, quem sustente que o contratado nem precisa pedir tal rescisão no poder judiciário, sendo-lhe facultado, de imediato, interromper a execução sem qualquer autorização, o que coloca em risco o atendimento do interesse público.

reajuste, a revisão⁶⁷⁰, a modificação do valor que lhe outorga, o incremento de outras fontes de ingressos, a concessão de subsídios pelo poder concedente, o aumento do prazo contratual, entre outros.

Regressando à figura 18, nesta, também, está retratada a atividade de fiscalização/acompanhamento da execução correta das atividades consentidas ou contratadas nos limites estabelecidos no marco regulatório (CRFB, legislação, normas regulatórias, licitação, ato de consentimento e de adjudicação), visto que é, no âmbito da fiscalização, que se implementarão e supervisionarão os limites impostos no marco regulatório.

Nesse contexto que as ações deonticas e não-deonticas serão mais evidentes. Ter-se-ão, por exemplo, atos de planejamento; atos de indução; atos de direção; estímulos positivos e negativos; atos de fixação, reajuste e revisão de tarifas, atos de inspeções; atos de fiscalização e imposição de ordens sobre a aquisição, manutenção e substituição de bens e serviços regulados; atos de controle das

670 O reajuste do contrato depende da previsão pelas partes, no momento da celebração do contrato, de evento futuro e certo que importará no seu desequilíbrio econômico e financeiro, e somente vai ocorrer se, no pacto, contiver cláusula que assim o preveja. Procura preservar o equilíbrio financeiro do contrato em função da variação dos custos das obrigações inicialmente estabelecidas, nos termos fixados no contrato.

Ao contrário, a revisão do contrato ocorrerá sempre que evento futuro e incerto (ex. fato do príncipe) trouxer um desequilíbrio da sua equação econômico-financeira, ou que esta possibilidade esteja prevista em dispositivo legal. Tanto pode dizer respeito à equação econômica quanto à financeira, em função, exatamente, do surgimento de novos custos e obrigações. Não se trata, pois, de acompanhar, apenas, a variação dos custos inicialmente ajustados, mas de considerar a incorporação de novos custos ao contrato, com vistas não apenas à constante preservação, como à majoração da qualidade da prestação, eis que se trata de contratos que têm imprescindível natureza dinâmica, pois devem acompanhar a evolução das ciências e artes médicas.

De forma distinta do que ocorre no reajuste – que deve estar previsto no contrato – a revisão não necessita cláusula contratual que a prescreva, pois estará sempre autorizada quando constatada a ocorrência de um fato superveniente que desequilibre excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a sua remuneração, impondo o restabelecimento da equação econômica posta no início da relação contratual. Enquanto o reajuste, que incide sobre a expressão monetária de preços, procura preservar o valor originariamente pactuado para a prestação financeira do segurado, e, assim, o equilíbrio financeiro do contrato, em função da variação dos custos inicialmente estabelecidos, nos termos fixados no contrato, e a revisão, que incide sobre os preços, procura preservar a qualidade dos produtos originariamente pactuados para a prestação de serviços da seguradora, e, assim, tanto pode dizer respeito à equação econômica quanto à financeira, em função, exatamente, do surgimento de novos custos, como aqui relatados (tais como os acarretados pelos mais recentes insumos tecnológicos, que se vão acrescendo às prestações de saúde e, a partir deles, gerando um natural aumento de sua demanda pelos consumidores, tudo afetando o equilíbrio atuarial originário). Assim, cláusula de reajuste apresenta um caráter prospectivo, diferentemente da revisão, que opera no presente, mas a partir de uma visão retrospectiva.

políticas públicas; arrecadação da taxa de regulação, que é uma das condições de permanência no mercado e que serve para o custeio das ações de polícia administrativa; entre muitas outras⁶⁷¹.

Vale, igualmente, mencionar a liquidação extrajudicial e o regime de direção de empresas (técnico ou fiscal) como instrumentos interventivos regulatórios. Vista na fiscalização a existência de uma má gestão dos negócios privados, pode o ente regulador utilizar-se destes mecanismos de intervenção para impedir que a empresa saia do mercado prejudicando os consumidores/usuários⁶⁷².

A regulação deve maximizar os benefícios em relação às restrições de direitos. Assim, a empresa, ao invés de ser retirada do mercado, pode corrigir as fa-

671 Por meio da regulação executiva (função regulatória executiva) é possível, mediante justificativa técnica, moderar os excessos decorrentes da generalidade de normas, fixando uma interpretação adequada ao caso concreto. Afinal, a norma geral tende a dar tratamento isonômico às situações que nem sempre se encontram em um plano de igualdade. A interpretação regulatória serve, pois, para corrigir tais inquietudes e excessos no caso concreto, ex-officio ou por petição do interessado. Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 58) considera: *“Importante instrumento de regulação executiva é a interpretação regulatória. Nem sempre a generalidade da lei ou da norma regulatória vai se adequar às peculiaridades do caso concreto, o que impõe um juízo técnico semelhante ao que o magistrado adota para decidir com equidade, de modo a atender à finalidade da norma e, no caso da regulação, ponderar adequadamente entre custos e benefícios, de modo a que estes preponderem sobre aqueles”*.

672 Tais mecanismos são comuns no regime de defesa do mercado das instituições financeiras e de operadoras de saúde no Brasil.

Em Portugal, de acordo com o Tribunal Constitucional português, a Constituição autorizava o Estado a intervir diretamente na própria gestão das empresas privadas, sendo legítimo qualquer tipo de intervenção - desde a submissão da empresa a um regime especial de fiscalização ou tutela até à substituição integral pelo Estado do titular da empresa na sua gestão - desde que destinado a assegurar o *interesse geral* e os *direitos dos trabalhadores*, cabendo à lei selecionar e tipificar as diferentes situações e meios de intervenção (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 257/92, Processo: n.º 60/90, 1ª Secção, Relator: Conselheiro Monteiro Diniz, Data: 13 de Julho de 1992). Tal tribunal julgou caso relativo à cessação da intervenção do Estado na gestão de empresa privada, que visava ao saneamento económico financeiro da empresa, onde alegava-se inconstitucionalidade por violação dos princípios constitucionais da livre iniciativa económica e do direito de propriedade privada, consagrados nos arts. 61 e 62 da CRP, ofendendo igualmente o princípio de que ninguém pode ser privado da sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas na lei e pelos princípios gerais do Direito Internacional, consagrado no art. 1º do Protocolo n.º 1 adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Apesar de instâncias anteriores terem declarado inconstitucional, o TC resolveu por não adentrar no mérito da questão, alegando que o que está em causa é a previsão da conversão de créditos em capital da empresa intervencionada, independentemente da vontade dos acionistas, e a constitucionalidade desta solução normativa já foi apreciada pelo Tribunal Constitucional, nestes mesmos autos (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 76/2005, Proc. n.º 766/03, 2ª Secção, Relator: Cons. Paulo Mota Pinto, Data: 15 de Fevereiro de 2005).

lhas em que incidiu e normalizar seu funcionamento, esta precisa ser a postura de defesa do mercado que a intervenção regulatória deve assumir.

A liquidação extrajudicial refere-se à exclusão de empresas mediante a determinação da sua liquidação extrajudicial, quando houver risco no atendimento aos destinatários da atividade. Normalmente se proíbe por lei que a empresa tenha a possibilidade de requerer recuperação (extra)judicial e não estão, em regra, sujeitas à falência ou insolvência civil⁶⁷³, impondo o regime de liquidação extrajudicial.

Para Rubens Requião⁶⁷⁴, a liquidação extrajudicial é um mecanismo de direito público, pelo qual o Estado busca os seus próprios interesses e salvaguarda os interesses privados da massa dos credores interessados⁶⁷⁵. Darcy Bessone⁶⁷⁶ afirma que, nas liquidações judiciais, encontram-se em jogo interesses privados; ao passo que, na liquidação extrajudicial, prepondera o interesse público, para se concluir que: *“a previsão da liquidação administrativa, todavia, não afasta, in specie, a possibilidade de opção pela correspondente judicial, traduzida pelo regime falimentar, quando se cuidar de sociedade que pratique atos de comércio”*.

Quanto ao regime de direção de empresas, diferencia-se em regime de direção técnica e regime de direção fiscal⁶⁷⁷. Tais regimes constituem alternativas à liquidação (em juízo ou fora dele) das empresas, que ficam, assim, mantidas no exercício de suas

673 Usualmente, obriga-se a que o ente regulador autorize o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil nas situações em que o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários; o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; ou nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos arts. 186 a 189 do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

674 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 201.

675 Para Rubens Requião (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 233): *“a liquidação extrajudicial constitui um sucedâneo administrativo da falência. Sabe-se que a falência consiste numa forma judicial de liquidação da sociedade comercial. O processo judicial falimentar tem no terreno administrativo, como correspondente, a liquidação extrajudicial, reconhecida, pois, a possibilidade de incidência do instituto da falência, desde que tipificada a hipótese no respectivo requerimento, vale dizer, ainda que registrada sob a forma de sociedade civil, se exercia a prática de atos de comércio, afigurada está a possibilidade de incidência do pedido de decretação de falência”*.

676 BESSONE, Darcy. *Institutos de Direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 207.

677 Como escreve António Baldassare (BALDASSARE, António. Iniziativa economica privata. In: CALASSO, Francesco (Dir.). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1971, vol. XXI, p. 584): *“a história da origem da liberdade de iniciativa económica e a história das relações de tal liberdade com o direito de propriedade: quer dizer, e o desenvolvimento de um processo gradual que, partindo da sua originária indistinção, chega a uma progressiva diferenciação, tanto estrutural como funcional”*.

atividades, mas, sob uma espécie de intervenção. A direção-técnica poderá ser instaurada sempre que ocorrerem anormalidades administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento ao consumidor/usuário. Já a direção-fiscal poderá ser instaurada sempre que se verificar a insuficiência nas garantias do equilíbrio financeiro ou anormalidades econômico-financeiras graves.

Outro instrumento interventivo que não se pode deixar de mencionar ao tratar da fiscalização de polícia é a “*taxa de regulação*” ou “*taxa de fiscalização*”, paga pelos fornecedores diretamente às agências reguladoras, de modo a que não dependam da transferência de recursos orçamentários⁶⁷⁸.

Sua natureza jurídica é de tributo⁶⁷⁹ cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia, definido no art. 145, II, CRFB e no art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN). Trata-se de prestação pecuniária compulsória, que não constitui

O *Tribunal Constitucional português*, em matéria de intervenção do Estado na Sociedade de Vinhos A., SARL, pelos Ministérios do Comércio Externo e das Finanças, afirmou que a garantia do direito de propriedade não inclui, só por si, a garantia da *liberdade de empresa*, estabelecendo a Constituição uma clara distinção entre o direito de propriedade e a iniciativa privada. Define que: “*a actividade pessoal no plano económico não se esgota na propriedade, existindo uma incidível relação entre esta última e a autonomia ou iniciativa privada*”. Além de sustentar que “*a iniciativa económica privada deriva da propriedade, e é no seu domínio, e como sua seqüela, que se situam muitas das soluções restritivas que actuam na configuração do âmbito da propriedade, com o seu reflexo no campo jurídico-negocial*” (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 257/92, Processo: n.º 60/90, 1ª Secção, Relator: Conselheiro Monteiro Diniz, Data: 13 de Julho de 1992). Por um lado, também, tem entendido que a Constituição estabelece “*uma clara distinção entre o direito de propriedade e a iniciativa privada*”, e que “*os limites constitucionais estabelecidos para a iniciativa económica privada implicam uma autorização constitucional para as necessárias restrições ao uso e fruição da propriedade*” (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 491/02, Processo: n.º 310/99, Plenário, Relator: Cons. Paulo Mota Pinto, Data: 26 de Novembro de 2002).

678 Sua cobrança é, normalmente, devida a partir do 1º dia do mês seguinte a criação da agência e, em regra, é recolhida anualmente, diretamente a conta vinculada a agência. Sugere-se que a taxa não recolhida nos prazos fixados seja cobrada com acréscimos de: juros de mora, na via administrativa ou judicial, contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de 1% ao mês; multa de mora de 20%, reduzida a 10% se o pagamento for efetuado até o último dia útil do mês subsequente ao do seu vencimento; e encargos de 20%, substitutivo da condenação do devedor em honorários de advogado, calculado sobre o total do débito inscrito como dívida ativa, que será reduzido para 10%, se o pagamento for efetuado antes do ajuizamento da execução.

Vale lembrar, também, que os valores cuja cobrança seja atribuída por lei à agência e apurados administrativamente, não recolhidos no prazo estipulado, serão inscritos em dívida ativa da própria agência e servirão de título executivo para cobrança judicial na forma da lei.

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

sanção de ato ilícito, instituída por lei e cobrada mediante atividade administrativa vinculada (CTN, art.3º)⁶⁸⁰.

Sob o aspecto orçamentário-financeiro, impõe-se considerar que as Agências Reguladoras sejam aquelas normatizadoras de serviços públicos, as de poder de polícia, que gozam dessa autonomia garantida pela arrecadação e administração própria de receita, mormente oriunda de taxas. Esses recursos é que darão total supedâneo ao exercício da função fiscalizadora da entidade, de modo a justificar os investimentos na fiscalização do segmento que se pretende regular. Não fosse assim, não haveria como se sustentar a competência fiscalizatória de todas as entidades reguladoras de que se tem ciência no ordenamento pátrio.

Posteriormente à atividade fiscalizadora, e se for o caso, surgem a fase do sancionamento, que ocorre sempre que for constatada uma violação do marco regulatório (Figura 18, parte inferior direita). Disparado o procedimento administrativo sancionador e garantidos o devido processo legal e o direito a ampla defesa e contraditório, caso se verifique que as infrações eram verídicas, poderá impor-se uma sanção motivada e proporcional à gravidade da falta⁶⁸¹. Ou, pode-se deixar de aplicar a sanção pela celebração de acordos substantivos, seja por meio de por meio de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC), segundo o que melhor atenda o interesse público⁶⁸². Daí porque novamente uma divisão na figura 18, desde a atividade fiscalizadora e do acompanhamento

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

681 Um exemplo de sanção relacionada à livre iniciativa é o relativo à suspensão temporária de licença de autotáxi. O *Tribunal Constitucional espanhol* expressou que nenhum preceito constitucional prevê, nem explícita nem implicitamente, a limitação de direitos constitucionais em um âmbito de atividade econômica privada, ainda que esteja intervinda e regulamentada, como é a prestação de serviços de transporte em autotáxi. No caso, entendeu que não havia fundamento algum para que a sanção imposta ao recorrente carecesse da cobertura legal que, com caráter geral, exige o art. 25.1 CE (ESPAÑA). *Tribunal Constitucional*. Referencia número: 132/2001. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 8/6/2001. Publicación BOE: 20010703 [«BOE» núm. 158]. Sala: Sala Primera. Ponente: don Pablo Cachón Villar. Número registro: 1608/2000. Recurso tipo: Recurso de amparo).

682 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 157) conceitua o acordo substitutivo como um ato jurídico complexo característico da Administração Pública consensual e que é praticado entre Administração e administrado ou mesmo com outro ente público, neste caso, quando esteja em situação assemelhada à do administrado, com o objetivo de substituir, em determinada relação

da execução correta das atividades consentidas ou contratadas e nos limites estabelecidos no marco regulatório. Dessa maneira, verificada uma sanção ou ter-se-á uma punição ou se celebrará um acordo substantivo.

administrativa, uma conduta primariamente exigível por outra conduta secundariamente negociável, com a finalidade de possibilitar um melhor atendimento de interesses públicos.

Já Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011, p. 133) entendem que: “A literatura denomina como acordos substitutivos na esfera administrativa os atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa. Acordos substitutivos são alternativas a atos administrativos sancionadores”.

Depreende-se que os acordos substitutivos são instrumentos consensuais substitutivos de composição de conflitos entre a Administração e, nos casos de procedimento administrativo sancionador, os infratores, com o fim de almejar interesses públicos específicos. Três são, portanto, as características desses acordos: (i) a consensualidade, inerente de qualquer acordo; (ii) a alternatividade, necessária a substituição; e (iii) a finalidade pública, decorrente do interesse público específico.

A consensualidade, já mencionada, surge no contexto da Administração consensual, onde o Estado substitui gradativamente sua atuação impositiva e unilateral por uma atuação negocial em que, de forma consensual, as partes buscam cada qual a vantagem em firmar tal instrumento. A convergência de interesses, dessa forma, é crucial para o sucesso de qualquer tentativa de regulamentação de Termos de Ajustamento de Condutas. Logo, como ato administrativo bilateral que é, não existe obrigação de adesão para o infrator, podendo este, se não existir incentivo para a celebração do termo de ajustamento, preferir a via litigiosa do procedimento sancionatório em sede administrativa e, eventualmente, em impugnação judicial.

A alternatividade também é outra característica desses acordos substitutivos, pois como o próprio nome diz deve existir opções ou alternativas no regulamento que possibilitem a substituição da pena de multa ou qualquer outra prevista por um acordo em que, de forma consensual, as partes busquem estabelecer um ajuste à suposta infração realizada. Não poderia existir, assim, uma única opção. É imprescindível que, existindo uma pluralidade de meios que satisfaçam os imperativos regulatórios, deve a Administração optar por aquele que seja mais razoável e proporcional diante do caso concreto, que poderá não ser a aplicação da sanção de multa mas, sim, a celebração do acordo substitutivo.

Por fim, o interesse público afetado no caso concreto deve ser identificado e, em consenso, buscar-se-á estabelecer formas de correção de uma conduta supostamente irregular que beneficiem não só os consumidores/usuários como também o mercado em si. Significa dizer que, apesar de existir uma margem de liberdade da Administração em realizar tais acordos, poderá essa se reduzir a uma única opção por se entender que a penalidade deve ser substituída por uma prestação positiva em favor da sociedade, única forma de se respeitar os princípios da Administração Pública, tais como os da eficiência e da economicidade. Sendo assim, a margem de liberdade administrativa existente para qualquer tomada de decisão concederá à Administração a possibilidade de ponderar em sua plenitude e, assim, eleger consensualmente com a parte infratora a via mais consentânea com o interesse público que deve proteger.

Sobre esse ponto, abordar-se-á mais adiante. Vide: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 51-68, out. 2010; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, v. 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

Completa-se o ciclo regulatório da figura 18 com as resoluções de eventuais conflitos que venham a surgir, seja por meio da própria administração, exercendo a função administrativa regulatória judicante, que tem por objetivo dirimir conflitos de interesse entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a autoridade reguladora independente que o regula, ou mesmo entre esses agentes e consumidores/usuários⁶⁸³; ou por meio de decisões judiciais dos conflitos ou aplicação judicial das sanções que não sejam administrativas. O poder judiciário confirma ou infirma as ações administrativas.

Uma vez visualizado o ciclo regulatório do Estado brasileiro na economia, cabe voltar à noção precisa da função administrativa regulatória, que visa, como

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

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

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

[...]

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

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

já mencionado, interpretar conceitos técnicos para implementação de políticas públicas por meio de atos executivos, normativos e judicantes.

A figura 19 ilustra a função administrativa regulatória do Estado brasileiro na economia. Do lado esquerdo do esquema, seguindo as linhas pontilhadas, vê-se a possibilidade dessa função ser implementada por meio de atos executivos, normativos e judicantes, conforme elucidado o conceito da mesma função. Também, vê-se que a possibilidade de implementação é compatível e pode integrar cada uma das funções da Administração pública variando segundo o tipo de atividade, confirmando a existência de uma regulação na polícia administrativa, regulação dos serviços públicos, regulação no ordenamento econômico e regulação no ordenamento social.

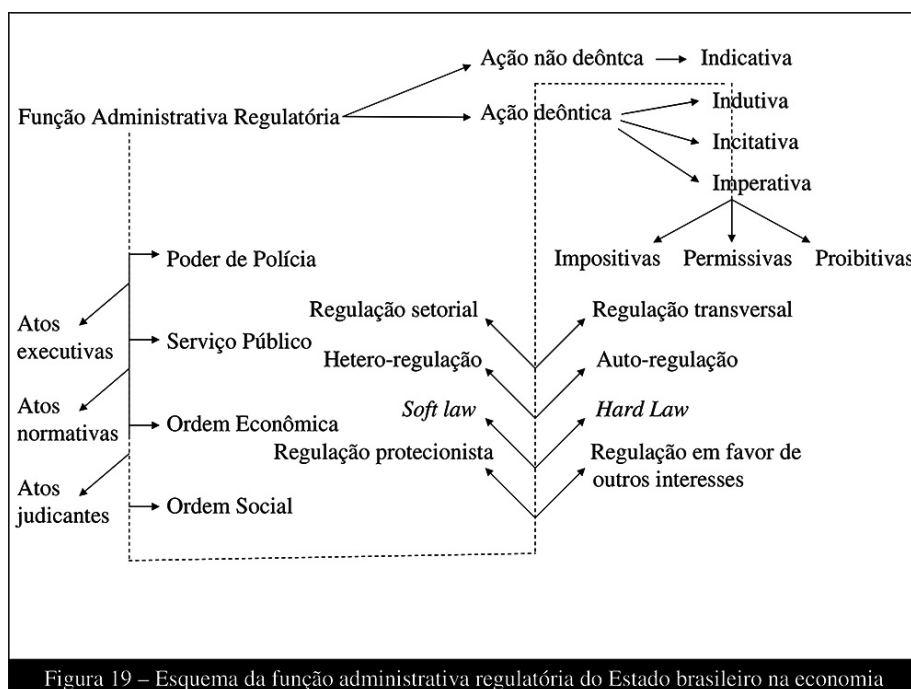


Figura 19 – Esquema da função administrativa regulatória do Estado brasileiro na economia

Fonte: Elaborada pelo autor.

Utilizando por base a classificação de Vital Moreira⁶⁸⁴, que apresenta a regulação dividida em cinco tipos e formas (quanto à forma jurídica, sujeitos,

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

fim, intensidade e beneficiários), importa a início demonstrá-las, além de incluir mais uma (quanto à abrangência)⁶⁸⁵. Essa classificação vem elucidada no contínuo da linha pontilhada, ao centro da figura 19.

Quanto à abrangência, duas são as formas: regulação setorial e regulação transversal. A regulação setorial (“*unbundling regulation*”) abrange setores determinados da economia. É também conhecida por regulação intrusiva, de fórmulas “*più-pesante*”, mas não necessariamente excessiva (mais do que o necessário)⁶⁸⁶. Pressupõe alta carga normativa, além de técnicas de imposições de obrigações *ex ante* e, em geral, submissão dos regulados a poderes de supervisão e fiscalização, ademais de ver determinados conflitos solucionados por entes que a realizarem. Nessa perspectiva, o Estado se envolve de maneira ativa e empenha-se na realização de certos objetivos, previamente traçados politicamente.

685 Quanto à regulação econômica, o autor expõe que esta penetra no interior da atividade empresarial e profissional, além de substituir as condições de funcionamento dos mercados, estabelecendo barreiras de entrada e de saída sobre as atividades, o número de operadores, assim como impõe decisões essenciais da produção: que, como, quando, onde e a que preço produzir. Pretende substituir a concorrência, perseguindo efeitos que se supõem similares a essa, mediante o uso de três grandes técnicas: a criação de empresas públicas, com ou sem nacionalização e reserva de monopólio; a regulação coativa das condições de produção, qualidade e preço dos bens e serviços prestados por empresas públicas ou privados; e, a regulação da estrutura empresarial do setor, limitando o número de operadores que podem acessar o mesmo. Sua existência se justifica na existência das denominadas falhas de mercado. A última forma de regulação do primeiro grupo, a regulação burocrática, é, segundo o autor, unida à regulação administrativa, mas cabe sua distinção. Para o autor, essa regulação é a formalidade administrativa ou “*trámities burocráticos*” que impõem as Administrações Públicas sobre os agentes econômicos e sobre qualquer cidadão. Na sua visão, essas formalidades podem ter incidências gravemente negativas sobre o desenvolvimento de atividades, projetos e iniciativas que se veem entorpecidas, dilatadas ou, incluso, impedidas.

Quanto ao segundo grupo, o autor versa que tanto a regulação estrutural como a de conduta podem ser veículos tanto para a regulação administrativa como para a econômica.

Assim, regulação estrutural tem o objetivo de criar condições que evitem condutas indesejáveis, estabelecendo normas sobre a propriedade, número de empresas, requisitos exigidos a estas, atividades que podem desenvolver, etc. Diferentes técnicas podem ser utilizadas: a empresa pública e a nacionalização, as restrições à propriedade, e regulações a barreiras de entrada, onde estariam incluídas as limitações do número de operadores com ou sem direitos de exclusividade, fixação de requisitos para o desenvolvimento de uma atividade, direito da concorrência (limitação do tipo de atividade que podem realizar-se e separação contábil, funcional, jurídica ou de propriedade, por exemplo).

Por fim, quanto as regulações de conduta, o autor dita que fazem referência a como se realiza a atividade regulada, como o reconhecimento de custos e fixação de preços, o estabelecimento de padrões ou normas de produtos ou serviços (normalização), licenças, certificações, etc. e facilitar informações sobre a empresa, produtos, serviços, etc.

686 Vide: BRUZZONE, Ginevra. La regolazione intrusiva oggi. *Mercato, concorrenza, regole*. n. 3, p. 467-484, Dec., 2002.

Têm as normas regulatórias um caráter muito mais indicativo e incitativo que imperativo, que quando existe é mais impositivo e permissivo. A relação entre o regulador e o regulado tende a ser prolongada no tempo⁶⁸⁷. Com muito menos

687 Tal prolongamento tem vantagem, pois o regulador chega a ter um conhecimento profundo dos setores regulados, mas também desvantagem, porque existe a hipótese da captura, de George J. Stigler (STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science. v. 2, n. 1 p. 3-21, Spring, 1971), e a Teoria dos grupos de pressão, de Gary S. Becker (BECKER, Gary S. *A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*. Quarterly Journal of Economics. n. 98, p. 371-400, 1983).

A “teoria da captura” mostra que o aparato regulatório corre o risco de ser “adquirido” pela indústria, com “a regulação desenhada e operada primariamente para o seu benefício”. Assim, sem correto controle social do regulador, os interesses das indústrias reguladas tendem a influir e moldar as práticas regulatórias de maneira distorcida.

Agravam o “risco de captura” circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade iniciativa privada/governo dos próprios dirigentes das agências, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada. Obviamente, o risco de “captura” não é apanágio das agências, podendo ocorrer com qualquer órgão supervisor, inclusive ministérios, e a identificação de fatores que podem exacerbá-los normalmente se traduz por um desenho institucional que procure diminuí-los.

Para que fossem mitigados os riscos de captura por setores regulados, a experiência anglo-saxã acabou por criar as “agências reguladoras”, tal como hoje conhecidas: com autonomia orçamentária e financeira, mandatos fixos para os dirigentes e não-coincidentes com as eleições majoritárias; estrutura de direções e decisões colegiadas, quarentena para os dirigentes na partida, etc. Estas características, que dão um grau de independência às agências, vêm se tornando padrão na maior parte dos países desenvolvidos e já encontram reflexos definidos nas instituições brasileiras.

O judiciário brasileiro assim decidiu: “A atividade de regulação e, especificamente, a atuação das agências reguladoras, têm se pautado, na contramão, mais por pendores de natureza econômica, olvidando o aspecto social que lhes é imanente. Ocorre a captura do ente regulador, quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e atuação do regulador, levando assim a agência a atender mais aos interesses das empresas (de onde vieram seus membros) do que os dos usuários do serviço, isto é, do que os interesses públicos. [...] A discricionariedade de atuação das agências reguladoras não pode ser admitida com força a se converter em abuso de direito. Embora tenham elas amplo espaço de decisão, tal campo não pode ser dimensionado a ponto de comprometer exatamente os interesses a resguardar” (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AGRSEL - Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Liminar - 3582/01, Processo: 20050500018255201 UF: RN Órgão Julgador: Presidência, Data da decisão: 27/07/2005 Documento: TRF500099060, fonte: DJ - Data: 03/08/2005 - Página: 802 - Nº: 148, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data Publicação: 03/08/2005). O melhor antídoto contra a captura regulatória é a transparência de procedimentos, bem como a possibilidade de receber e processar demandas e interesses dos regulados, dos consumidores/usuários e do próprio poder político. A participação de todos os interessados no processo regulatório é o que se denomina permeabilidade.

Aqui, qualquer canal aberto a quem quer que seja é bem vindo. Pode ele ocorrer por meio de sessões de deliberações abertas, audiências públicas, consultas públicas e até por coleta de opiniões. Nessas

intrusão, tem-se a regulação transversal, aplicável à generalidade dos agentes econômicos, caso da regulação da concorrência, que parte da premissa de que o Estado só deve intervir em casos de abuso do poder econômico, que irá mitigar condutas que basicamente objetivem dominar o mercado, restringir a concorrência ou obter um aumento arbitrário do lucro⁶⁸⁸. Suas normas regulatórias

as empresas reguladas, os usuário ou consumidores correspondentes poderão emanar suas opiniões sobre a regulação e eventuais decisões regulatórias a serem tomadas.

Pode, também, existir a participação por meio da existência de conselhos consultivos dentro da autoridade reguladora. Estes deverão ser o órgão de participação institucionalizada da sociedade na agência. Devem ser integrado por representantes indicados pelo Legislativo, pelo Executivo, pelo Judiciário, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços, por entidades representativas dos usuários, por entidades representativas dos trabalhadores, por representante da comunidade científica e por entidades representativas da sociedade. Não poderão ser seus membros remunerados e o mandato deve ser a metade do tempo do mandato dos dirigentes, sendo vedada a recondução.

Outro órgão de participação da sociedade é o conselho tarifário, também caracterizado como consultivo, porém, específico, já que sua função diz respeito apenas a questões tarifárias. A tal órgão compete emitir parecer sobre a aprovação de reajuste e revisão tarifária, bem como sobre a fixação de tarifas e preços.

A institucionalização de espaços de interlocução entre regulador e regulado como mesas de negociação, comitês técnicos, entre outros, também é outra via de permeabilidade. O acesso à informação deve ser pleno, de qualquer informação de interesse coletivo ou geral, independente de requerimento, no sítio da internet da agência. Deve ser criando tanto para bases de dados com para a possibilidade de cruzamento de informações, como um link de acesso as principais notícias dos segmentos regulados. Criação como órgãos de ouvidoria, defensor dos usuários/consumidores, ou conselhos de representação dos operadores ou usuários/consumidores também pode ajudar.

Qualquer destas formas de participação existentes deve sempre ser efetiva, do contrário, estar-se-á em um mero cenário de faz de contas. Por isso, deve a agência reguladora buscar, permanentemente, a participação de todos os atores da sociedade. O importante é a agência incentivar a efetiva participação popular, nem que para isso auxilie a criação de associações representativas de usuários/consumidores ou até de prestadores de serviços.

Mecanismo que poderia ser incentivado é a criação de comitês de usuários ou grupos de representação para atuar como agentes de fiscalização, controle e informação para a própria agência. Também, vem-se idealizando um mecanismo pelo qual a agência reguladora financia a contratação de especialistas com notório conhecimento pelas associações que pretendam participar dos procedimentos decisórios objeto de consulta ou audiência pública. Tal é salutar, mas tem-se que tomar muito cuidado com eventuais fraudes.

688 Isso ocorre porque, com a reforma do Estado e o surgimento do Estado Regulador, busca-se criar estrutura de mercado favorável. Por isso os entes reguladores independentes possuem competência para dirimir monopolização ou concentrações excessivas de mercado. Vale ressaltar que existe uma grande discussão sobre o conflito de competência entre os entes reguladores e os órgãos de defesa da competência, mas não será abordada para não se fugir ao tema do presente trabalho.

têm caráter mais imperativo proibitivo e, em regra, dão lugar a uma aplicação *ex post*, reprimindo⁶⁸⁹. A relação com cada empresa tende a ser esporádica⁶⁹⁰.

Quanto à forma jurídica, a regulação se dá por de meio de atos executivos, normativos e judicantes. Essa classificação está separada das demais na figura 19, pois faz parte do conceito próprio de regulação e também porque não se trata de uma classificação binária alternativa e disjuntiva, é, pelo contrário, cumulativa. No seio das agências, há uma metáfora da separação de funções do Estado. As agências detêm aquilo que a doutrina norte-americana chama de funções *quasi-judicial* e *quasi-legislative*, além da administrativa em sentido estrito⁶⁹¹.

Quanto aos sujeitos, a regulação pode ser a heterorregulação (estatal) e/ou autorregulação. A regulação estatal dá-se por meio do governo e das autoridades administrativas independentes. É chamada de heterorregulação, pois vem de fora da categoria à qual ela se dirige – feita por autoridades públicas, pelo poder público institucional. A autorregulação tem dois níveis: a reconhecida (ou delegada) e a espontânea. A autorregulação espontânea dá-se à margem do Estado, que nela desempenha um papel irrelevante, sem qualquer fomento, estímulo ou controle. É um meio de autocontenção de determinada categoria ou setor. Já a autorregulação delegada é obrigatória, instituída por via de lei. Não é espontânea das categorias às quais se vincula, mas é imposta pelo Estado⁶⁹².

689 Enquanto a Política Regulatória baseia-se na Teoria do Monopólio Natural, a Política de Concorrência baseia-se, sobretudo, na Teoria do Oligopólio e na Teoria dos Jogos.

690 Na prática, a generalidade dos setores sujeitos à regulação setorial tem hoje áreas ou mercados em que atuam em concorrência. Estão assim sujeitos à atividade regulatória das autoridades de regulação setorial e da autoridade da concorrência. A articulação entre estas duas instâncias é fundamental. O conflito de competências, a manifestar-se, pode ser de diferentes tipos: ninguém intervém (a intervenção é subótima); ambas intervêm no mesmo sentido (excesso de intervenção); ou ambas intervêm, de forma contraditória. Nenhuma é boa para o mercado.

691 Por deter todas essas funções que se discute se os entes reguladores independentes estariam incertos num “quarto poder” (“fourth branch”). Sobre a questão da localização dos entes reguladores no sistema de Direito norte-americano, vide: STRAUSS, Peter L. The place of agencies in Government: separation of powers and the fourth branch. *Columbia Law Review*. v. 84, n. 3, p. 573-669, apr., 1984. Caio Tácito (TÁCITO, Caio. *Temas de direito público* (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3, p. 55), também, faz referência ao “quarto poder”: “a autonomia dessas agências não se submete à autoridade do Executivo ou ao controle político do Poder Legislativo, destacando-se sua independência técnica diante das diretrizes de governo, que leva a que alguns autores cuidem de assemelhá-las a um quarto poder”.

692 A regulação também pode ser privada, com fonte ou origem em mecanismos voluntários de autorregulação. Para Vital Moreira (MOREIRA, Vital. *Autoridades e instrumentos de regulação*.

Quanto à intensidade (“*intensidade intrusiva*”), o conteúdo da regulação pode ser fraco, forte e médio. A regulação fraca envolve a *soft law*, externada por meio de recomendações e incentivos à conduta das pessoas privadas, de molde a atingir consensualmente os objetivos da entidade reguladora (fomento, contratos, convênios, etc.). A regulação forte implica a edição autoritária de ordens e injunções aos regulados, disciplinando coativamente o seu comportamento (*hard law*)⁶⁹³.

Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra - CEDIPRE - Centro de Estudos de Direito Público e Regulação. Coimbra, out. de 2006 – jun. de 2007), a autorregulação é a regulação coletiva realizada pelos próprios regulados. É a regulação feita sobre si mesma, com a união e a coincidência entre o regulador e o regulado: coincidência de sujeito e objeto da regulação. Há várias formas de autorregulação: assembleia de todos os integrados; conselho representativo; associação profissional; e acordos entre duas associações. As diversas formas de autorregulação possuem alguns pontos em comum: são fenômenos coletivos (dirigem-se para a coletividade dos regulados), exercidos por indivíduos com autonomia pessoal por meio do estabelecimento de uma norma que impõe certas condutas ao grupo (a própria coletividade em relação aos seus membros).

Quanto à sua disponibilidade, a autorregulação pode ser espontânea ou através de ordens, configurando a autorregulação pública. A espontânea pode existir apenas quando os interessados possuem autonomia de vontade em relação ao objeto da regulação.

A autorregulação será facultativa quando a lei apenas a permitir (mas não a impor); e obrigatória quando imposta pela lei (as pessoas não podem deixar de se autorregular).

A autorregulação espontânea dá-se normalmente através de grupos de empresas e empresários/profissões. Exemplos são os códigos de conduta, nos quais são estabelecidas regras de ética profissional através da vontade própria dos regulados, configuram uma espécie de *soft law* extremamente eficaz (deontologia dos negócios, prestígio, credibilidade e honorabilidade dos que exercem determinada profissão).

A autorregulação obrigatória dá-se ao abrigo do Direito Público. Exemplo são os condomínios e as profissões obrigatoriamente organizadas (ordens profissionais).

Vide, também: MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 78 et seq.

693 O *Conseil constitutionnel français*, ao analisar artigo pertinente à interdição de publicidade direta ou indireta a favor do tabaco, caso típico de *hard law*, alegou não ir contra a Constituição, considerando que a livre iniciativa não é nem geral nem absoluta, sendo admissível que o legislador limite a mesma tendo em vista o interesse público. Para o Conselho, a lei não proíbe a produção, distribuição ou venda de tabaco e seus produtos. Além de ser reservada a possibilidade de informação aos consumidores dos malefícios do tabaco, a proibição de outras formas de publicidade ou propaganda baseia-se nos requisitos de proteção da saúde pública, que têm sede constitucional. Sendo assim não fere à livre iniciativa a “*l’interdiction absolue de propagande ou publicité concernant le tabac*” (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 90-283DC. Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l’alcoolisme. NOR: CSCX9010118S. Votos: [s. relator]. Data: mardi 8 janvier 1991).

O *Tribunal Constitucional português*, em ação também relativa às “*normas tendentes à prevenção do tabagismo de modo a contribuir para a diminuição dos riscos ou efeitos negativos que o uso do tabaco acarreta para a saúde dos indivíduos*” (art. 1º, da Lei nº 37/2007), e sua permissão ou proibição de

Quanto aos beneficiários da regulação, podem ser protecionistas ou em favor de outros interesses. A regulação protecionista diz respeito ao benefício aos regulados (período cooperativo e autorregulatório, visando a proteger determinadas categorias). A regulação em favor de outros interesses envolve terceiros que não são sujeitos na relação regulatória, mas terceiros beneficiados por ela (consumidores, ambiente etc.). É uma regulação social, intrusiva, que usualmente limita os regulados em favor de outros setores da economia.

Aduz Vital Moreira que a regulação pode ser dividida quanto ao fim, podendo ser econômica ou social⁶⁹⁴. Distintamente do autor, entende-se que, conforme o tipo e forma de regulação antes citados, a regulação poderá integrar de maneira diversa às diferentes atividades administrativas, buscando traduzir um conceito distinto de eficiência, boa administração e administração de resultado. Daí porque se prefere dividida a regulação quanto à forma de integração (fim)⁶⁹⁵, em: regulação na polícia administrativa, regulação dos serviços públi-

fumar em estabelecimentos de restauração ou de bebidas com área inferior a 100m² (art. 2º, n.º 1, do Decreto que “*Adapta à Região Autónoma da Madeira a Lei n.º 37/2007, de 14 de Agosto, que aprova normas para a proteção dos cidadãos da exposição involuntária ao fumo do tabaco e medidas de redução da procura relacionadas com a dependência e a cessação do seu consumo*”, aprovado pela Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira, em 18 de junho de 2008), afirma que essa visa a proteger o bem jurídico saúde das pessoas em geral e dos trabalhadores desses estabelecimentos, em especial, reconhecendo que o tabaco é causa direta de doenças, incapacidade e morte, pelo que o bem jurídico protegido pelas normas que visam a evitar os malefícios do tabaco não pode deixar de ser, para além da saúde, também a integridade física das pessoas, afetando a dimensão negativa do direito à proteção da saúde, estando, por conseguinte, ferida de inconstitucionalidade, por violação dos arts. 165º, n.º 1, alínea b), e 227º, n.º 1, alínea a), ambos da CRP (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 423/2008, Processo: n.º 592/08, Plenário, Relator: Conselheira Ana Guerra Martins, Data: 4 de Agosto de 2008).

694 A regulação econômica dirige-se a disciplinar puras exigências do mercado, sem atentar para outros fatores “*accessórios*”. Trata-se da regulação para e pela concorrência, aquilo que os economistas reconhecem/defendem como a “*verdadeira*” regulação que, se bem executada, trará benefícios indiretos à sociedade. Já a regulação social visa ao atingimento de objetivos outros, que não os puramente econômicos, oriundos de razões estranhas à economia (ambiente, consumidores, preços, etc.). As obrigações de serviço universal são o exemplo perfeito de regulação social. Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais (FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (coords.). Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo? Coimbra: Almedina, 2009, p. 24) tem reservas a esse tipo de contraposição, ou seja, a regulação econômica e social, por não entender determinadas finalidades como “*exteriores*” ou estranhas à atividade econômica.

695 Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 71), quando trata sobre o Estado Regulador, destaca: “*A função*

cos, regulação no ordenamento econômico e regulação no ordenamento social. Essa classificação também está separada das demais, na figura 19, por também não se tratar de uma classificação binária. Desse modo parece que se ressalta melhor a função administrativa regulatória.

A função regulatória na polícia administrativa visa que os bens e serviços colocados no mercado sejam seguros e adequados ao uso a que se destinam, não acarretando riscos desnecessários, irrazoáveis, desproporcionais – observando, naturalmente, a natureza que lhes é inerente – à população e, em especial, aos seus consumidores/usuários. Para que os bens e serviços colocados no mercado sejam seguros e adequados ao uso a que se destinam, a autoridade reguladora, por meio de suas quatro formas de atuação da polícia administrativa, exercerá seu poder sob o produto fornecido (se está de acordo com as especificações autorizadas), o produtor (se detém habilitação e capacidade técnica), os materiais empregados na produção (local e equipamento) e a seguridade do administrado (informação sobre o produto, acessibilidade dos preços, entre outros)⁶⁹⁶.

Na regulação dos serviços públicos, busca-se a eficiência traduzida no conceito de serviço adequado, inclusas as ideias de generalidade, regularidade, cortesia, atualidade e modicidade das tarifas, que se almejará por atos regulatórios

regulatória é compatível e pode integrar cada uma das funções da Administração Pública (discricionária, de direção, normativa, sancionatória), variando conforme o tipo de atividade (polícia administrativa, gestão de serviços públicos, ordenamento econômico e ordenamento social); o motivo do destaque é que as demais funções são orientadas por critérios políticos, limitados pelo conceito de organização hierarquizada da Administração, ao passo que a função regulatória é técnica e seus critérios multidisciplinares devem ser orientados por uma política regulatória legislativamente definida, mas de aplicação técnica”.

696 Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 171) comenta que as atividades privadas sujeitas à ordenação regulatória são sujeitas ao poder de polícia, distinto do tradicional oitocentista. Refere-se a um poder de polícia típico do Estado democrático de direito, um poder administrativo de ordenação e um poder de polícia funcionalizado em razão do interesse público a ser atendido pela atividade privada, em razão do qual o poder público possui discricionariedade para estar permanentemente dimensionando o conteúdo e a extensão das autorizações segundo as necessidades do serviço. Para Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 76-77), o objetivo da regulação, no âmbito da polícia administrativa, é “assegurar que, em bens e serviços de interesse geral, a sua colocação no mercado ofereça ‘segurança’ e ‘preços não abusivos’; para tanto, além de colaborar na formulação da polícia setorial, o agente regulador exercerá, na sua implementação, controles de diversos níveis. [...] A tradução de conceitos jurídicos indeterminados que será objeto da regulação envolverá, assim, basicamente, a noção de ‘segurança’, ‘produto potencialmente nocivo’, ‘produto potencialmente poluidor’, a ensejar atos administrativos regulatórios explicitando os conceitos legalmente estabelecidos como condição para a expedição de consentimentos de polícia (matrículas, cadastros, licenças, autorizações e permissões, em especial)”.

relacionados à limitação pressupostária, à avaliação e à modelagem, aos atos praticados no processo licitatório, a atos praticados para a celebração e execução dos contratos de delegação do serviço público, a atos que impõem a fixação, o reajuste ou a revisão tarifária para remuneração do delegatário do serviço público, os atos de intervenção no ou sobre o desenvolvimento das atividades econômicas em sentido estrito e amplo. Nesse diapasão, a regulação deve prestar-se a estabelecer *standards* técnicos de conduta que serão compulsoriamente observados, quer pelo prestador do serviço público, quer pelos agentes econômicos em regime de livre iniciativa, de modo que se atinjam os princípios vetores anteriormente destacados, em última análise, a eficiência.

Ou seja, a regulação dos serviços públicos, então, deve traduzir a política setorial e tarifária predeterminada, o nível adequado de prestação dos serviços e a disciplina legal e contratual reservada ao serviço concedido, usando os instrumentos que lhe outorgou a lei de criação, e observando os limites constitucionais, legais e contratuais de sua atuação. Deve adaptar a noção de regularidade, continuidade, eficiência, seguridade, atualidade, generalidade, cortesia em sua prestação e modicidade das tarifas – inerentes à adequada prestação do serviço público – ao largo do tempo e do espaço, de acordo com as realidades com que se depara.

A regulação no ordenamento econômico significa a atuação do Estado na economia, não por meio da criação de políticas públicas, mas, sim, como delimitador técnico dos parâmetros dentro dos quais essas políticas públicas devem ser executadas – recordando-se a ideia de marco regulatório – em benefício da economia. No entanto, o Estado, na função de regulador do ordenamento econômico, atuará de modo a coibir práticas de mercado abusivo, frear condutas que possam ir contra as necessidades econômico-sociais do país e evitar toda e qualquer atuação que possa prejudicar ou inviabilizar a atividade econômica orientada pela livre iniciativa, de modo a prejudicar os padrões de livre concorrência. Conclui-se, portanto, que a atuação do Estado, como ente regulador, serve para equilibrar a economia, de modo a buscar a equidistância entre os diversos polos de tensão, sejam eles, os produtos, os consumidores usuários e o próprio Estado.

Por fim, a atividade regulatória, no âmbito do ordenamento social, visa a estabelecer os padrões técnicos que sejam observados enquanto à prestação pelo Estado ou pelos particulares por ele autorizados, das atividades relativas ao ordenamento social, ou seja, como ordenador e baluarte da pacificação so-

cial, entre suas atividades públicas, cuja base reside no primado do trabalho, da dignidade da pessoa humana, buscando o bem-estar e a justiça social, onde a preocupação do Estado está centrada nas pessoas que se encontrem à margem do processo econômico, daí desenvolvem basicamente, atividades de Seguridade Social, como a promoção da saúde pública, as ajudas sociais e da assistência social, e, também, das atividades no campo da educação, investigação, cultura, esporte e da proteção ao meio ambiente⁶⁹⁷.

A atividade regulatória no direito positivo brasileiro apresenta grande fluidez conceitual⁶⁹⁸, fica claro que o termo regulação exige um enfoque multidisciplinar, daí porque regulação é definida por diversos autores com maior ou menor amplitude. Visando ao alcance do ponto de equilíbrio mencionado, reveste-se a função administrativa regulatória de feição multifacetária, apresentando diferentes formas de atuação, dividindo-se as formas de intervenção não-prestacional em três grupos que englobam, genericamente, todas as condutas administrativas, que seriam (Figura 19): intervenção indicativa; intervenção incitativa; e intervenção imperativa. Dentre essas, apenas, ilustra a figura 19 que a primeira engloba ações não-deônticas, e as demais se enquadram dentro das ações deônticas, as quais, por conseguinte, possuem ações impositivas, permissivas e proibitivas, daí porque a linha pontilhada cruza apenas a intervenção incitativa e imperativa. Por isso, pode haver intervenções incitativas e imperativas por meio de normas princípios ou regras impositivas, permissivas ou proibitivas. Ademais, há de reconhecer que tais critérios não são exclusivos, afinal, há medidas imperativas que também têm efeitos “*laterais*” incitativos e que, desse modo, estariam residualmente configurados como tal.

697 Ressalta-se, por oportuna, a diferença entre a regulação do ordenamento social e a regulação dos serviços públicos. Enquanto a regulação dos serviços públicos se preocupa com a prestação do chamado serviço adequado, atendendo aos princípios vetores da prestação do serviço público, a regulação do ordenamento social refere-se, tão somente, às medidas técnicas que vierem a assegurar a consecução de políticas públicas, determinadas pelo administrador como convenientes e oportunas à defesa das classes sociais mais vulneráveis, em determinado momento histórico. É certo, porém, que pode haver uma relação entre as políticas de proteção às classes sociais mais vulneráveis e a prestação de determinado serviço público, mas é de destacar que esses são dois âmbitos distintos de atuação administrativa e, por conseguinte, dois âmbitos distintos de atuação da atividade regulatória estatal.

698 Neste sentido, Carlos Ari Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32) assevera que: “o conceito exato dessa figura é ainda muito incerto e flutuante, inclusive na legislação”.

Para levar a cabo esse novo modelo de intervenção regulatória, mostrou-se necessário a constituição de um tipo específico de autoridade pública com ampla competência, autoridade, amplitude de poderes, alta especificação técnica, permeabilidade à sociedade, e principalmente, independência⁶⁹⁹.

Assim, o Estado brasileiro, de forma inversa ao modelo americano⁷⁰⁰, criou pessoas jurídicas novas, com personalidade jurídica de direito público para regular determinados segmentos da economia, serviços públicos, atividades econômicas ou ordenamentos sociais, bem como para regular a generalidade dos agentes econômicos. Nesse cenário, surgiram, respectivamente, autoridades reguladoras independentes⁷⁰¹ para determinados setores e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

699 A associação entre regulação e entidades independentes pode ser excessiva (LUCIA, Luca de. La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità. Torino: Giappichelli, 2002, p. 91), quer porque a regulação pode caber a entidades administrativas não independentes, quer porque há entidades administrativas independentes sem funções de regulação.

700 Sobre o modelo americano, vide: CAMPOS, Francisco. Direito administrativo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949, p. 138-139.

701 Chama-se assim por entender ser a forma genérica para os diversos nomes que se dá a esse ente. Nos Estados Unidos da América, são chamadas de “*independent regulatory commissions*”, no Reino Unido de “*regulatory agencies*”, na França “*autorités administratives indépendantes*”, na Itália de “*autorità indipendenti*” e na Espanha de “*comisiones reguladoras*”. Para uma visão genérica de cada um desses modelos, vide Eduardo Vírgala Foruria (FORURIA, Eduardo Vírgala. La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004).

No Brasil, as agências reguladoras existem em todos os âmbitos, tanto no federal como estadual e até municipal.

Ressalta-se preocupação doutrinal com relação à multissetorialidade das agências reguladoras estaduais e municipais, uma vez que a criação dessas pressupõe especialidade no conhecimento da matéria regulada (vide: KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. As agências reguladoras no direito brasileiro. Jus Navigandi. Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8101>>. Acesso em: 09 de junho de 2008). A solução, segundo Paolo Henrique Spilotros Costa (COSTA, Paolo Henrique Spilotros. Planejamento e Regulação do Transporte Metroviário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006), passa “*pela implementação do processo de desconcentração na própria agência reguladora, criando-se núcleos especializados*”.

Destaca-se que agência reguladora não se confunde com a agência executiva, esta é uma característica atribuída por lei a uma autarquia ou fundação já existente, nos termos do art. 51 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Tal qualificação é concedida por ato do Presidente da República, sendo que o poder executivo editará medidas de organização administrativa específicas visando a assegurar a autonomia de gestão, disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão. Segundo entendimento de Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 436), a Agência Executiva: “*é uma autarquia com tratamento especial, isto é, com maior autonomia de gestão, retornando*

Foi com o “Plano Diretor da Reforma do Estado”⁷⁰², visando, entre outros objetivos, a aumentar a capacidade do Estado em intervir efetivamente na sociedade e no mercado, que se inseriu, no cenário jurídico brasileiro, a figura das autoridades reguladoras independentes, denominadas de agências reguladoras. São órgãos públicos com autoridade, exercendo funções típicas de Estado (autoridade), voltados para o exercício da função de regulação (reguladores), caracterizados pela independência (independentes).

São, no Brasil, tidas como autarquias especiais⁷⁰³, pessoas jurídicas de direito público, dotadas de um regime jurídico especial com ampla competência,

ao conceito original (embora o DL n.º 200/67 não fizesse a distinção entre atividades exclusivas ou não). Atua em setores de implementação de políticas (tributária, previdência social básica, segurança pública, proteção ambiental, fiscalização). Embora possa “colaborar” com a formulação de políticas, seu papel é de execução. É, assim, um título jurídico atribuído a um órgão ou entidade, que depende de adesão voluntária, com metas negociadas, compatíveis com os recursos, e não impostas, obedecendo-se uma série de etapas”.

702 O Plano Diretor distingue as atividades em *formulação de políticas*, entregue a um “Núcleo Estratégico”; a *implementação de políticas exclusivas*, através da fiscalização, regulação, arrecadação, polícia, entregue às agências autônomas, que são as agências executivas e as agências reguladoras; a *implementação de políticas sem exclusividade do Estado*, tais como, por exemplo, educação, saúde, cultura, pesquisa, meio ambiente, para cujo desenvolvimento se estimula a criação das Organizações Sociais; e as atividades que podem ser desenvolvidas pelo mercado, para as quais se pretende a privatização, restringindo a participação do Estado.

703 Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 387), critica tal expressão, destacando que toda autarquia é especial, afinal, a qualificação de uma entidade como autarquia especial não apresenta maior relevância, eis que toda e qualquer autarquia apresenta regime jurídico próprio. Para o autor, talvez, se possa extrair dessa expressão a vontade legislativa de evitar a aplicação, a título supletivo, de certos princípios tradicionais, usualmente aplicáveis às autarquias.

Segundo ensinamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 396), as agências reguladoras estão sendo criadas como autarquias de regime especial porque: “*sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, a maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração ad nutum; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública*”.

Cumpra acrescentar que o caráter especial conferido a essas autarquias, apesar de aceito de forma amplamente majoritária pela doutrina, encontra severas críticas. Nesse sentido, conforme exposto, registre-se que, insurgindo-se contra o que denomina “*suposta inovação*”, ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 152), ao referir-se a respeito de atributos dessas novas entidades que, “*independência administrativa*”, “*ausência de subordinação hierárquica*” e “*autonomia administrativa*”, seriam elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, sendo certo, portanto, que nada acrescentaria esse novo regime àquele que lhes já é inerente.

autoridade, amplitude de poderes, alta especificação técnica (concentração de conhecimento), permeabilidade à sociedade⁷⁰⁴ e, principalmente, com independência ou autonomia⁷⁰⁵.

Esse ponto de vista é também esposado por Carlos Roberto Siqueira Castros (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Regime jurídico e os princípios orientadores das agências de regulação. In: SARAVIA, Enrique; PECL, Alketa; BRASÍLICO, Edson Américo (Org.). Regulação, defesa da concorrência e concessões. Rio de Janeiro: ASEP, 2002, p. 121-141), afirmando que o regime jurídico dessas novas autarquias seria essencialmente o mesmo das já tradicionais e conhecidas autarquias, ressalvando, entretanto, a existência de finalidades institucionais diversas, porque as agências reguladoras não exploram diretamente os serviços que se prestam a fiscalizar e regulamentar.

Ao que pesem, entretanto, essas importantes considerações afiguram-se como inegáveis, para a maior parte da doutrina, o elevado grau de autonomia e independência conferido às agências reguladoras comparativamente às velhas e já conhecidas autarquias brasileiras.

Leila Cuéllar (CUÉLLAR, Leila. As agências reguladoras e seu poder normativo. São Paulo: Dialética, 2001, p. 93) entende que: “as principais diferenças entre a agência reguladora enquanto autarquia do regime especial e a autarquia clássica (não especial) estão representadas nos privilégios maiores conferidos àquelas, de molde a ampliar a sua autonomia. Tais privilégios decorrem principalmente da independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, previsão de mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”.

Nesse sentido, registra-se que a ideia fundamental originária das agências reguladoras foi a de criar um ente administrativo técnico, altamente especializado e, sobretudo, imune às injunções e oscilações típicas de um processo político, as quais, como se sabe, influenciam demasiadamente as decisões de órgãos situados em cada escala hierárquica da administração. Por esse motivo, concebeu-se um tipo de entidade que, embora mantendo vínculo com a Administração central, possui algum grau de independência. Porém, é evidente que não existirá agência independente, enquanto poderosas forças econômicas e políticas estiverem envolvidas num país onde a corrupção e o nepotismo imperam.

704 A impermeabilidade põe em risco a legitimidade da regulação.

705 Recorda Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, p. 390) que independência total em relação ao poder legislativo não haverá, na medida em que compete ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar os atos do poder executivo, inclusive os da Administração indireta (CRFB, art. 49, X), sem falar no próprio controle exercido com o auxílio pelo Tribunal de Contas (CRFB, art. 71). De outro viés, também não poderão as entidades reguladoras olvidar do vigente ordenamento constitucional ou legal, editando quaisquer atos normativos em dissonância com aqueles.

Da mesma forma, em relação ao poder judiciário, por sua vez, também não se poderá invocar total independência na medida em que as Agências Reguladoras exercem uma função quase-judicial analisando e julgando administrativamente a composição litigiosa. Porém, é sabido que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída de apreciação do poder judiciário, nos moldes do que apresenta o art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Maior autonomia, em verdade, existiria em relação ao poder executivo, pelas razões já esposadas.

Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: privatização, concessões e terceirizações. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 256) esclarece que: “No Brasil, a citada independência dos órgãos reguladores é relativa, posto que vigora o ‘princípio da jurisdição una’, o que implica em dizer que ‘nenhuma lesão ou ameaça de lesão escapará à apreciação do Poder Judiciário’. Essa submissão das decisões das agências reguladoras ao magistrado diminui-lhes a força e a eficácia de agilizar o procedimento, solucioná-lo através da intervenção de técnicos habilitados e reduzir os

A independência ou autonomia das agências é a garantia da neutralidade/imparcialidade, é o que permite a agência exercer sua atividade de forma equidistante das partes reguladas. Tal tende a ser orgânica e administrativa. A independência orgânica assegura autonomia no manejo do instrumento regulatório. Essa é caracterizada pela existência de uma organização neutra e colegiada, de estabilidade dos seus dirigentes e de ausência do controle hierárquico⁷⁰⁶.

custos do contencioso. O ideal era introduzir a limitação da Lei n.º 9.307 (que regula a arbitragem), somente admitindo o questionamento jurisdicional se houver vícios formais na decisão, respeitadas as situações em que há direitos indisponíveis do Estado. Também macula a independência decisória da agência a admissão de recurso de suas decisões para autoridade do Poder Executivo (controle administrativo)”.

O que se pretende demonstrar é que as Agências Reguladoras gozam de uma imunidade em face da interferência de decisões políticas nas suas manifestações de vontade; a tão invocada independência, remarque-se, é técnica, na medida em que a qualquer autoridade política é defeso intervir no regular funcionamento da Agência.

Sobre tais questões vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo: 1949 UF: RS - RIO GRANDE DO SUL, Fonte: DJ 25-11-2005 PP-00005 EMENT VOL-02215-1 PP-00058, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Data Publicação: 25/11/2005. Tal decisão aborda a separação e independência dos poderes. Trata da submissão à Assembleia Legislativa, por lei estadual, da escolha e da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS e dos parâmetros federais impostos ao Estado-membro.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo: 2310 UF: DF – DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 15/12/2004 PP-00009, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Data do Julgamento: 07/12/2004. Tal decisão trata dos servidores e das agências reguladoras. Na concessão de limitar o Ministro relator enfatizou que: *“Inegavelmente, as agências reguladoras atuam com poder de polícia, fiscalizando, cada qual em sua área, atividades reveladoras de serviço público, a serem desenvolvidas pela iniciativa privada. (...) Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia, fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público... [próprio] àqueles que desenvolvam atividades exclusivas de Estado (...)”.*

Sobre o tema vide também: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Humphrey’s Executor v. United States*, 295 US 602 (1935). Argued May 1, 1935. Decided May 27, 1935. Full case name: *Humphrey’s Executor v. United States*. *Rathbun v. Same*. Citations: 295 U.S. 602 (more). Prior history: None. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Charles E. Hughes; Associate Justices Willis Van Devanter; James C. McReynolds; Louis Brandeis; George Sutherland; Pierce Butler; Harlan F. Stone; Owen J. Roberts; Benjamin N. Cardozo. Laws applied: U.S. Const. art. I; U.S. Const. art. II; Federal Trade Commission Act. Trata-se do primeiro caso relativo aos poderes que um presidente, no caso o dos Estados Unidos, têm de remover os diretores de uma agência reguladora, por razões puramente políticas e sem o consentimento do Congresso.

706 Uma das principais garantias da independência está na personalidade dos membros da agência reguladora. Quanto mais autoridade pessoal e prestígio tiver o regulador no sector a regular, mais segura está a sua independência em relação às pressões externas. Por isso a lei deve definir adequadamente os requisitos pessoais e o método de designação dos membros do órgão regulador.

Praxe, no Brasil, é as agências reguladoras serem dirigidas por órgãos colegiados, forma que permite um maior pluralismo de representação dentro das mesmas. Em matéria de eleição, o conjunto de seus membros deverão ser ímpares, preferivelmente mais de 3 e menos que 7, para poder ter uma coordenação e realizar cruzamentos de ideias à hora de tomar decisões. Normalmente, são 5 diretores, designados e nomeados pelo chefe do Executivo e sabatinado pelo Legislativo. O intuito é tentar evitar que a ampla gama de poderes conferidos ao regulador recaiam sobre um só agente público.

Tal modelo poderia ser melhorado com a nomeação decorrente de várias origens, não apenas governamental. O ideal seria existir a previsão de indicação de várias forças políticas ou que sejam previstos critérios alternados de indicação, como ocorre com os membros dos Tribunais de Contas (art. 73, § 2º, CRFB). Caso fossem escolhidos apenas pelo chefe do Executivo, como na maioria das legislações no Brasil, certamente a estabilidade da função estará prejudicada, afinal o diretor pensará na “dívida” com este e no seu próprio futuro dentro da Administração Pública, principalmente quando a agência possui um âmbito estadual e municipal. Aqui, seria interessante se fosse obrigatória a divulgação do currículo dos indicados e uma prévia apresentação deste à coletividade. Poderia tal ajudar a reforçar uma imagem de independência da agência, concedendo-se credibilidade a mesma. Também é interessante permitir a impugnação por qualquer pessoa, em prazo previamente determinado, para caso o indicado não cumpra com os atributos para o cargo, quais sejam, ser brasileiro, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade do cargo para o qual será nomeado. Tal impugnação, também pode ocorrer caso o diretor esteja impedido de exercer o cargo.

Quanto à sabatina pelo Legislativo, o ideal é uma mudança de comportamento existente na atualidade. Não deve existir apenas uma confirmação pelo Legislativo das indicações, sem grandes questionamentos ou investigações acerca dos atributos do indicado. Talvez a obrigação por este de levar em consideração as possíveis impugnações aos nomes indicados à diretoria já seja um caminho para essa mudança de hábito. Paolo Henrique Spilotos Costa (COSTA, Paolo Henrique Spilotos. Planejamento e regulação do transporte metroviário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006) assinala sobre esse ponto que: “a cultura brasileira ainda impede que esta independência seja praticada de forma plena, já que a indicação, e os exemplos são diversos no cenário atual, não cumpre o papel de nomeação de pessoas com notória especialização na área objeto de cada agência. O sentimento de centralização, e eventual ‘perda de poder’ enraizado na maioria dos governantes brasileiros faz com que sejam indicados ora correligionários dos agentes políticos (membros do mesmo partido político), ora pessoas de mais estrita confiança (confundindo-se a natureza do cargo ocupado pelos dirigentes das agências reguladoras)”.

Como tem-se como praxe a forma colegiada para a composição das decisões, admite-se que se outorgue a um dos membros a função de direção. Este é normalmente designado de diretor-geral ou diretor-presidente. Logo, deve-se também tomar por conta a forma de designação deste e suas atribuições, relacionadas em geral a funções de gestão e administração da agência, representação e organização e coordenação dos trabalhos do colegiado.

Em regra, este é escolhido pelo chefe do Executivo dentre os membros da Diretoria Colegiada e o prazo dessa investidura é no geral o mesmo que o do mandato para o cargo, admitindo-se, inclusive, uma recondução. Tal prazo não necessariamente pode ser igual ao do mandato, pode ser, por exemplo, metade, isso dependerá das atribuições a ele concedidas e do tempo de mandato existente na agência. Outra questão importante é a quantidade de membros da diretoria presentes para deliberações. Sugere-se a maioria simples, é dizer, caso sejam 5 diretores, pelo menos 3 diretores devem estar presentes sendo um deles o diretor-presidente ou seu substituto legal.

O quorum deliberativo por maioria absoluta ou simples também é outro ponto a ser questionado e debatido pelo Legislador ao configurar o órgão colegiado. Entende-se que a deliberação por maioria

absoluta protege melhor os interesses envolvidos na atividade. Vale citar que normalmente o voto do diretor-presidente terá valor preponderante em casos de empate nas votações.

Para que a independência da qual se vem tratando seja alcançada, três pontos cruciais em relação a diretores devem ser levados em consideração: primeiro, impedir a designação de quem tenha ligações comprometedoras ou interesses em entidades sujeitas à jurisdição regulatória da autoridade em causa; segundo, interditar qualquer conflito de interesses dos reguladores com as entidades reguladas (por exemplo, proibição de deter participações sociais nas empresas reguladas); terceiro, vedar o exercício de qualquer outra atividade que possa diminuir o rendimento do seu trabalho, bem como interesse direto ou indireto em empresa relacionada com a área de atuação da agência; e quarto, impedir que reguladores possam passar para o serviço dos regulados logo após a cessação do seu mandato (“*quarentena*”).

Normalmente a legislação criadora da agência reguladora impede o exercício do cargo a qualquer pessoa que mantenha, ou tenha mantido, nos doze meses anteriores à data de início do mandato, vínculos como o de acionista ou sócio com participação individual direta superior a três décimos por cento no capital social ou superior a dois por cento no capital social de empresa controladora; membro do conselho de administração, fiscal ou de diretoria executiva; ou tenha sido empregado, mesmo com o contrato de trabalho suspenso, inclusive das empresas controladoras ou das fundações, de previdência ou não, de que sejam a principal ou a única patrocinadora. Também estão impedidos os membros de conselho ou diretoria de associação representativa de interesses dos agentes regulados, seja esses interesses patronais ou dos trabalhadores ou dos consumidores ligados às atividades reguladas.

Forma que não é comum de se observar nas agências reguladoras brasileiras é a independência partidária, designadamente a não participação em campanhas eleitorais ou outras atividades partidárias públicas. Essas também deveriam fazer parte das exigências deontológicas do regulador independente pelo menos durante o seu mandato.

Durante o exercício do cargo, é vedado a realização de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária, salvo a de professor universitário, em horário compatível a desde que não atrapalhe no rendimento da sua função. Também é vedado ter interesse direto ou indireto em empresa relacionada com a área de atuação da agência.

O descumprimento dessas vedações poderão ensejar a perda do cargo, sem prejuízo de responder as ações cíveis e penais cabíveis. Outros casos poderão ser observados no próximo tópico.

Por fim, discute-se a melhor forma de ser instituído o mecanismo da “*quarentena*”. Normalmente a legislação veda que o ex-diretor, por um período de um ano após deixar o cargo, detenha participação, exerça cargo ou função em organização ou até preste, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas reguladas pela agência, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias. Também lhe é vedado representar qualquer pessoa ou interesse perante a agência, excetuando-se os interesses próprios. Essas vedações não são absolutas, podem, como normalmente o são, excluir nas hipóteses em que o ex-dirigente seja exonerado nos quatro meses iniciais do seu mandato.

É vedado, ainda, ao ex-Diretor utilizar em benefício próprio ou alheio, informações privilegiadas, obtidas em decorrência do cargo exercido, sob pena de incorrer em improbidade administrativa.

O período da “*quarentena*” deve depender do tempo do mandato que a lei estipular. Entende-se que o melhor seria que a *quarentena* existisse por um período de até 1/3 do tempo do mandato, sendo, por exemplo, de 6 anos, a *quarentena* deveria de ser 2 anos. Nesse período, é natural e necessário que o Estado arque com os ônus deste mecanismo, pagando a este o valor equivalente ao que ganhava no cargo de direção que exerceu. Apesar de criticável tal pagamento, haja vista poder existir um ganho sem contrapartida, a lei deve estipular que este continuará prestando serviço à agência ou a qualquer

Já a independência administrativa busca salvaguardar o meio para exercer a

outro órgão da administração pública, em área atinente à sua qualificação profissional. De qualquer forma, por mais que não exerce qualquer atribuição, deve-se recordar que tal remuneração possui natureza indenizatória, voltada a reparar a restrição do direito de trabalhar.

Vale recordar que o ex-diretor que violar tal vedação incorrerá na prática de advocacia administrativa, sujeitando-se às penas do art. 231 do Código Penal.

Ainda em relação aos diretores, deve-se conceber também a estabilidade de mandato dos reguladores, que não podem ser exonerados ad nutum. A exoneração imotivada de Diretor da Agência somente poderá ser promovida nos meses iniciais do mandato, normalmente 4 meses, findos os quais será assegurado seu pleno e integral exercício.

Após tal prazo, os dirigentes somente perderão o mandato em decorrência de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado, atos de impropriedade administrativa devidamente demonstrada em processo administrativo disciplinar, ou descumprimento manifesto e reiterado de suas atribuições, inclusive no que se refere ao cumprimento das políticas estabelecidas para o setor pelos Poderes Executivo e Legislativo. Caso exista contrato de gestão, este também poderá ensejar a perda do mandato, desde que os dirigentes de forma injustificada deixem de cumprir os objetivos e metas acordados no mesmo.

Cabe ao chefe do Executivo instaurar o processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial constituída por servidores públicos estáveis, competindo a ele determinar o afastamento preventivo, quando seja necessário, e proferir o julgamento. Vale mencionar que tal afastamento não implica prorrogação ou permanência no cargo além da data inicialmente prevista para o término do mandato.

Para assegurar essa estabilidade, também, devem ser garantidos aos diretores a inamovibilidade e a irredutibilidade.

Os diretores, porém, não possuem a garantia da vitaliciedade, seus mandatos possuem termos fixos que deverão ser não coincidentes (descasamento dos mandatos), para tanto, os mandatos dos primeiros membros da Diretoria serão, por exemplo, de quatro, cinco, seis, sete e oito anos. Entende-se, também, que deveria inexistir a possibilidade de recondução.

Atualmente, devido a atual possibilidade de reeleição do chefe do Executivo que os nomeia, poderia o mandato ser maior, de 6 anos por exemplo. Tal acepção conferirá a agência reguladora a possibilidade de absorver gradativamente as mudanças no cenário político, evitando rupturas ou alternâncias bruscas na orientação regulatória.

Em casos de vacância do cargo de diretor, seu sucessor poderá ser escolhido apenas para o período que deveria cumprir seu antecessor. Quando cesse o período, poderá ele voltar a ser nomeado para um mandato normal sem ter a possibilidade, mesmo que essa existisse, de ser reconduzido a um segundo mandato.

Não é, porém, essa a praxe da legislação brasileira. Apesar de variar entre 3 a 5 anos o período do mandato, o mais comum de se observar é o mandato por 4 anos, admitida uma única recondução. E, nos casos de vacância do cargo, será ele completado por sucessor, que o exercerá pelo prazo remanescente.

Essas garantias conferem estabilidade aos diretores e asseguram que este exerça sua competência sem receios ou medo de realizar seus atos por meio de suas convicções técnicas e apolíticas.

Por fim, tem-se a ausência de mecanismos de controle hierárquico que significa a impossibilidade de atos praticados pela agência serem anulados, revistos ou revogados pelo órgão a qual ela está vinculada, normalmente um ministério ou uma secretaria. Essa independência decisória deve ser essencialmente técnica, predominando as motivações apolíticas para seus atos. Só assim, estará garantida a impossibilidade de recursos hierárquicos impróprio.

regulação e ocorre por meio da autonomia de gestão e financeira, da liberdade para organizar seus serviços, por ter um regime de pessoal compatível com suas funções e pela independência decisória⁷⁰⁷.

Floriano Azevedo Marques Neto (MARQUES NETO, Florianio Peixoto de Azevedo. *Agências Reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003), defende ser plausível o cabimento do recurso hierárquico impróprio contra as decisões do órgão máximo das agências reguladoras, sempre e quando estes deliberarem acerca de temas exclusivamente relacionados às políticas públicas do setor regulado, em flagrante usurpação de competência do Poder Legislativo e Executivo.

Vale ressaltar que com o Parecer nº 51 da AGU, aprovado pelo Presidente da República, e por conseguinte com força normativa e vinculativa a toda Administração Federal, tal possibilidade foi aceita, ou seja, em caso de ilegalidade ou descumprimento de políticas públicas, pois não há autonomia imune à supervisão ministerial.

707 A autonomia financeira decorre da não dependência do tesouro nacional, o problema é que a receita da agência, muitas vezes, não paga seu próprio gasto, o que cria a possibilidade de captura do regulador. Na tentativa de pelo menos minimizar o problema é comum observar a outorga de recursos ordinários do Tesouro Nacional consignados no orçamento e em seus créditos especiais, adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos. Porém, algumas leis estabelecem prazos para a dispensa dessas receitas derivadas do orçamento e outras estabelecem que a agência reguladora remeterá proposta de orçamento, que se incluirá no projeto de lei orçamentária anual, além de estabelecer que a fixação dessas dotações não poderão sofrer limites nos seus valores para movimentação e empenho.

Na tentativa de resolver a autonomia financeira, busca-se criar fontes próprias de recursos, entre as mais comuns, tem-se: recursos provenientes dos instrumentos de outorga e arrendamento administrados pela respectiva agência; recursos decorrentes da cobrança pelo uso de bens públicos; recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com órgãos ou entidades, organismos ou empresas, públicos ou privados, nacionais ou internacionais; doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados; o produto dos emolumentos, preços ou multas, os valores apurados na venda ou locação de bens, bem como os decorrentes de publicações, dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação e de inscrições em concurso público; o produto da alienação de bens, objetos e instrumentos utilizados para a prática de infrações, assim como do patrimônio dos infratores, apreendidos em decorrência do exercício do poder de polícia e incorporados ao patrimônio da autarquia, nos termos de decisão judicial; o produto das operações de crédito que contratar, no País e no exterior, e rendimentos de operações financeiras que realizar; o produto da execução da sua dívida ativa; entre outros. Porém, a principal forma existente para que tal autonomia seja efetiva é, como já visto, a “*taxa de regulação*” ou “*taxa de fiscalização*”.

Já a liberdade para organizar seus serviços consiste na liberdade de determinar, internamente, como serão alocadas as competências e atribuições dos agentes para o exercício da função regulatória, bem como a prerrogativa de distribuir-se regionalmente. Envolve, também, a liberdade para firmar contratos ou convênios, delegar e avocar competências, entre outras. Para materializar tal liberdade basta conceder à diretoria a competência para feita do Regimento Interno, mesmo que este seja sujeito a aprovação por decreto do Chefe do Executivo.

A composição da agência também é ponto crucial para a autonomia ou independência que se almeja. Entende-se que para um funcionamento eficaz devem as agências ser criadas com uma diretoria como órgão máximo, uma procuradoria, uma corregedoria, uma ouvidoria, um conselho consultivo e até mesmo, caso seja possível, um conselho tarifário.

Trata-se de novos entes da Administração indireta, intrinsecamente vincu-

A procuradoria própria deve representar judicialmente a agência, com as prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Seus membros podem ser tanto advogados públicos como pessoas devidamente concursadas, com exceção do procurador-geral que pode ser nomeado pelo chefe do Executivo, respeitando-se os mesmos critérios para ocupação, permanência e afastamento dos cargos de dirigentes. O ideal seria que o Procurador-Geral fosse bacharel em Direito com experiência mínima de 10 anos, devendo ser nomeado pelo chefe do Executivo, atendidos, também, os mesmos pré-requisitos dos diretores. A indicação do Procurador-Geral poderá seguir procedimento similar ao do quinto constitucional, é dizer, o conselho consultivo poderá formular uma lista sêxtupla para enviá-la aos diretores que, após votação interna para a formação de uma lista triplíce, a remete ao chefe do Poder Executivo, que nomeará um dos indicados.

A corregedoria acompanhará permanentemente o desempenho dos servidores da agência, avaliando sua eficiência e o cumprimento dos deveres funcionais. Também deverá realizar os processos administrativos e disciplinares, excetuado os casos de perda de mandato dos diretores. Fiscalizará a legalidade da atuação da agência, sugerindo as medidas corretivas necessárias. Sugere-se que os corregedores sejam indicados pelo conselho consultivo e nomeados pelo chefe do Executivo.

O ouvidor, assim como os diretores deve ser nomeado pelo chefe do Executivo e escolhido por esse ou pelas partes envolvidas na regulação. Seu mandato deve possuir o mesmo prazo do que o do diretor-presidente, sendo admitida uma recondução. Cabe ao Ouvidor receber pedidos de informações, esclarecimentos, reclamações e sugestões, respondendo diretamente aos interessados e encaminhando, quando julgar necessário, seus pleitos à Diretoria. Para tanto, terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar, competindo-lhe produzir, anualmente ou quando a Diretoria julgar oportuno, relatório circunstanciado de suas atividades com apreciações críticas sobre a atuação da agência, encaminhando-as aos órgãos interessados e fazendo-as públicas para conhecimento geral.

Sendo a regulação essencialmente uma questão técnica, devendo estar tão afastada quanto possível da disputa política, entende-se que seja feito recrutamento de especialistas profissionais, em vez de pessoal político, dando garantias de maior neutralidade e objetividade da atividade regulatória. As contratações dos agentes encarregados da regulação deverão ser feitas por concurso público (art. 37, II da CRFB), levando em consideração fatores como a capacidade específica, conhecimentos técnicos e, eventualmente, experiência no setor. O pessoal contratado, tendo em vista a natureza de pessoa jurídica de direito público, deve estar submetido ao regime estatutário. Nada obsta, no entanto, que exista a terceirização de empresas para atividade meio, ou mesmo a contratação de pessoas para cargos de confiança, como ocorre em qualquer outro órgão da Administração.

Ter-se-á, também, que se preocupar com o desenho de carreiras do pessoal da agência reguladora. Os agentes devem receber uma remuneração adequadamente, além de possuir um sistema de carreira matricial, com possibilidades de acender por antiguidade ou mérito. Tal desenho, bem implementado, permite qualificar os empregados entre bons e regulares, proporciona que sejam corrigidos os maus desempenhos laborais e que os agentes estejam alinhados com os objetivos da regulação.

É importante, também, deixar claro que a capacidade técnica da agência apenas será mantida se esses agentes tiverem de forma permanente os meios e instrumentos necessários para a regulação, além de um constante inventivo e treinamento.

Por fim, a independência decisória consiste na capacidade da agência de resistir a pressões de grupos de interesses no curto prazo. Procedimentos como a impossibilidade de exoneração dos diretores, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com ciclo eleitoral, e outros vistos até aqui, são alguns exemplos de arranjos que procuram isolar a direção da agência de interferências indesejáveis, tanto por parte do Estado quanto dos regulados e consumidores/usuários

lados ao processo de reforma do Estado⁷⁰⁸.

Quando formulada a política pública, seu acompanhamento é outorgado, por lei, à autoridade reguladora, que atua no campo da ação exclusiva do Estado⁷⁰⁹. Em outras palavras, esta executa ação que pode implicar na restrição da liberdade empresarial em prol do interesse coletivo⁷¹⁰. Essa restrição somente deve ser levada a efeito por pessoa jurídica de direito público, o que, aliado à independência/autonomia para o desempenho dessa função, justifica, no Direito

(WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. *Agências reguladoras*. *Revista de informações legislativas*. Brasília, v. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999).

708 Por fazer parte da Administração indireta, as agências reguladoras estão sujeitas, quanto ao critério de sua criação, aos comandos insertos nos arts. 37, XIX e 61, §1º, II, “e”, ambos da CRFB.

Segundo Pedro Dutra (DUTRA, Pedro. *A fiscalização dos serviços públicos privatizados*. Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 20.10.98, p. A-3. Apud: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 445), quatro fatores concretos contribuíram para definir o modelo moderno das agências reguladoras: “O primeiro, a necessidade de decisões em tempo econômico, dirimindo conflitos entre prestadores e entre estes e usuários. Setores como os de serviços públicos demandam altos investimentos de instalação e de manutenção e a solução tardia de conflitos vulnera investimentos e compromete o devido atendimento ao consumidor. O segundo fator é a habilitação técnica da agência, que lhe permita enfrentar a complexidade inerente aos serviços regulados, inclusive exigindo dos prestadores obediência às inovações tecnológicas. O terceiro é de ordem econômica: a tensão a ser permanentemente dominada, entre a tendência ao monopólio natural, inerente a esses serviços, e o fato de eles deverem ser prestados em um regime constitucional de livre mercado. O quarto fator opera no plano jurídico: aqui a tensão se acha na conciliação do interesse público, imantado pelo conjunto dos consumidores, e o interesse privado, manifestado nas empresas prestadoras dos serviços”. Para esse autor, a eficiência de uma agência reguladora será medida pelo funcionamento harmônico desses elementos, e também pelo estrito cumprimento das regras legais que lhe disciplinam a ação.

709 Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 40) esclarece o mecanismo, em apertadíssima síntese, enunciando que esse: “envolve o recebimento do poder político pela autoridade eleita, com as instruções de atendimento do interesse geral (mediante o acolhimento de um determinado programa político no processo eleitoral); o agente político formula a política pública que, para atender o interesse geral, deve ser executada com eficiência; aí entra a atividade regulatória, expedindo diretrizes para a eficiente implementação da política pública sufragada. Esse o limite da função regulatória, traduzindo em comandos técnicos a orientação normativa, executiva ou judicante, para a implementação de uma política pública. Não há, pois, discricionariedade ampla na atuação dos agentes econômicos, mas mera integração técnica do comando legal que reflete uma decisão política”.

710 Autores como Cristina M. Wagner Mastrobuono (MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. *Agências reguladoras e agências executivas*. *Revista Trimestral de Advocacia Pública*. Rio de Janeiro, a. VII, n. 13, p. 11-18, mar./2001, p. 13) elucidam que a atuação do Estado como agente regulador é decorrente do seu dever de polícia, conceito utilizado para definir a atuação administrativa que resulta na limitação do direito à liberdade e propriedade. Com essa forma de organização, preserva-se a busca do bem da coletividade, por meio de restrições impostas ao particular.

brasileiro, a adoção da forma autárquica como a ideal para a descentralização da regulação estatal.

Consecutivamente, sua função é regular segmentos do mercado⁷¹¹, no caso da regulação setorial ou todo o mercado no caso da regulação transversal, traduzindo tecnicamente conceitos indispensáveis para a implementação de uma política pública, protegendo o consumidor, garantindo a livre escolha, o abastecimento (garantia da oferta dos serviços), preços acessíveis, qualidade do produto e do serviço, entre outras funções, por meio de atos normativos, executivos e judicantes, tudo dentro de um marco regulatório⁷¹².

711 A expressão “mercado” não se presta para se referir a todas as questões objeto de regulação, porque este é tido como cenário ao qual devem ter liberdade de acesso, permanência e saída todos os agentes interessados em desempenhar uma determinada atividade econômica ou dela se beneficiar. O mercado é um conceito técnico, abrangendo um espaço geográfico para o qual convergem consumidores e fornecedores de um determinado bem ou serviço. O conceito é econômico e jurídico, eis que o livre acesso é assegurado por conta do princípio constitucional da livre iniciativa. Isso não pode ser aplicado amplamente aos serviços públicos, porque quanto a estes ainda não é garantido constitucionalmente o livre acesso, mas, somente quando houver, da parte do poder público, interesse em viabilizar à iniciativa privada a participação desse segmento econômico. Tal decisão pode ou não envolver uma questão ideológica, informada pelos princípios da eficiência e da economicidade como fatores que norteiam a opção discricionária dos administradores públicos sobre o modo de estruturar funções públicas; onde o particular puder ser mais eficiente, esses princípios constitucionais impõem a opção pela gestão privada da função pública; a ideologia não pode privar o administrado do serviço universal, eficiente e ao menor custo, sendo esta visão teleológica a tendência no regime da União Europeia e no conceito de *public utility* norte-americano.

712 Na definição de Glória Conforto (CONFORTO, Glória. Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos. *Revista de Administração pública*. Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, p. 27-40, jan./fev.1998. Apud: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 440): “O marco regulatório é o conjunto de regras, orientações, medidas de controle e valoração que possibilitam o exercício do controle social de atividades de serviços públicos, gerido por um ente regulador que deve poder operar todas as medidas e indicações necessárias ao ordenamento do mercado e à gestão eficiente do serviço público concedido, mantendo, entretanto, um grau significativo de flexibilidade que permita a adequação às diferentes circunstâncias que se configuram”.

Já teve o judiciário oportunidade de declarar a impossibilidade de modificação dos critérios estabelecidos em lei pela Agência Reguladora de determinado setor. Tratava-se de caso relativo à impossibilidade de suspensão do pagamento dos royalties de gás a determinado município. No caso, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) extrapolou sua competência, sendo ilegítima a suspensão. Impõe-se assim limites ao poder regulador da mesma (BRASIL. *Tribunal Regional Federal – Quinta Região*. Classe: EDAC - Embargos de Declaração na Apelação Cível - 413399/01, Processo: 20058300009726101 UF: PE Órgão Julgador: Primeira Turma, Data da decisão: 15/05/2008 Documento: TRF500159224, Fonte: DJ - Data: 13/06/2008 - Página: 640 - Nº: 112, Relator(a): Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, Data Publicação: 13/06/2008).

Foi a tentativa de separar a política da execução administrativa que reconduziu o fenômeno de criação das autoridades reguladoras independentes⁷¹³. Nesse sentido, é de se registrar que a ideia básica originária dessas autoridades era de criar um órgão administrativo técnico, altamente especializado, e, sobretudo, imune de obrigações e oscilações típicas de um processo político, que, como se sabe, influenciam, demasiadamente, as decisões de órgãos situados em cada escala hierárquica da Administração, controladas em sua gestão, pelos Tribunais de Contas ou equivalentes, pelo cumprimento das políticas públicas, quanto ao atingimento das finalidades e metas pela qual foram criadas, e certamente pelos abusos e ilegalidades cometidas⁷¹⁴.

713 Vide MERLONI, Francesco. Amministrazione 'neutrale' e amministrazione imparziale: a proposito dei rapporti tra 'politica' e 'amministrazione'. *Diritto Pubblico*. Padova, a. 3, n. 2, p. 289-317, mag./ago., 1997.

714 Num Estado de Direito Democrático não pode haver independência sem responsabilidade. A "accountability" (ou seja, dar conta pública da atividade) é uma exigência básica de todo o poder público. Um déficit de responsabilidade ("accountability gap") pode pôr em causa a legitimidade das agências reguladoras. Por isso, a independência das agências reguladoras implica os necessários mecanismos de responsabilidade. Entre os mais importantes contam-se os seguintes.

A primeira condição da responsabilidade é a delimitação precisa da esfera de atribuições da agência reguladora. Essa definição cabe à lei instituidora, que deve marcar nitidamente a competência da agência. Busca-se evitar o conflito de competência, seja entre agências reguladoras ou entre esta e a autoridade nacional da concorrência, no caso brasileiro o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Nada mais pernicioso para a responsabilidade de um organismo público do que dúvidas sobre as fronteiras da sua esfera de ação e dos seus poderes, as quais geram conflitos de competência e diluem a responsabilidade. Um mandato claramente delimitado, quanto a atribuições, competências e poderes, é a primeira condição da responsabilidade.

Buscando minimizar os conflitos de competência mencionados, muitas leis estabelecem incentivos às cooperações entre tais entidades, deixando clara tal possibilidade. Autoriza-se a celebração de convênios com os órgãos de defesa da concorrência e de regulação, para atuação com íntima cooperação, privilegiando a troca de experiências, respeitadas as especificidades de cada setor, definindo as respectivas responsabilidades e obrigações e, se for o caso, rotinas, diretrizes e normas de procedimento no tratamento conjunto de atuação. Não pode a norma obrigar tal celebração, mas deixa-se de existir qualquer dúvida sobre tal possibilidade.

A garantia mais importante da responsabilidade pública é a própria publicidade do exercício do poder. A "arcana praxis" (secretismo do poder) é o maior inimigo da responsabilidade. Por isso, a divulgação de todos os dados relevantes, o prévio anúncio público dos projetos normativos e das mais relevantes medidas regulatórias, a "democracia procedimental" (ou seja, a intervenção de todos os interessados no procedimento decisório), a justificação das decisões adotadas, tudo isto são requisitos elementares da transparência. Ela deve começar logo no sítio da internet da autoridade reguladora.

A lei deve impor à agência reguladora a elaboração de um relatório anual da atividade regulatória (que não deve confundir-se com o normal relatório de atividade de gestão e das contas da entidade), que deve ser especificamente remetido ao Governo e ao Parlamento, além de ser igualmente publicado, para ser discutido pela sociedade e pelos diferentes órgãos de controle.

Por esse motivo, foi concebido um tipo de entidade que, mesmo mantendo o vínculo com a Administração central, possuísse algum grau de independência⁷¹⁵. Crendo-se, todavia, que não existirão órgãos independentes enquanto existam poderosas forças econômicas e políticas⁷¹⁶, busca-se que seja a regulação uma atividade técnica e apolítica⁷¹⁷.

Essa obrigação de enviar de forma periódica um relatório constando o “estado da arte” da regulação setorial, nele destacando o cumprimento da política pública do setor, definida pelo Legislador e pelo Executivo, além de relatar as atividades reguladoras efetuadas, é um dos mais visíveis meios de “prestação de contas” que se pode ter na atualidade.

Da análise deste poderia o Governo recomendar e orientar de forma não vinculante a tradução técnicas das políticas públicas. Poderia, até mesmo, existir uma censura sobre as condutas das agências quando estas destoarem as políticas que elas mesmos deveriam implementar.

A independência das agências reguladoras não as torna imunes ao acompanhamento parlamentar. Os diretores-presidentes das agências devem poder ser solicitados a comparecer perante as comissões parlamentares competentes, para esclarecer ou explicar qualquer iniciativa ou medida regulatória. Um escrutínio parlamentar a nível de comissão – menos politizado e mais “técnico” – pode ser uma “compensação” apropriada para a ausência de controle governamental.

Deveria existir, portanto, a possibilidade de convocação dos dirigentes das agências reguladoras para comparecer perante as comissões temáticas afetas à área de regulação específica junto ao Poder Legislativo.

Por fim vale mencionar que independentemente desses mecanismos específicos de “accountability”, as agências reguladoras não estão isentas dos controles gerais da atividade que realizam, nomeadamente dos exercidos pelo Judiciário (impugnação de suas decisões, em caso de ilegalidade), pelo Tribunal de Contas ou equivalente (quanto à gestão financeira, inclusive a efetivação da responsabilidade financeira) e por outras entidades independentes com competências específicas de controle do poder público (Ministério Público, Entidades de proteção de dados pessoais, etc.).

715 Eduardo Paz Ferreira e Luís Silva Morais (FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (coords.). *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 29) tem reservas à qualificação de organismos, entidades ou autoridades reguladoras independentes. Considera mais adequada o termo autónomo que independente, pois possuem autonomia reforçada em relação ao governo e à Administração.

716 Para Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. *O Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 261): “Uma das características comuns das agências reguladoras encontra-se na autonomia, que, embora se revestindo de moldes variados, conforme o país, significa, em geral, maior liberdade de decidir em comparação aos demais órgãos da Administração, quebrando-se, do ponto de vista jurídico, a subordinação hierárquica ao poder central (na verdade, a ausência de subordinação hierárquica, em termos jurídicos, mostra-se ínsita à criação de todas as entidades da Administração indireta ou descentralizada; mas, na prática, de regra, ocorre subordinação ao poder central, sobretudo quando o dirigente exerce cargo de confiança, de livre nomeação e exoneração)”.

717 Conforme Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Pedro. *Direito administrativo da regulação*. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*: no centenário do seu nascimento. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, 2 vol), essa neutralidade a denomina de “princípio da desgovernamentalização das entidades reguladoras” e

Deseja-se, portanto, com a regulação, buscar um ponto ótimo, equidistante dos vértices de um triângulo equilátero⁷¹⁸, composto pelo poder público, pela

aduz que o mesmo viu-se introduzido no direito português, afinal a Constituição portuguesa acolheu o conceito de “entidade administrativa independente” (arts. 35, n.º 2, 37, n.º 3, 39, que associou mesmo os conceitos de entidade administrativa independente e regulação e 267, n.º 3, que, em termos genéricos, autoriza a lei a criar entidades administrativas independentes). E relata (ibidem): “A administração desgovernamentalizada, imune à ingerência administrativa (tutela e superintendência) do Governo, converteu-se num novo sector da administração estadual indirecta – observe-se, contudo, que, ao contrário do que a ideia pode sugerir, a desgovernamentalização não significa a total independência das entidades reguladoras face ao Governo: na generalidade dos casos, trata-se de uma independência funcional e orgânica, não incompatível com todas e quaisquer formas de tutela governamental (v.g., nos planos financeiro e patrimonial), nem excluindo poderes disciplinares do Governo sobre os administradores das entidades reguladoras”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 147) apresenta como “isolamento de suas atividades administrativas em relação à arena político-partidária”.

Na mesma linha de raciocínio, é a lição de Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, v.15, n.6, p. 367-374, jun., 1999, p. 371), para quem é: “desnecessário enfatizar que as agências reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente o seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas indevidas, tanto no que diz respeito às suas decisões político-administrativas quanto à sua capacidade financeira. Constatada a evidência o ordenamento jurídico cuidou de estruturá-las como autarquias especiais, dotadas de autonomia administrativa e autonomia financeira”.

De acordo com a “Declaração de Condeixa” (Declaração de Condeixa: por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público de 4 de outubro de 2002, documento elaborado na sequência dos debates realizados no âmbito do “Fórum de Condeixa”, iniciativa regular do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – CEDIPRE), os fundamentos dessa “desgovernamentalização” da atividade reguladora são variados, mas sem pretensão de esgotar, destaca a “separação entre a política e a economia”, a “estabilidade e segurança do quadro regulatório”, o “profissionalismo e a neutralidade política”, a “separação do Estado-empresário do Estado regulador”, a “blindagem contra a captura regulatória” e o “autofinanciamento”.

Em geral, sobre as entidades administrativas independentes no Direito português, vide: CARDOSO, José Lucas. Autoridades administrativas independentes e constituição: contributo para o estudo da gênese, caracterização e enquadramento constitucional da administração independente. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

718 Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, 2 vol) discorda dessa posição: “Recusam-se, assim, as propostas que reconduzem a actividade regulatória (especialmente, a regulação da economia) a um mero fenómeno de tutela e composição de interesses de natureza privada. Segundo estes pontos de vista, ao invés da actividade administrativa tradicional, centrada na contraoposição entre interesse público e interesses privados, a administração reguladora consiste em grande medida num trabalho de ponderação entre interesses privados. A acção administrativa desenvolve-se, neste caso, segundo uma ‘lógica triangular’, em que a Administração surge investida de poderes de regulação das relações entre particulares, em cujo exercício impõe a observância de deveres de uns particulares em face

iniciativa privada (fornecedor) e pelo consumidor/usuário do serviço⁷¹⁹.

Acrescido a esse triângulo, que se chama triângulo regulatório, tem-se o triângulo de aço (iron triangle), idealizado por Grant McConnell, em 1966⁷²⁰, e que é composto por três partes, os burocratas (executivo), o congresso (legislativo) e os grupos de interesses, ilustrando as políticas de relacionamento existente entre eles. Tentando transpor a mesma lógica à realidade brasileira, ter-se-ia uma Cruz de Davi, onde se poderiam observar dois triângulos equiláteros sobrepostos um sobre o outro (Figura 20).

de outros, sanciona condutas que infringem interesses privados, promove a conciliação e, inclusivamente, resolve autoritariamente conflitos. Neste contexto, diz-se, a intervenção administrativa não se pauta pela prossecução de um interesse público, mas apenas pela exigência de assegurar o correcto funcionamento de um sector em que actuam privados na procura de realização dos seus interesses próprios. A regulação constituiria, portanto, uma actividade neutra (desinvestida de qualquer interesse a promover), assumindo um carácter arbitral: presumindo-se numa situação específica de desinteresse, a entidade reguladora procede à composição de pretensões conflitantes. Fala-se, neste sentido, de um processo de mutação substancial da concepção de administrar.

Já antecipámos a nossa discordância das posições acabadas de expor.

Na nossa interpretação, essas teses baseiam-se numa transposição mais ou menos acritica da base ideológica do inicial modelo norte-americano de regulação. Na verdade, na origem desse modelo, poderia até fazer algum sentido a ideia de que, ao regular o mercado, o Estado se colocava na situação de um terceiro neutral, indiferente e desinteressado, sem a pretensão de protagonizar ou de servir qualquer interesse que não fosse o da manutenção de uma certa ordem que assegure a realização dos direitos dos privados. Mas, na Europa, em que surgiu num contexto de reconfiguração do Estado, a regulação representa uma clara responsabilidade pública; uma responsabilidade do Estado de Garantia, que se mantém comprometido com o Bem-Estar e com a realização dos direitos dos cidadãos a usufruir em condições acessíveis e de certos serviços e bens. A intervenção reguladora, quer no domínio da regulação social, quer no da regulação económica, visa exactamente servir a prossecução desses interesses, que são interesses públicos. Resulta, certamente, de uma confusão entre objectivos e resultados o entendimento de que uma intervenção destinada a assegurar o funcionamento eficiente do mercado visa proteger a iniciativa económica privada: de resto, em Portugal, é até a Constituição a estabelecer que, no domínio económico, pertence ao Estado a incumbência prioritária de 'assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral' (cf. art. 81 al. f)). Ao actuar no cumprimento de uma tal incumbência, a Administração reguladora prossegue, portanto, um interesse público directamente tutelado pela Lei Fundamental".

719 Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 440) bem lembra que a ideia é sempre harmonizar o interesse do consumidor na obtenção do melhor preço e da melhor qualidade do serviço, com os do fornecedor do serviço, que deve ter preservada a viabilidade da sua atividade, como forma de se assegurar a continuidade do atendimento dos interesses sociais.

720 MCCONNELL, Grant. *Private power and american democracy*. New York: Alfred A. Knopf, 1966.

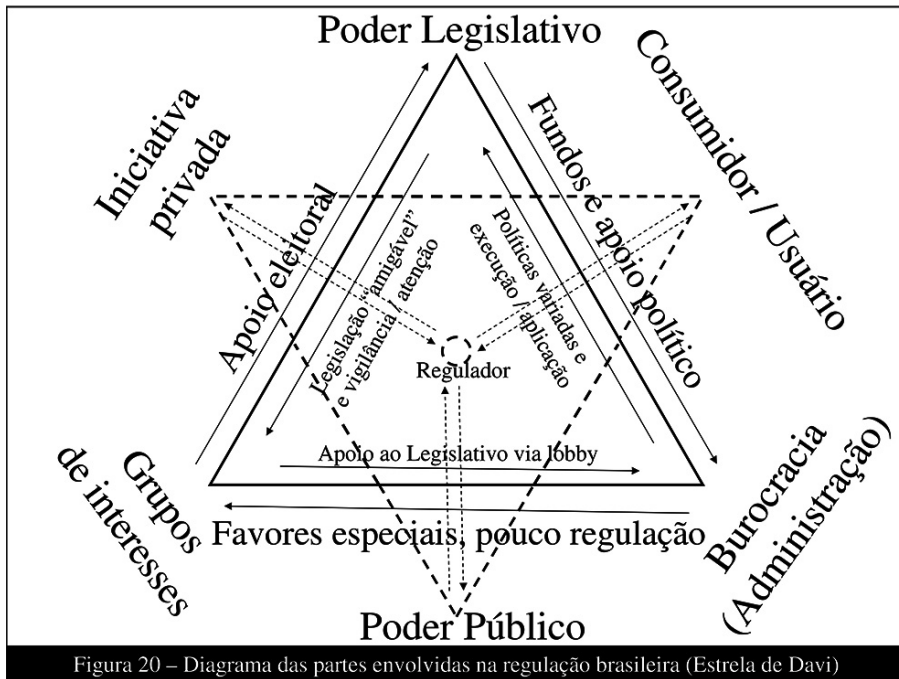


Figura 20 – Diagrama das partes envolvidas na regulação brasileira (Estrela de Davi)

Fonte: Elaborada pelo autor.

A figura 20 elucida o triângulo de ação brasileiro com linhas e setas de traços sólidos, seria ele composto pelo poder legislativo, que, por meio de seus representantes, tem contato cotidiano com a Administração pública, que deseja seu apoio frente aos grupos de interesses. Oferece, portanto fundos e apoio políticos a Administração. Em troca essa executa as políticas variadas, aplicando toda e qualquer vontade deste. Ademais, os membros do legislativo também procuram alinhar-se com um círculo de apoio político e eleitoral. Apoiando assim distintos grupos de interesses mediante legislações que avancem o interesse do grupo.

Por outro lado, a Administração pública burocrata tem um constante contato com os grupos de interesses que desejam influir nas políticas governamentais⁷²¹.

721 Afirma-se que o Chefe do Executivo muda, vêm e vão com critérios e ideias diferentes, obtendo fracassos e êxitos, mas os agentes públicos adstritos à Administração burocrática transcendem governos, seguindo em seus cargos e com isso seguindo com as relações com os grupos de interesses e o legislativo. Vide: PETERSON, Mark A. Political Influences in the 1990's, from the Iron Triangle to Political Networks. *Journal of Health Politics, Policy and Law*. Durham, v. 18, n. 2, p. 395-438, 1993.

Desse modo, em troca de apoio, via lobby, no legislativo, são pressionados a oferecerem favores especiais por meio de pouca regulação, por exemplo⁷²².

Veem-se, também, na figura 20, os grupos de interesse. Estes são representados pelos poderosos grupos que influenciam deputados e senadores a votar em seu favor, além de poderem garantir a reeleição de algum dos membros do legislativo em troca de apoio aos seus programas, recebendo do legislativo uma legislação mais favorável, bem como menos vigilância em troca do apoio eleitoral e da Administração favores especiais e pouca regulação em troca de apoio desta frente ao legislativo, via lobby.

Esse diagrama de forças centrífugas e centrípetas exercidas por poderosas partes tende a ser objeto de desejo de rompimento ou quebra por parte de outros grupos, principalmente pela sociedade e pelo judiciário que visa, a última instância, proteger o Estado de justiça democrático de direito. É assim porque entre seus integrantes há certa solidariedade, além do que compartilham os mesmos critérios e buscam um ponto em comum onde possam otimizar os benefícios para todos ou onde, cedendo em alguns, ganhe-se em outros⁷²³. Interessa aqui saber como funcionam para poder evitá-los.

Em uma outra perspectiva, a figura 20 também apresenta outro triângulo equilátero, com linhas e setas pontilhadas. Utiliza-se um triângulo com lados congruentes com a ideia de que se deve manter uma equidistância entre as partes, composta pelo poder público, iniciativa privada (fornecedor) e consumidor/usuário do serviço. Do mesmo modo, entende-se que o regulador independente deve-se encontrar no centro desse triângulo, também equidistante de forças existentes em toda e quaisquer políticas de relacionamento, como demonstrado no triângulo de aço. Deve o regulador buscar um ponto ótimo, em cada caso, de acordo com a interpretação de conceitos técnicos para implementação de políticas públicas.

3.3.1 Intervenção indicativa

A atividade indicativa ocorre quando o Estado somente indica, mostra ou assinala alguma ação ou processo, alguma direção, sem qualquer compromi-

722 No jogo político onde os interesses vão de maneira injustificada por cima do fim público, é comum que os agentes públicos tenham que optar por serem parciais, podendo eleger por apoiar o Chefe do Executivo que desafia o legislativo, ou ficar ao lado deste último. Como os cargos de maior influência são cargos comissionados de livre exoneração, tende-se a apoiar quem os indica ao mesmo, buscando a perpetuidade na função pública.

723 Vide: ADAMS, Gordon. *The politics of defense contracting: the iron triangle*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1982.

so, sem pretender o engajamento da iniciativa privada. Pode ou não causar, provocar ou iniciar ação por parte do particular, que assumirá o risco caso decida engajar-se na atividade⁷²⁴. São instrumentos de intervenção as condutas não-deônticas realizadas pelo Estado, como entrevistas, opiniões, justificações, programa partidário etc.⁷²⁵.

3.3.2 Intervenção incitativa

Na atividade incitativa, o Estado não apenas indica, mostra ou assinala, como também induz, provoca, estimula, instiga, incentiva a realização de algo, pretendendo o engajamento da iniciativa privada. Pode o Estado intervir incitativamente de forma positiva ou negativa: quando incitar privilegiando de-

724 Mário Luiz Oliveira da Costa (COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Setor sucroalcooleiro: da rígida intervenção ao livre mercado. São Paulo: Método, 2003, p. 165-166): “Realmente, quando se tratar de normas indutivas (em que o administrado não está obrigado a segui-las), a responsabilidade pela intervenção no domínio econômico somente se verificará, ainda que verificado o dano, se o estado não tiver cumprido o planejado ou o tiver feito em desconformidade com o que fizera crer ao administrado, contrariando especialmente os princípios da moralidade e da boa-fé que devem nortear tais relações. Afinal, tem o administrado o direito de confiar na Administração, não podendo ser por ela surpreendido para atingir determinada finalidade, restando-lhe quando menos o inequívoco direito à recomposição dos danos ou prejuízos sofridos por não ter a Administração honrado seus compromissos”.

725 Para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a existência de norma legal indicativa do exercício da intervenção do Estado na economia revela exercício regular de direito, mercê de não se inferir da norma jurídica qualquer atuar omissivo, posto inexistente o dever legal de manutenção da paridade cambial, o qual, se existente, poderia conduzir à culpa “*in ommittendo*”. Afirma que a ciência jurídica-econômica não é imutável e eterna, como não o são os ordenamentos voltados à regulação das atividades econômicas, sujeitas estas as mais diversas espécies de injunções internas e internacionais, como guerras, estratégias de proteção de produtos alienígenas, rompimento de relações diplomáticas, etc. Desse modo, entende o STJ que a ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica, revela a ausência de responsabilização do Estado (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 614048, Processo: 200302255470 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 15/03/2005 Documento: STJ000232408, Fonte: DJ DATA:02/05/2005 PG:00172 RSTJ VOL.:00192 PG:00134, Relator(a): LUIZ FUX, Data Publicação: 02/05/2005).

No mesmo sentido de inexistência do dever de indenizar estatal pela mera natureza indicativa da política econômica, em caso relativo à paridade cambial e ulterior maxidesvalorização do real, vide: BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 369035, Processo: 200181000007961 UF: CE Órgão Julgador: Terceira Turma, Data da decisão: 25/01/2007 Documento: TRF500134624, Fonte: DJ - Data: 27/04/2007 - Página: 1027 - Nº: 81, Relator(a): Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Data Publicação: 27/04/2007.

terminadas atividades estará atuando de forma positiva; quando onera alguma atuação privada para que haja desestimulação atua de forma negativa.

Com a complexidade vivenciada num Estado pós-moderno, almeja-se que o Estado realize suas intervenções na economia por meio de um método objetivo de obtenção dos seus fins. Dois são os meios, ou melhor, os instrumentos interventivos, mais bem visíveis, característicos da ação deôntica incitativa: o planejamento⁷²⁶, que uma vez executado será objeto de controle (formulação, condução e gerenciamento de políticas públicas)⁷²⁷; e os estímulos positivos⁷²⁸ e as desestimulações⁷²⁹.

Segundo Luis S. Cabral de Moncada⁷³⁰, “o plano económico pode ser definido como acto jurídico que define e hierarquiza objetivos de política económica a pros-

726 Vide art. 174, CRFB e art. 7 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Agências reguladoras. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. Série Coleção Síntese Jurídica, nº 2, p. 05) expõem que “o planejamento impede que o Estado atue de forma aleatória ou caprichosa. É por meio do planejamento que o Estado pode identificar as necessidades presentes e futuras dos diversos grupos sociais e orientar (inclusive mediante indução positiva ou negativa) a atuação dos agentes económicos visando o atingimento de fins determinados”. Não se pode esquecer que a realização de um planejamento torna a atuação administrativa mais transparente. Reinhold Zippelius (ZIPPELIUS, Reinhild. Teoria geral do Estado. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 476 e 477) elucida que o planejamento pode “racionalizar” a ação e, sobretudo, torná-la transparente contribuindo, simultaneamente, para a certeza da orientação que deva tomar.

727 Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. A ordem económica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000) entende que o planejamento não é forma ou modalidade de intervenção do Estado na economia e explica: “O planejamento apenas qualifica a intervenção do Estado sobre e no domínio económico, na medida em que esta, quando conseqüente ao prévio exercício dele, resulta mais racional. Como observei em outro texto, forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos económicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, o planejamento, quando aplicado à intervenção, passa a qualificá-la como encetada sob padrões de racionalidade sistematizada. Decisões que vinham sendo tomadas e atos que vinham sendo praticados, anteriormente, de forma aleatória, ad hoc, passam a ser produzidos, quando objeto de planejamento, sob um novo padrão de racionalidade”.

728 De acordo com Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 347): “A expressão “estímulos positivos” ao exercício da atividade económica privada é bem mais ampla que a de “fomento”, nela abrangida. Enquanto o fomento é um incentivo ao desempenho de determinada função de interesse do agente fomentador, o “estímulo positivo” envolve a criação de um cenário favorável aos investimentos”.

729 Também se fará uma referência à repressão ao abuso do poder de mercado, por existir uma interligação entre as matérias, mesmo sendo sabedor de que tal instrumento possui muito mais ligação com a intervenção imperativa do que com a incitativa. Mas como já se afirmou, tais intervenções são complementares.

730 MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito económico. 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 482.

seguir em certo prazo e estabelece as medidas adequadas à sua execução”⁷³¹. Para o Autor, “do conceito de plano económico fazem parte três elementos: as previsões, os objectivos e os meios a utilizar, numa perspectiva sempre temporária”⁷³². Logo, entende que o planeamento económico se apresenta como um conjunto de atos jurídicos que vão desde sua previsão por meio de lei (em sentido material), até atos administrativos que põem em prática a execução do plano⁷³³.

731 Discute-se muito sobre a vinculação do planeamento ao ordenamento jurídico, apesar de não desejar entrar em esta grande discussão, não se pode deixar de transpor a lição de André Laubadère (apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos jurídicos do planeamento económico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 29): “No que diz respeito especialmente às próprias obrigações dos poderes públicos, como admitir que o Estado não esteja em nada obrigado juridicamente pelo Plano que aprovou e propôs ele mesmo aos interessados, incitando-os, ainda por cima, a embrenharem-se em direções definidas e que, tendo-o promulgado, ele possa lavar as suas mãos a esse respeito. [...] se nos limitarmos a afirmar que o Plano não pertence ao domínio da ordem jurídica, que não tem efeitos jurídicos, que não obriga ninguém, nem o Estado nem os administrados, ele não pode, evidentemente, ter qualquer utilidade como fonte eventual de um controle da administração económica ou do pôr em causa a sua responsabilidade”.

Conforme Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, Celso Ribeiro. Direito económico brasileiro. São Paulo: Celso Bastos editor, 2000, p. 232): “[...] o planeamento, no Ocidente penetrou de forma moderada, não com força obrigatória absoluta, mas como meio de orientação da atividade dos particulares. Isso significa que apenas são vinculantes com relação ao Estado. No que respeita aos particulares contém estímulos e incentivos para que sejam adotados os seguidos, mas não são obrigatórios ou cogentes”.

Em sentido contrário, considerando o plano como ato político, mera obrigação moral e não jurídica, vide: GRAU, Eros Roberto. Planeamento económico e regra jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Aduz-se que é de suma importância a completa execução do planeamento aprovado. Eventual abandono ou paralisação pode acarretar prejuízos ao erário público, além de responsabilidade civil. É bastante comum que, nas mudanças de governo, os planos do anterior sejam deixados de lado. Não se quer dizer que o novo governo esteja atrelado ao que foi implantado pelo anterior, mas defende-se uma responsabilidade civil pelo simples e desmotivado abandono de um plano já implementado.

732 MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito económico. 4 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 482.

733 Luis S. Cabral de Moncada (ibidem, p. 487), ao tratar da natureza jurídica do plano económico, comenta que: “Seria ligeireza querer identificar a natureza jurídica do plano económico como se este fosse um acto jurídico unitário e a partir daí imputar-lhe uma natureza jurídica especial e verdadeiramente original no quadro dos actos normativos ou mesmo políticos e administrativos do estado-de-direito dos nossos dias. Em boa verdade, o plano económico é composto por um conjunto de actos normativos e administrativos, desde a lei das grandes opções do plano até os actos administrativos de execução do plano e mesmo contratos. O plano económico é um ciclo que começa com a lei parlamentar de aprovação das grandes opções do plano, até o plano propriamente dito e daí aos actos individuais e concretos e aos contratos necessários para a sua execução. Pode sem dúvida admitir-se que todos estes actos jurídicos estão funcionalmente identificados através da sua referência permanente à estratégia político-económica que o plano, globalmente considerado, encerra. Em todos eles é particularmente nítido o ‘indirizço’ político que o plano veicula, mas isso não é o suficiente para os autonomizar no capítulo geral dos actos normativos, administrativos e contratuais correntes, como se uma nova espécie tratasse”.

Planejamento é, portanto o ato ou efeito de planejar, de elaborar o plano. Difere esse conceito do de planificação, que é o ato ou efeito de planificar, ou seja, submeter algo a um plano.

Marcos Juruena Villela Souto⁷³⁴ entende que o planejamento possui duas etapas: o diagnóstico, que detecta e retrata as carências, expectativas e anseios da sociedade, contabilizando-se os dados globais, regionais e setoriais da atividade econômica que visa intervir; e o prognóstico, que atentando para os recursos efetivamente disponíveis, propõe medidas e metas para atacar as carências e atender às expectativas e anseios da sociedade⁷³⁵. O prognóstico deve representar a vontade popular, fruto do voto. Aqui que se tem a interligação entre o sistema político e o sistema econômico, afinal, cada partido político deve ter registrado na Justiça Eleitoral um programa partidário para poder existir⁷³⁶.

Portanto, planejamento é o sustentáculo, a ferramenta básica para que o Estado alcance o seu fim último – interesse público. O propósito de identificar os objetivos e metas prioritárias e definir modos operacionais que garantam, no

734 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.16.

735 Maria Paula Dallari Bucci (BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241) conceitua prognóstico como: “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas Públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato”.

Para Cristiane Derani (DERANI, Cristiane. Serviço público e privatização: atividades do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 208): “as políticas são chamadas de públicas quando estas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais existentes. São políticas públicas porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores da vida social. São políticas públicas porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas. Evidentemente, tratando-se de ações promovidas pelo agente público, destinadas à sociedade, as finalidades destas políticas serão sempre – para serem aceitas pelo direito – em função do interesse coletivo”.

736 O programa partidário deveria ser o retrato do que se propõe aquele partido para promover o bem-estar objetivo do Estado, ocorre que, no Brasil, a ausência de uma cultura partidária forte e, em especial, a falta de amadurecimento da legislação eleitoral fazem com que esses programas partidários não sejam, infelizmente, levados em consideração, não são acompanhados, controlados e raramente são cobrados. Os dirigentes são eleitos por um partido e trocam facilmente de partido, ou se associam a outros, que na plataforma eleitoral lhe eram opositores, trata-se de um “estelionato eleitoral”, que não traz nenhuma consequência em termos jurídicos, de sancionamento da imoralidade administrativa ou da falta de decoro parlamentar que esse tipo de postura representa. Verdade é que o Brasil ainda não alcançou um estágio de maturidade de sua legislação eleitoral, apesar dos nos últimos anos estar se tendo uma mudança no âmbito.

tempo e espaço adequados, a estrutura e os recursos necessários para a execução ou não de ações rotineiras, que nem sempre foram tidos como aspecto de uma Administração gerencial eficiente⁷³⁷. Planejamento, nas palavras de Hely Lopes Meireles⁷³⁸, “*é o estudo e estabelecimento das diretrizes e metas que deverão orientar a ação governamental*”⁷³⁹. Não basta o administrador público atuar, tem que exercer sua função consciente do que pretende ou não realizar. Daí porque se preconiza que o planejamento deva ser uma atividade de rotina da Administração⁷⁴⁰, funcionando como um mecanismo de racionalização administrativa, limitando a atuação e discricionariedade administrativa⁷⁴¹. Hoje, não só tem um aspecto técnico, mas também um aspecto político tudo para garantir

737 A falta de planejamento pode acarretar vários pontos de estrangulamento, fazendo um vendaval inflacionário, ou seja, um aumento generalizado e contínuo de preços, essa generalização dos aumentos de preços chama-se inflação e ela tende a mascarar os pontos de estrangulamento, que são setores de bens intermediários que não satisfazem, não atendem a demanda de outros setores impossibilitando o crescimento.

738 Apud PRADO, Maurício. Concessão pública: Um empreendimento público comercial. Revista do BNDES. Rio de Janeiro, v.3, ano V, p. 105-126, jun. 1996.

739 Na definição de Sergio de Andréa Ferreira (FERREIRA, Sergio de Andréa. Eficácia jurídica dos planos de desenvolvimento econômico. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 140, p. 16-35, abr./jun., 1980) “*o planejamento é, assim, um processo, a atividade de aplicação de um sistema racional de escolha entre um conjunto de alternativas reais de investimentos e de outras possibilidades para o desenvolvimento, baseado na consideração dos custos e benefícios sociais*”.

740 José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 86) leciona que o “*processo de planejamento passou a ser um mecanismo jurídico por meio do qual o administrador deverá executar sua atividade governamental na busca da realização das mudanças necessárias à consecução do desenvolvimento econômico-social*”. Sustenta que, agora, o planejamento não é mais um processo dependente da mera vontade dos governantes. É uma previsão constitucional e uma provisão legal. Tornou-se, portanto, imposição jurídica. Vale ainda mencionar que, para o autor, a natureza jurídica do plano é de acordo com o art. 48, IV da CRFB de Lei. De fato, são aprovados por lei, ficam fazendo parte integrante, mas não se pode deixar de dar uma vinculação à vontade expressa durante o processo eleitoral.

741 O Tribunal Constitucional português já teve a oportunidade de afirmar que o chamado *processo urbanístico* é regulado pelos *planos de urbanização* e que esses constituem uma forma de intervenção do governo no planejamento e ordenamento do território. Ademais, segundo o TC, existem normas legais que contêm um *regime jurídico específico* para certo tipo ou categoria de solos (*Reserva Agrícola Nacional (RAN)*; *Reserva Ecológica Nacional (REN)*; *Rede Nacional de Áreas Protegidas*; regime jurídico da ocupação; regime jurídico das *áreas florestais*; e regime jurídico das *servidões administrativas e das restrições de utilidade pública*). A sua disciplina tem, por isso, que ser observada na elaboração dos planos. Tais normas funcionam, para o TC, como limites à discricionariedade de planejamento e, por conseguinte, como limite à intervenção do Estado (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 329/99, Processo: n.º 492/98, Plenário. Relator: Conselheiro Messias Bento, Data: 2 de Junho de 1999).

a qualidade nos resultados das ações empreendidas, mas também para que se definam prioridades socialmente relevantes. Busca a formulação de metas e de prioridades a fim de atingir determinados resultados, além de limites e condições para a execução de determinadas atividades⁷⁴².

Por ser o planejamento determinante para o poder público e indicativo para a iniciativa privada⁷⁴³, está o poder público obrigado a planejar indicando quais os setores e regiões indispensáveis ao atendimento do bem-estar geral e, a partir daí, implementar os planos⁷⁴⁴.

742 Conforme Maurício Prado (PRADO, Maurício. *Concessão pública: Um empreendimento público comercial*. Revista do BNDES. Rio de Janeiro, v. 3, ano V, p. 105-126, jun. 1996): “as ingerências pontuais, singularizadas, também são merecedoras de planejamento, visto que urgem ser os atos da Administração parte integrante de um todo, verdadeiro conjunto harmônico preordenado, ainda que passíveis de serem singularizados e detentores de autonomia perante uma política maior, porém nunca independentes e desgarrados dos fins setoriais, regionais ou nacionais, porque representam e se justificam pela sua adequação ao interesse público”.

743 Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 35) recorda que, apesar do Estado estar obrigado a planejar, a iniciativa privada não pode ser obrigada a aderir a esse planejamento, que, para ela, é uma mera indicação de atividades que levam ao desenvolvimento, as quais ela pode desenvolver ou não.

744 Afirma Roberto Dormí (DORMÍ, Roberto. Nuevo Estado nuevo Derecho. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 381 e 382) ser o planejamento técnico de “orientación privada y de imperatividad pública”. Confirma ser o planejamento um dos principais princípios de qualquer reforma de Estado, por isso, para o autor: “Estado debe instrumentar una planificación económico-social, democrática y concertada com participación de los sectores de la producción, del capital y del trabajo, es decir con la intervención de los protagonistas del proceso productivo. La planificación debe asegurar la competencia y llevar a cabo aquellas intervenciones estatales que defiendan y garanticen el mercado”. Daí porque afirma ser o planejamento uma ferramenta da ação governamental “por la que se particularizan y puntualizan, para cada sector, las metas a alcanzar y los recursos a asignar”.

Neste sentido, Dalmo de Abreu Dallari (DALLARI, Dalmo de Abreu. O futuro do Estado. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 142) aponta o planejamento como um processo democrático, consubstanciando um conjunto de tentativas conscientes do governo, geralmente com o auxílio de organizações não-governamentais, para coordenar mais racionalmente a ação governamental e administrativa a fim de atingir mais completa e rapidamente os fins desejados, atendendo às determinações do processo político em sua evolução. Atua, sobretudo, no sentido de facilitar o atendimento dos objetivos sociais, levando em consideração as possibilidades de sua realização, de acordo com dados “científicamente establecidos”.

Josef Barat (apud COSTA, Paolo Henrique Spilotros. Planejamento e regulação do transporte metropolitano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006) destaca que o planejamento, que é implicitamente permeado por valores, deve buscar o consenso, incorporando grande variedade de interesses e fontes de poder para aumentar sua legitimidade. Assim, principalmente, nos níveis locais e estaduais, deve-se buscar um suporte participatório mais abrangente para que os próprios destinatários deem seu endosso, suporte e mesmo participação, conferindo maior legitimidade ao processo decisório.

Sem partir da efetiva participação, o planejamento estará fadado ao insucesso, como demonstra Josef Barat (apud COSTA, Paolo Henrique Spilotros, *ibidem*): “Os setores empresariais, públicos e privados,

Quando planeja o Estado está anunciando uma conduta e a iniciativa privada toma ciência de que o setor pode sofrer a influência da intervenção (negativa ou positiva). Assim, uma vez previsto o plano, que deve refletir a vontade popular sufragada nas urnas com base no programa partidário, por meio do qual o Chefe do Poder Executivo é eleito e elabora seu plano de governo identificando as regiões e os setores que necessitam ser estimulados ou não, para o alcance do bem-estar geral por meio do desenvolvimento econômico, ou seja, realizado o diagnóstico e proposto o prognóstico, passa-se, de acordo com os recursos existentes no orçamento, a fase de execução propriamente dita do prognóstico⁷⁴⁵.

É essa visão que ilustra a figura 21, a qual descreve um esquema separado em três segmentos: planejamento, execução e controle de políticas públicas. A parte superior da figura demonstra o planejamento das políticas públicas. Visualiza-se a relação existente dos sistemas políticos e econômicos com o sistema orçamentário. Ou seja, uma vez realizado o diagnóstico pelo sistema político, implementado o prognóstico (sistema econômico), para que a execução seja posta em prática deve o Estado ter recursos existentes no orçamento. É mediante o planejamento que se programará a execução orçamentária e o cumprimento de objetivos estatais. É por meio do planejamento que vão ser formatadas as leis orçamentárias. Assim, é elaborado um Plano Plurianual (PPA)⁷⁴⁶,

quando marginalizados do debate acerca da formulação das políticas de investimentos, programam inadequadamente suas decisões. Isto porque, quando é divulgado um plano governamental cria-se um compromisso de direito entre o Estado e os setores de produção que se sentem em condições de um engajamento efetivo nos programas e projetos. Mas se as metas estabelecidas burocraticamente e de forma excessivamente centralizada – isto é, desvinculadas das possibilidades reais daqueles setores, em termos de evolução da sua capacidade produtiva – as expectativas criadas geram frustrações pela não concretização de projetos e programas formulados, que induziram decisões nos campos técnico, financeiro e operacional”.

745 Vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.16. Segundo o autor (ibidem, p.16): “Os atos interventivos devem estar calcados no planejamento e este, por sua vez, deve refletir a vontade popular sufragada nas urnas com base no programa partidário, por meio do qual o Chefe do Poder Executivo é eleito e elabora seu plano de governo (CF, art. 14, § 3º, V, c/c 84, VI e XI). O planejamento visa, pois, dar organicidade à intervenção, tornando esta atividade vinculada. Fundamental se faz lembrar que o papel do Estado no Direito Moderno é estimular o desenvolvimento da sociedade, observado o princípio da livre iniciativa, cabendo ao Estado zelar para que esse desenvolvimento ocorra, ainda que ele próprio tenha que exercer as ações consideradas indispensáveis a tal fim”.

746 O Plano Plurianual (PPA) tem a função de estabelecer as diretrizes, objetivos e metas da administração para as despesas de capital e outras delas decorrentes, abrangendo um período de quatro anos, notando-se que é destinado às ações de longo prazo, coincidindo com a duração de um mandato do Chefe do Executivo.

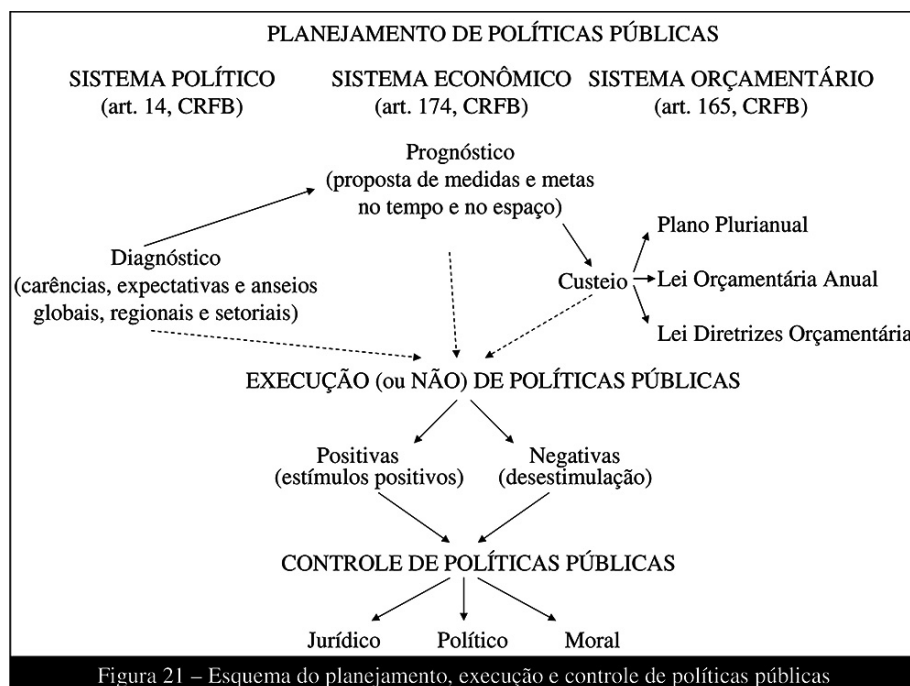
que é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 165, §1º, CRFB), prevendo as despesas de capital que serão objeto de implementação em mais de um exercício. As prioridades serão destacadas do Plano Plurianual para a Lei Orçamentária Anual (LOA)⁷⁴⁷, conforme decisão política da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)⁷⁴⁸ (arts. 165, §§ 2º e 5º, CRFB). Tais diplomas legais devem se manter em compatibilidade com o Plano Nacional de Desenvolvimento (art. 165, § 4º, CRFB)⁷⁴⁹.

747 A Lei Orçamentária Anual (LOA) trata de leis editadas, a cada ano, para fixar as bases do orçamento do ano seguinte, vislumbrando o cenário macroeconômico, isto é, os pressupostos de inflação (se esperada). A Lei Orçamentária Anual é o mais importante instrumento de gerenciamento orçamentário e financeiro da Administração Pública, pois conterá anexo que demonstre a compatibilização de programa/orçamento com objetivos/metasp recomendados no Anexo de Metas Fiscais da LDO, que, por sua vez, deve estar em consonância com o plano plurianual, evidenciando a finalidade precípua de administrar receitas e despesas públicas equilibradamente. O documento é igualmente acompanhado de um demonstrativo regionalizado de efeitos sobre as receitas e as despesas decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia, nos termos do art. 165, § 6º da CRFB. Neste documento, revelam-se como serão compensadas a renúncia de receitas e as despesas obrigatórias de caráter continuado, além de como serão compensadas as despesas com o pagamento de pessoal, serviços de terceiros, salário família, etc. Havendo isenção, assim, beneficiando algo ou alguém, deve este aumento de despesa ser compensado com a elevação da alíquota de algum tributo. De acordo com o art. 165, § 5º da CRFB, a LOA compreenderá: o orçamento fiscal, referente aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, assim como o de fundações instituídas e mantidas pelo poder público; o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta e indireta, nele incluída Saúde, Assistência e Previdência Social, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público.

748 A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) compreenderá as metas e prioridades da Administração Pública federal, incluindo as despesas de capital. É elaborada todos os anos, obrigando as pessoas jurídicas de Direito Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a estabelecerem as regras gerais para a elaboração do orçamento anual a vigorar no exercício financeiro seguinte.

749 Vale ressaltar que o princípio do planejamento para a racionalização das despesas públicas e a retomada do equilíbrio orçamentário foi contemplado na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), que tem como principal instrumento a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que exige previsões para o exercício em vigor e para os dois subsequentes.

O *Conseil constitutionnel français*, ao analisar o art. 3º da “*Loi d’orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*”, que contém várias disposições relativas a imóveis afetos à justiça, polícia nacional e “*gendarmerie nationale*”, em que se questionava a quebra dos princípios da igualdade, da transparência, livre concorrência e do princípio da liberdade de comércio e indústria, uma vez que se almejava uma correta utilização dos fundos públicos, como o art. 14 da Declaração de 1789. Considerou o conselho constitucional as disposições de tal artigo por entender que, ao conceber a um mesmo titular, a missão de construção, desenvolvimento e manutenção de edifícios afetos à Polícia Nacional e à “*Gendarmerie Nationale*”, eram formas de facilitar e acelerar a construção de uma melhor prestação de serviço, não afetando as pequenas e médias empresas, pois estas poderiam



Fonte: Elaborada pelo autor.

Passada a fase do planejamento (diagnóstico, prognóstico e custeio), tem-se a execução propriamente dita das políticas públicas de intervenção, que é a prática dos atos materiais de concretização do planejamento. Pode ser direta, prestada pelos próprios meios da Administração pública, ou indireta, descentralizando a atividade. Essa fase vem representada no centro da figura 21.

Caso a execução do planejamento seja positiva, deverá o Estado abrir oportunidades para que a iniciativa privada concretize o prognóstico desenvolvido no planejamento. Não deve o Estado, sem antes agir assim, montar uma estrutura para o atendimento desses setores ou regiões. Caso a execução seja negativa deverá o Estado desestimular a iniciativa privada (Figura 21). Por óbvio que o particular poderá ou não seguir a vontade do Estado quando este atuar de forma estimulativa ou desestimulati-

apresentar uma proposta conjunta (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 2002-460DC. Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure. NOR: CSCL0205850S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: jeudi 22 août 2002).

va. Apenas procederá de acordo com a vontade estatal se desejar, ou seja, somente se vinculará se essa for a sua vontade, afinal, a liberdade de iniciativa é a regra⁷⁵⁰.

Uma vez planejado o setor, realizada uma série de estímulos positivos ou desestimulada a iniciativa privada, o papel do Estado passa a ser de monitoramento da atividade econômica para que não ocorram abusos. É a chamada fase do controle, representada na parte inferior da figura 21⁷⁵¹. Aqui o Estado além de verificar a legalidade (controle jurídicos), a legitimidade (controle político) e a ilicitude (controle moral), também fará um controle de boa administração buscando realizar uma administração de resultado (controle técnico da qualidade do resultado)⁷⁵². Apenas e tão somente, no caso da iniciativa privada não acolher o interesse estatal, aí sim, se o plano for imperativo, e sendo os setores

750 Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995) recorda que a execução será realizada sob a coordenação da Administração Pública e aduz: “O princípio da coordenação visa a entrosar as atividades da Administração, de modo a evitar a duplicidade de atuação, a dispersão de recursos, a divergência de soluções e outros males característicos da burocracia. Coordenar é, portanto, harmonizar todas as atividades da Administração, submetendo-as ao que foi planejado e poupando-a de desperdícios, em qualquer de suas modalidades”.

751 O planejamento e o controle cabem ao administrador público, só a execução pode ser descentralizada. Sobre o controle, vide arts. 13 e 14 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 385), ao tratar do controle da Administração, refere: “Controle, em tema de administração pública, é faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.

752 Já se assinalou que o Supremo Tribunal Federal sustenta a possibilidade do poder judiciário implementar políticas públicas, desde que haja omissão por parte dos demais poderes. É tal omissão se dá na ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assevera: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 410715 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300, Relator: CELSO DE MELLO, Data Publicação: 03/02/2006).

O tema a respeito do controle de políticas públicas pelo judiciário é muito rico no campo doutrinário e no âmbito da jurisprudência, mas sempre se defendendo a sua possibilidade, nos casos raros de cabimento, por meio do processo coletivo ou do controle de constitucionalidade concentrado. Isso não significa dizer que é absolutamente impossível esse controle de forma incidental, mas pode-se inferir que o caminho é demasiado estreito. Assim entende o judiciário: BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 351857, Processo: 200081000114281 UF: CE Órgão Julgador: Quarta Turma, Data da decisão: 24/10/2006 Documento: TRF500129346, Fonte: DJ - Data: 29/11/2006 - Página: 1286 - Nº: 228, Relator(a): Desembargador Federal Barros Dias, Data Publicação: 29/11/2006.

e regiões eleitos no plano indispensáveis para o desenvolvimento nacional, que estará atendido – pelo menos um dos limites – do *caput* do art. 173 da CRFB.

Analisado o planejamento, resta focalizar um pouco mais os estímulos positivos e as desestimulações mencionados, afinal, são decorrências naturais do planejamento. Inclusive, é, no contexto exposto sobre o planejamento, que se observa a geração de um Estado propulsivo que toma forma ao criar parcerias e incentivos aos setores privados por meio da função de fomento, instrumento que encontra total amparo na Constituição (arts. 3º, III, 43, §2º e 170, VII, CRFB).

Assim, o fomento público é o incentivo/estímulo não-coercitivo aos particulares para desenvolverem atividades de interesse público, dispensando que o Estado crie estrutura administrativa para tanto⁷⁵³. A atividade de fomento é daquelas que não estão constitucionalmente reservadas à Administração, se não que tocam a interesses públicos compartilháveis, que tanto podem ser promovidos pelo Estado como pela sociedade⁷⁵⁴.

Distingue-se do fomento o mero repasse de recursos, ou seja, da atividade distributiva do Estado. A função alocativa, também, é um instrumento de intervenção do Estado na economia, visto que o Estado é alocador de recursos, pois passa a desempenhar duas funções distributivas: uma externa (ou política), por meio de políticas sociais voltadas aos segmentos assistidos, e outra, inter-

753 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 524) conceitua o fomento público como função administrativa. Para o autor, é por meio do fomento público que “o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade”. Já para Gaspar Ariño Ortiz (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada: Comares, 1999, p. 290): “[...] la actividad de fomento se configura como una actividad de estímulo y presión, realizada de modo no coactivo, sobre los ciudadanos y grupos sociales, para imprimir un determinado sentido a su actuación. El Estado actúa mediante estímulos de carácter económico, tales como las subvenciones, las exenciones fiscales, los créditos, etc. De este modo, el Estado no manda ni impone, sino que ofrece y necesita de la colaboración Del particular para que la actividad fomentada se lleva a cabo”. E, sem menos mérito, Ramón Parada (PARADA, Ramón. *Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 457) entende ser o fomento uma modalidade de intervenção administrativa que consiste em: “dirigir la acción de los particulares hacia fines de interes general mediante el otorgamiento de incentivos diversos”.

754 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 115-116) compreende que o fomento é uma das funções administrativas, porém segue-se aqui a doutrina de Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p. 35), que defende que o fomento nada mais é do que um mecanismo ou uma técnica que o ordenamento econômico e social possuem.

na (ou Administrativa), que se executa por meio do pressuposto público na distribuição dos meios financeiros entre entes e órgãos, ou seja, no repasse de recursos, é o Estado distributivo atuando em função alocativa.

Muitos são os tipos existentes de fomentos e as classificações existentes⁷⁵⁵. Pode-se, no entanto, resumir-se em duas: o fomento econômico e o social como instrumentos, respectivamente, do ordenamento econômico e do ordenamento social⁷⁵⁶. A figura 22 propõe um esquema visual, porém não exaustivo de diferentes modalidades de fomento econômico.

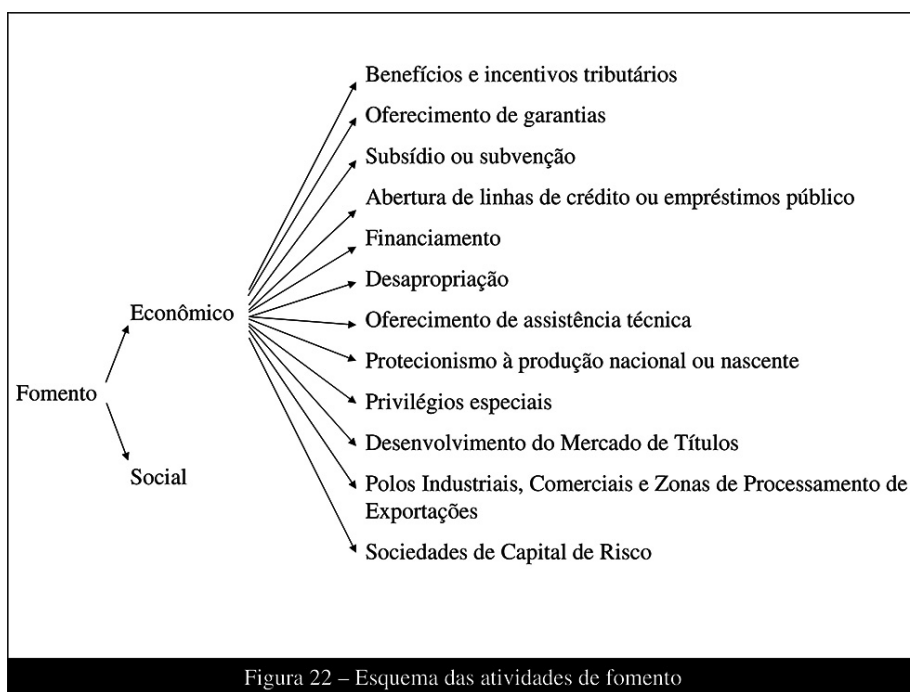


Figura 22 – Esquema das atividades de fomento

Fonte: Elaborada pelo autor.

Tendo em conta essa classificação, poder-se-ia definir fomento público como a colocação de instrumentos para o desenvolvimento econômico e pro-

755 Apenas para citar algumas, o fomento pode ser: econômico, quando o Estado passa a ser impulsionador da iniciativa (fomento econômico); promotor de oportunidade de trabalho (fomento laboral); incentivador de investimentos (fomento financeiro); e desbravador de novas alternativas econômicas (fomento científico-tecnológico). Além de existir fomento da educação, da cultura, lazer e do desporto, à saúde, do meio ambiente, do turismo, entre outros.

756 Sobre essa classificação vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 513-515.

gresso sociocultural. É por meio deste que o Estado vai suprir deficiências de estímulo em setor econômico que não está devidamente desenvolvido. Como o presente trabalho trata sobre a intervenção do Estado na economia, enfiar-se-á, então, o fomento econômico⁷⁵⁷.

Muitas são as formas de fomento público econômico que podem existir. As principais intervenções de fomento econômico são: os benefícios e incentivos tributários, tais como isenções e reduções de tributos⁷⁵⁸; o oferecimento de garantias, no caso da empresa privada necessitar recorrer ao mercado de capitais para obter condições de desempenhar atividades de interesse público, valendo-se do compromisso da Administração se responsabilizar pela dívida em caso de inadimplemento; o subsídio ou subvenção, que é um donativo, sem obrigação de reembolso⁷⁵⁹; as aberturas de linhas de crédito ou empréstimos públicos em

757 Segundo Luis S. Cabral de Moncada (MONCADA, Luis S. Cabral de. Direito econômico. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 426), o fomento econômico consiste em uma atividade administrativa de satisfação das necessidades de caráter público, protegendo ou promovendo atividades de sujeitos privados ou outros que direta ou indiretamente as satisfaçam. Dita também que o objeto da atividade fomentadora do Estado consiste no apoio prestado às empresas privadas, representado em estímulos positivos e dinâmicos, sendo certo que poderão ser de ordem social e cultural.

De acordo com Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 349), os incentivos poderão ser setoriais ou regionais. Os setoriais se destinam a desenvolver as atividades seletivas. Os incentivos regionais servem para ajudar o desenvolvimento de zonas que sofrem condições climáticas adversas a criar novos empregos e proporcionar a elevação da renda *per capita*, buscam o aproveitamento das riquezas regionais em zonas onde há falta de recursos humanos e financeiros, muitas vezes, ocasionada pela preferência por regiões mais desenvolvidas.

E mais, como observam Ramón Martín Mateo e Francisco Sosa Wagner (MATEO, Ramón Martín; WAGNER Francisco Sosa. Derecho administrativo económico. 2. ed. Madrid: Pirámide, 1977. p. 171-172), os fins perseguidos com a utilização dos estímulos podem ser conjunturais ou estáveis. Os fins conjunturais são os que se propõem a remediar uma situação transitória, tratando de mudar o signo da marcha espontânea da economia em seu conjunto ou em determinado setor. Destacam que as medidas estimuladoras, que deveriam ser transitórias, tendem a se tornar permanentes e, então, o protecionismo indefinido é, teoricamente, descartável, até para não deixar as indústrias do país num estágio de permanente minoridade (que as impeça de enfrentar, em pé de igualdade, seus competidores).

758 Merece destaque o tratamento diferenciado das pequenas e médias empresas (art. 179, CRFB) e das cooperativas (art. 146, III, alínea “c” c/c art. 174, § 2º ambos da CRFB).

759 Distingui-se do empréstimo que obriga um reembolso. Normalmente se subsidia para tornar possível a manutenção de preços políticos, permitindo a determinadas empresas a venda de seus produtos abaixo do custo.

condições favoráveis, destinados a atividades que mereçam apoio oficial⁷⁶⁰; o financiamento de bens; a desapropriação; o oferecimento de assistência técnica dada por entidades da Administração pública às atividades de produção e comercialização das empresas privadas⁷⁶¹; o protecionismo à produção nacional ou nascente (tarifas aduaneiras - Imposto de Importação; regime de quotas de importação; reserva de mercado e exigência de controle acionário em mãos de domiciliados no país), em especial, da indústria nascente, que, em regime de competição, não teria condições (nem estímulos) para se impor no mercado⁷⁶²; os privilégios especiais (prêmios; contingenciamentos; realização de obras expressamente destinadas a servir a uma exploração determinada – “*acordo-programa*”; direito ao uso de títulos de qualidade oficialmente reconhecidos – “*marcas nacionais*”, “*garantias de genuinidade*”, etc.; políticas de proteção e estímulo à produção); o desenvolvimento do Mercado de Títulos que colocam ao dispor das empresas meios de atrair capitais, assim resolvendo o problema do seu financiamento sem recorrer a empréstimos; os polos industriais, comerciais e as zonas de processamento de exportações, que recebem do governo incentivos fiscais e investimentos em infraestrutura, almejando a concentração de empresas em uma determinada região (ex: polos petroquímicos, polos industriais e Zonas de Processamento de Exportações); e as Sociedades de Capital de Risco que são criadas para participar, temporariamente e sem controle, do capital social de empresas com potencial de expansão e viabilidade, de modo

760 Podem ser feitos diretamente pelo Tesouro Nacional ou pelos Tesouros Estaduais; podem ser créditos facultados por fundos especiais; ou podem ser concedidos por empresas públicas ou sociedades de economia mista de natureza bancária, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal.

761 São, por exemplo, estudos, pesquisas (Embrapa), bancos de dados (INPI) e informações (IBGE), organização de negócios (SEBRAE), fomento das pesquisas científica e tecnológica e a formação de recursos humanos em todas as áreas (Fundação Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq e Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes), sem falar em entidades privadas financiadas por contribuições parafiscais, como o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio, Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (art. 240 e ADCT, da CRFB).

762 O fim da distinção entre a empresa brasileira e a empresa brasileira de capital nacional, com a supressão do art. 171, § 1º, não impede tal proteção. Apesar de ser um tipo de fomento polêmico, pois discrimina via protecionismo, justifica-se quando a atividade for considerada estratégica para a defesa nacional ou imprescindível ao desenvolvimento do país, em especial, no que concerne ao seu desenvolvimento tecnológico.

a dinamizar o mercado de capitais e fomentar o investimento privado (todas resumidas visualmente na figura 22).

A decisão de fomentar é política, no entanto, sua instrumentalização passa por critérios técnicos, muitas vezes resolvidos por órgãos específicos da Administração por meio da descentralização⁷⁶³. Para que a decisão seja posta em prática detém a Administração pública uma estrutura de fomento. Este, tradicionalmente, prestado por meio das empresas públicas ou sociedades de economia mista de natureza bancária, como o Banco do Brasil (1808), a Caixa Econômica Federal (1861), e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (1952). Atualmente, tem-se optado por diversos formatos, como Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista sob Contrato de Gestão; Agências de Desenvolvimento Regionais (Agências de Desenvolvimento da Amazônia e do Nordeste, por exemplo); Agência de Promoção (Agência de Promoção de Exportações do Brasil – APEX-Brasil, por exemplo); e, até, Agências Reguladoras (Agência Nacional de Cinema – ANCINE, por exemplo).

Vale mencionar que, como as demais funções da Administração que não exijam o uso do poder de império estatal, o fomento pode comportar uma condução por estruturas privadas, gestionando, inclusive, fundos públicos⁷⁶⁴. Para tanto, pode-se cogitar: Serviço Social autônomo⁷⁶⁵; contrato bancário⁷⁶⁶; convênio e acordo-programa; contrato de gestão com Organizações Sociais; e ter-

763 Recordar-se que a opção por montar uma estrutura administrativa ou incentivar o particular a exercer a função de interesse público ainda depende, em grande parte, da discricionariedade do administrador (art. 84, II, CRFB).

764 No tocante à discussão sobre a possibilidade ou não da gestão privada de fundos públicos, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 39-56, a favor; e AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 236, que se contrapõe à gestão privada de fundos públicos.

765 Tais entidades não integram a Administração Pública; são dotadas de personalidade jurídica de direito privado; desenvolvem atividades privadas de interesse coletivo; o interesse coletivo justifica o fomento a essas atividades; o fomento tem origem no próprio segmento econômico incentivado; e o recurso recebido a título de fomento, ainda que submetido ao dever de prestação de contas, constitui receita própria da entidade e passa a integrar o patrimônio das entidades privadas, afetado a uma finalidade privada de interesse público, ensejando um dever de probidade na sua gestão. Não se pode confundir o Serviço Social Autônomo com as entidades do Sistema “S” acolhidas pelo art. 240 da CRFB, que são, comprovadamente, entidades criadas e mantidas pelo setor privado e não integrantes da Administração.

766 Entrega do patrimônio de um fundo público de fomento, ou em sua devida transformação em títulos bancários a uma instituição financeira.

mo de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. A opção pela gestão privada do fomento atende, a um só tempo, os princípios da livre iniciativa e da economicidade.

Sendo o princípio da livre iniciativa um fundamento da República e um princípio orientador da ordem econômica certo é que o fomento público terá adesão facultativa da iniciativa privada em troca dos incentivos previstos. Trata-se de uma faculdade, pois o Estado intervém apenas de maneira incitativa, mas, a partir da adesão do particular, fica ele obrigado a cumprir com os prognósticos do planejamento cuja execução foi incentivada. Surge uma relação jurídica especial, pois uma vez estabelecida a adesão no plano, o Estado poderá obrigar ao particular a cumprir aquilo que voluntariamente se comprometeu. Ao Estado, por sua vez, fica vedado, por comissão ou omissão, de prejudicar, de qualquer forma, tais atividades⁷⁶⁷.

O vínculo de parceria estabelecido numa relação de fomento público é, tipicamente, um daqueles que necessita do robustecimento da confiança e de segurança, projetadas no Direito Público como os princípios da confiança legítima e da segurança jurídica⁷⁶⁸. Com efeito, o particular que acolhe à convocação do Estado, para com ele se associar em determinada atuação de interesse público que este pretenda estimular, só o faz porque confia na observância das regras e, por certo, na segurança dessa relação, da qual passa a participar por adesão.

Distintamente da União Europeia, o Brasil não tem como regra a incompatibilidade do outorgamento das ajudas de Estado⁷⁶⁹. A ideia do sistema brasileiro

767 Gaspar Ariño Ortiz (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 2001, p. 303-305) explica que, com a outorga de meios econômicos de fomento, surge uma relação especial, porque o beneficiário se compromete à realização da atividade promovida e a Administração goza de amplas potestades de controle.

768 Vale mencionar que o *arrêt Société KPMG et autres*, de 24 de março de 2006, consagrou, no ordenamento jurídico francês, o princípio da segurança jurídica (FRANÇA. *Conseil d'État*, *arrêt Société KPMG et autres*. N° 288460. Publié au recueil Lebon. Assemblée. M. Denoix de Saint Marc, président, M. Bertrand Dacosta, rapporteur, M. Aguila, commissaire du gouvernement, SCP CELICE, BLANCPAIN, SOLTNER; SPINOSI; SCP DEFRENOIS, LEVIS ; SCP LYON-CAEN, FABIANI, THIRIEZ, avocats. Lecture du viernes 24 marzo 2006).

769 Já se afirmou que a União Europeia estabelece um regime que garanta a concorrência. Por esse motivo, instituiu, nos arts. 101 a 118, normas comuns que disciplinam “*as regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações*”. Dentro de tal título, tem-se a seção segunda do capítulo que trata dos “*auxílios concedidos pelos Estados*” (artigos 107 a 109), ou seja, estabelece mecanismos de controle sobre as ajudas de Estado, uma vez que tais são visualizadas como um elemento distorcedor da liberdade de empresa.

é vincular os incentivos a objetivos maiores, nos quais a renúncia a uma receita irá proporcionar benefícios generalizados, por meio dos quais a perda de receita será neutralizada e, até, superada por novas arrecadações num futuro programado⁷⁷⁰. Por isso a previsão dos instrumentos de fomento, bem como setores beneficiados, no planejamento e as leis orçamentárias⁷⁷¹.

Quando o Estado concede ajuda a uma determinada empresa ou setor, as demais empresas, no primeiro caso; e os demais setores, no segundo, bem como os demais Estados-membros poderão ficar numa situação de desvantagem competitiva, motivo pelo qual o TFUE impõe como regra a incompatibilidade do outorgamento das ajudas de Estado.

Assim, um dos objetivos dos arts. 107 a 109 do TFUE é estabelecer uma disciplina que proteja o mercado e seus participantes de interferências externas causadas pelas ações dos Estados-membros. O mercado e seus participantes constituem o principal interesse protegido por esses artigos.

Tal intervenção do Estado favorecendo a determinadas empresas produz importantes problemas no âmbito comunitário no que diz respeito, principalmente, à instauração e consecução do Mercado Interno, pois pode permitir aos Estados falsearem as condições de concorrência e dos intercâmbios comerciais no dito mercado, protegendo suas economias nacionais.

Por óbvio, pois, que as ajudas de Estado podem, e reitera-se, podem distorcer o modelo de competência associado à liberdade econômica e, principalmente, ao princípio da igualdade, visto que não se pode favorecer uma empresa sem prejudicar outras.

Não obstante, o TFUE tem em conta que as ajudas de Estados podem constituir um instrumento útil e importante para promover objetivos de interesse público, estabelecendo que algumas ajudas, que tivessem efeitos adversos para o comércio e a concorrência, pudessem ser permitidas, sob determinadas condições, desde que promovessem objetivos dignos de proteção. Assim, quando o Estado atua como prestador das ajudas, a regra geral de incompatibilidade, expressa no art. 107.1, foi acompanhada de um elenco de exceções que estão recorridos nos apartados 2 e 3 do mesmo artigo, e em outras disposições do TFUE, como o art. 93, que trata especificamente das ajudas no setor de transportes e o art. 106.2 que trata dos serviços de interesse econômico geral.

770 Além do TCE (atual TFUE), outros tratados, como o Tratado da Organização Mundial do Comércio e o Tratado de Assunção, repudiam, como regra, políticas protecionistas. No entanto, o Direito Internacional reconhece a diferença entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, admitindo proteção da indústria nascente, das divisas e da segurança nacional, no que não discrepa, não admite discriminações como restrições ao capital estrangeiro (art. 172, CRFB) ou ao desempenho de atividades de saúde (art. 199, § 3º, CRFB), de comunicações (art. 222, § 1º, CRFB), de navegação de cabotagem (art. 178, CRFB), de exploração de minas (art. 176, § 1º, CRFB), no exercício de atividade financeira (art. 192, III, CRFB) ou na aquisição de propriedade rural (art. 190, CRFB). Não deixam de ser benefícios de fomento, cuja única explicação seria a prévia sede constitucional da definição de tais setores como estratégicos (cabendo à lei definir outros setores). O fundamental, frisa-se, é que tais políticas sejam amparadas num contexto geral de desenvolvimento do país, sob pena de contrariar preceitos de direito internacional de liberação do comércio entre os países – onde são vedadas discriminações em nome da abertura das economias para privilegiar a produção de escala.

771 São três elementos que conceituam a ajuda de Estado no Direito Comunitário (UE), mas cinco que fazem ser uma ajuda de Estado incompatível com o Mercado Interno Europeu.

O primeiro elemento seria a vantagem ou um benefício econômico para quem a recebe. Outros elementos seriam a seletividade da medida, informando que a ajuda não está para beneficiar a economia no seu conjunto, mas sim uma parte dela ou determinada empresa ou um conjunto

de empresas. E, o terceiro elemento é o papel ativo que desempenham as autoridades públicas outorgando ou financiando a ajuda com fundos públicos. Esses são os elementos definidores das ajudas de Estado. Para que estas sejam incompatíveis com o Mercado Interno têm que ter outros dois elementos, os efeitos da medida sobre a concorrência e a sua finalidade, bem como no âmbito de aplicação do TFUE.

Assim, quando estiver diante de uma ajuda, terá que verificar esses postos. Caso as ajudas propiciem vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, sob qualquer forma, desde que não se tenha obtido na lógica do mercado, tendo como ponto de partida a situação competitiva do Mercado Interno anterior à concessão da ajuda.

Além da ajuda ter que estar caracterizada como uma vantagem ou benefício, deve favorecer, como beneficiário último ou não beneficiário em último termo da ajuda, determinadas empresas, podendo ser tais empresas públicas ou privadas, com ou sem ânimo de lucro. Também pode favorecer a produção de certos bens, utilizados no setor. Recordando que a seletividade, no sentido de especialidade, deve estar figurada nesses casos, ou seja, há a necessidade de que a medida beneficie só a algumas empresas ou produções, exclui do âmbito de aplicação dos arts. 107 e 108 os benefícios que favorecem a toda a economia em seu conjunto, ou a todas as empresas do setor.

E para que se tenha cumprida a primeira condição de incompatibilidade das ajudas de Estado, à parte de ter a ajuda que ser caracterizada como uma vantagem ou benefício e que favoreça a determinadas empresas ou a produções de certos bens utilizados pelo setor, elas têm que ser outorgadas mediante recursos públicos e/ou fundos públicos, entendendo esses como os administrados por ente nacional, regional ou local, por meio da administração da Administração direta ou indireta; ou por ente privado, alheio à Administração Pública, mas que tenha alguma influência desta; e aqueles, como qualquer fundo desses entes mencionados, independente de qual seja sua origem e seu destino, desde que se empreguem no setor e não seja comunitário.

Deixa-se claro que a concessão de uma ajuda de Estado não pressupõe que se está colocando o beneficiário em uma situação superior às demais empresas, podendo a mesma ser outorgada e não lesionar o art. 107.1 do TFUE, só serão incompatíveis com o Mercado Interno se as ajudas falsearem ou ameçarem falsear a concorrência, incluindo-se aqui a possibilidade de falsear também. Mas isso não basta para caracterizar uma incompatibilidade da ajuda, tem a mesma que ter efeito no comércio (intercâmbio) entre os Estados-membros.

Toda ajuda no mercado relevante provoca sempre uma perturbação, ainda que mínima, o que traz uma inicial presunção de ilicitude da ajuda, mas há que analisar, caso a caso, para verificar se a ajuda de Estado realmente limitou a concorrência. Daí porque existem as ajudas que “são” e as que “podem ser” compatíveis com o Mercado Interno, ao menos razoavelmente, e os dois tipos de ajudas relacionadas ao art. 106.3, também a ajuda relacionada ao art. 93, ambos do TFUE.

Contudo, pode-se concluir que todas essas possibilidades de exceção à regra geral de incompatibilidade da ajuda de Estado fazem-se necessárias, uma vez que a intervenção do Estado é indispensável para garantir o bom funcionamento do mercado como um todo. O *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias* evita enunciar uma definição de ajuda de Estado, porém pode-se verificar algumas aproximações em: UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61959J0030. Acórdão de 23 de Fevereiro de 1961. Processo 30-59. De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Colectânea da Jurisprudência Edição especial portuguesa página 00551 e UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*. 61979J0061. Acórdão de 27 de Março de 1980. Processo 61/79. Amministrazione delle finanze dello Stato contra Denkvit italiana Srl. Colectânea da Jurisprudência 1980 página 01205). Sobre os requisitos estabelecidos no art. 106.2 não se pode deixar de mencionar que, para o TJCE, não constituem ajuda estatal, a teor do

No Brasil, a outorga de qualquer estímulo positivo, principalmente que implique numa redução de receita, deve estar contemplada no planejamento, além de constar nas leis orçamentárias e cumprir os requisitos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal que trouxe relevante contribuição na matéria⁷⁷².

Desse modo, pelo fomento se destina buscar, no setor privado, o atendimento de objetivos de interesse público fixados em lei, em troca dos incentivos nela previstos, notadamente por meio de benefícios, sempre vinculados a objetivos maiores, nos quais a atribuição de uma renda está vocacionada a proporcionar proveitos generalizados, não perdendo de vista o interesse público, a boa administração e a administração de resultado⁷⁷³.

art. 107.1 do TFUE, aquelas que: “Em primeiro lugar, a empresa beneficiária deve efectivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas. Em segundo lugar, os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente, a fim de evitar que aquela implique uma vantagem económica susceptível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes. Em terceiro lugar, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações. O respeito dessa condição é indispensável para garantir que não seja concedida à empresa beneficiária qualquer vantagem que falseie ou ameace falsear a concorrência, reforçando a posição concorrencial desta empresa. Em quarto lugar, quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efectuada através de um processo de concurso público que permita seleccionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a colectividade, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte para poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas, teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respectivas receitas assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62000J0280. Acórdão de 24 de Julho de 2003. Processo C-280/00. Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, e Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht. Colectânea da Jurisprudência 2003 página I-07747).

772 Vide art. 14, 26, 27 e 28 da Lei complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.

773 A *Corte Costituzionale italiana* decidiu, em caso relativo à incentivo público do Estado às empresas industriais localizadas no Valle d’Aosta, onde se desejava promover o desenvolvimento de certos setores da economia local que tal “*forma di intervento pubblico nell’ambito della economia è ormai ampiamente sperimentata e diffusamente praticata. Essa consente infatti di indirizzare lo sviluppo verso obiettivi di interesse generale, evitando gli oneri della gestione diretta e creando stimoli che si integrano agevolmente nella dinamica di mercato*”. Ademais, decidiu que o fomento da economia não prejudica a oferta de oportunidades que podem ser ou não aceitas e, portanto, não viola a liberdade de empresa (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 1066 de 24 NOVEMBRE-6 DICEMBRE 1988, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 06 dicembre 1988. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” dell’14 dicembre 1988. Pres. SAJA, Massime: 13289).

No mais, não se pode atribuir privilégios, preferências, favores e proteções violadoras da isonomia entre os administrados. Caso assim proceda, poderá ensejar responsabilidade civil sobre seus atos⁷⁷⁴.

Uma vez planejado o setor, fomentada a iniciativa privada, o papel do Estado passa a ser de monitoramento da atividade econômica para que não ocorram

Com relação a uma campanha estatal promocional favorável à marca “made in Italy” para “*merci integralmente prodotte sul territorio italiano o assimilate ai sensi della normativa europea in materia di origine, nonché per il potenziamento delle attività di supporto formativo e scientifico*”, questionava-se tal forma de intervenção como limitadora da liberdade de iniciativa, vez que prejudicava a participação das regiões de origem. De acordo com a *Corte Costituzionale italiana*, “*solo lo Stato può porre in essere strumenti di politica economica tendenti a svolgere sull’intero mercato nazionale un’azione di promozione e sviluppo (sentenza n. 303 del 2003)*” motivo pelo qual declarou legítima tal campanha (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 175 anno 2005, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Principale. Deposito in cancelleria: 04 de maggio 2005. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” del 11 de maggio 2005. Pres. CONTRI - Rel. VACCARELLA, Massime: 29375 e 29376).

- 774 Para Flávio de Araújo Willeman (WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 156): “[...] o princípio da igualdade tem por norte a função de proteger e garantir a livre concorrência entre as pessoas que se lançam ao mercado de produção e circulação de bens e serviços, seja quando a sua atividade tem por objeto o poder, seja quando o pólo de seu interesse são os bens materiais ou imateriais, cujo gozo exclusivo lhes é assegurado pelo direito de propriedade. Ademais, privilegiar determinado tomador para o recebimento de um incentivo estatal representará não só a violação do princípio da igualdade, mas também configurará um ato regulatório com desvio de finalidade, que, certamente, caracterizará a captura da Agência Reguladora. Ressalta-se, no entanto, que malgrado ser objetiva a responsabilidade da Agência Reguladora, o ônus da prova de tais fatos é do suposto lesado”. Fernando Facury Scaff (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 194), entende que qualquer norma interventiva, seja de direção ou de indução, mas que incentive, desincentive ou vede uma atividade, deverá estar em conformidade com os seguintes critérios: “1.^o) o correto estabelecimento do critério discriminatório; 2.^o) haver correção lógica entre o critério discriminador escolhido e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; 3.^o) este discrimen se encontrar de conformidade com o ordenamento jurídico posto”. Para o autor, se qualquer um destes critérios não estiver sendo obedecido, estará ocorrendo um ato inconstitucional, posto que o Princípio da Igualdade estará sendo violado. Para citar um exemplo de não-responsabilização, o *Conseil constitutionnel français* afirmou não ser contrário à livre iniciativa das instituições financeiras a “*suppression de l'exonération des primes de remboursement distribuées ou réparties par un OPCVM, lorsqu'elles représentent plus de 10 p 100 du montant des revenus distribués vise à mettre un terme à une pratique permettant aux personnes physiques qui ont réalisé des plus-values taxables d'éluider l'impôt correspondant*”. Ou seja, a suspensão de uma exoneração fiscal, que é apurada como uma fonte de evasão fiscal, não pode ser considerada como violação à “*liberté d'entreprendre des établissements financiers*”, logo, não há qualquer responsabilidade do Estado pela suspensão de um estímulo anteriormente fornecido (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 89-268DC. Loi de finances pour 1990. NOR: CSCX8910544S. Votos: [s. relator]. Data: vendredi 29 décembre 1989).

abusos⁷⁷⁵. Este instrumento chama-se repressão ao abuso do poder econômico, que é a defesa da concorrência⁷⁷⁶.

Nas palavras de Javier Viciano Pastor⁷⁷⁷, as normas relativas ao direito da competência estabelecem o “*régimen general de intervención de los poderes públicos en el sistema económico*”. É nesse enfoque que se deseja analisar a concorrência, ou seja, ensaja-se estudar tal instrumento interventivo porque suas

775 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao decidir uma ação direta de inconstitucionalidade relativa à Lei n.º 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares, sustentou que “*em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-QO - QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 319 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036, Relator: MOREIRA ALVES, Data Publicação: 30/04/1993).

776 As normas de defesa da concorrência têm origem no direito anglo-saxão, ao final do século XIX. Partindo de precedentes do *Common Law* inglês, o legislador americano criou a *Sherman Act* a fim de obstaculizar os comportamentos anticompetitivos dos grandes grupos empresariais surgidos com a revolução industrial. Tal lei, apesar da conturbada utilização nas primeiras décadas, foi paulatinamente substituída pela segurança do uso da regra da razão e pela execução dos mais básicos princípios da doutrina sobre organização industrial.

À época, o judiciário norte-americano, no caso *Addyston Pipe & Steel Co. v. US*, 175 US 211, 229-230 (1899), afirmava que a liberdade contratual nunca incluiu o direito a celebrar acordos que, em caso de aplicar-se, supunham travas à liberdade de comércio dos cidadãos de todo o território nacional (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Addyston Pipe & Steel Co. v. US*, 175 US 211, 229-230 (1889). Argued April 26–27, 1899. Decided December 4, 1899. Full case name: *Addyston Pipe and Steel Company et al., Appts., v. United States*. Citations: 175 U.S. 211. Prior history: None. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Melville Fuller; Associate Justices John M. Harlan, Horace Gray, David J. Brewer, Henry B. Brown, George Shiras, Jr., Edward D. White, Rufus W. Peckham, Joseph McKenna. Laws applied: First, Fourteenth amendment, Commerce Clause).

Tal segurança foi ameaçada a partir da década de 1960, inclusive, período em que as legislações mundiais sobre o tema passaram a surgir. E escolas sobre o tema passaram a se dividir, como as escolas de Havard e de Chicago. Elas buscam os objetivos que devem ser perseguidos pela lei antitruste. A de Harvard sustenta que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder de mercado, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas. Já a de Chicago, busca a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficia os consumidores, esteja o agente sobre posição monopolista ou não. Esta última influenciou de forma mais evidente as normas anticoncorrenciais de todo mundo.

777 PASTOR, Javier Viciano. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 28.

normas possuem características imperativas e restringem a autonomia privada, delimitando de forma interna e estrutural o alcance de livre iniciativa⁷⁷⁸.

778 Um exemplo atual da intervenção do Estado na economia por meio de normas antitrust é o dever de proporcionar acesso à interconexão. Normalmente, os setores caracterizados como um monopólio natural conduzem à necessidade de otimização da rede em sua totalidade, fazendo com que seus operadores se submetam à doutrina das *essential facilities* (livre interconexão, atendidas as condições técnicas e econômicas previstas pelo regulador). A razão de ser dessa intervenção é salvaguardar a possibilidade de que outras empresas possam aceder ao mercado e fazer factíveis as mesmas possibilidades de luta competitiva entre particulares. Pretende-se evitar que os operadores dominantes, que habitualmente são titulares das redes, imponham condições discriminatórias aos competidores que necessitam utilizá-las. É por meio dessas normas que se faz efetivo o princípio da igualdade, mais concretamente o princípio da igualdade de oportunidade da iniciativa privada, como limite estrutural à livre iniciativa, que, por sinal, é um reflexo de um regime social de mercado.

Ana Maria de Oliveira Nusdeo (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 171) explica: “Em termos menos técnicos, refere-se àqueles tipos de atividades nos quais não existe a possibilidade de uma efetiva concorrência, mas cujo acesso é essencial à manutenção da competição em outras fases da mesma cadeia de produção ou prestação de serviços, funcionando como um ‘gargalo’ (bottleneck) do sistema. Diante deles, a política pública deve garantir o acesso e a passagem dos agentes por esta zona de estrangulamento, para que possam chegar ao seu destino – as outras atividades competitivas – com a sua integridade, enquanto agentes de mercado, mantida”.

No âmbito da apreciação do carácter abusivo de uma posição dominante, o *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias* afirma que para determinar se um produto ou um serviço é indispensável para permitir a uma empresa exercer a sua atividade num determinado mercado, há que averiguar se existem produtos ou serviços que constituam soluções alternativas, mesmo que sejam menos vantajosas, e se existem obstáculos técnicos, regulamentares ou econômicos suscetíveis de tornarem impossível, ou pelo menos desrazoavelmente difícil, a qualquer outra empresa que pretenda operar no referido mercado criar, eventualmente em colaboração com outros operadores, produtos ou serviços alternativos. Para admitir a existência de obstáculos de natureza econômica, deve, pelo menos, provar-se que a criação desses produtos ou serviços não é economicamente rentável para uma produção em uma escala comparável à da empresa que controla o produto ou o serviço existente. Daí resulta que, para efeitos de exame do carácter eventualmente abusivo da recusa de uma empresa em posição dominante de concessão de uma licença de utilização de uma estrutura modular, protegida por um direito de propriedade intelectual de que é titular, o grau de participação dos utilizadores no desenvolvimento da referida estrutura e o esforço, nomeadamente em termos de custos, que os potenciais utilizadores deverão suportar para poder adquirir estudos relativos às vendas regionais de produtos farmacêuticos apresentados com base numa estrutura alternativa, são elementos que devem ser tomados em consideração para determinar se a estrutura protegida é indispensável à comercialização de estudos desta natureza. Por tal motivo, conclui o tribunal que: “A recusa, oposta por um empresa que detém uma posição dominante e que é titular de um direito de propriedade intelectual sobre uma estrutura modular indispensável para a apresentação de dados relativos às vendas regionais de produtos farmacêuticos num Estado-Membro, de conceder uma licença para utilização dessa estrutura a uma outra empresa, que igualmente deseja fornecer esses dados no mesmo Estado-Membro, constitui um abuso de posição dominante na acepção do art. 82. CE quando estiverem reunidas as seguintes condições: – a empresa que pede a licença tem a intenção de oferecer, no mercado de fornecimento de dados em causa, produtos ou serviços novos que o titular do direito de propriedade intelectual não oferece e para os quais existe uma procura potencial por parte

De modo simples, pode-se conceituar concorrência como a disputa da preferência de quem procura bens e serviços ofertados. É fato que esta traz uma série de benefícios aos usuários/consumidores, também de certo modo aos agentes, porém, quem detém uma posição razoável do setor irá vê-la como uma forma prejudicial a seus negócios, porque terá lucros menores, terá que ter cuidado com qualidade e fazer investimentos constantes⁷⁷⁹.

A concorrência serve como instrumento de política pública, é instrumento para conduzir o sistema, instrumento de intervenção do Estado na economia. O direito da concorrência tem construído a sua intervenção apoiado nos ensinamentos da teoria econômica⁷⁸⁰, procurando estimular não tanto a concorrência perfeita (modelo dificilmente transportado para a experiência concreta), entretanto para assegurar aquilo que tem sido denominado de concorrência eficaz praticável, a denominada “*workable competition*”⁷⁸¹. Este tipo de concorrência se estabelece entre empresas de dimensões diferentes, com custos e políticas também diversos, gerando progresso graças ao aperfeiçoamento dos métodos de produção e crescente diferenciação da qualidade e tipo de produtos, por fim, e

dos consumidores; – a recusa não é justificada por considerações objectivas; – a recusa é susceptível de reservar ao titular do direito de propriedade intelectual o mercado do fornecimento dos dados relativos às vendas de produtos farmacêuticos no Estado-Membro em causa, excluindo toda a concorrência neste” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62001J0418. Quinta Secção. Acórdão de 29 de Abril de 2004. Processo C-418/01. IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG. Colectânea da Jurisprudência 2004 página I-05039).

779 A concorrência entre uma pluralidade de empresas tutela os interesses da coletividade enquanto contribui a melhorar a qualidade dos produtos e reduzir os preços (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 223 de 2 DICEMBRE 1982, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 16 dicembre 1982. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 351 del 22 dicembre 1982. Pres. ELIA - Rel. SAJA, Massime: 9535).

780 As teorias econômicas constituem papel importante na compreensão da realidade sobre a qual recai o direito da concorrência, auxiliando inclusive na tarefa de traçar os contornos da atuação concretamente desejáveis. Todavia, conforme destaca Carolina Cunha (CUNHA, Carolina. Controlo das concentrações de empresas (Direito Comunitário e Direito Português). Coimbra: Almedina, 2005): “*se o direito da concorrência se pretende constituir como um sistema jurídico, e não como sistema de economia aplicada, terá de assentar em valores diferentes da eficiência distributiva*”.

781 Noção formulada por John Maurice Clark (apud WHISH, Richard. Competition Law. 5. ed. London/Edinburgh: LexisNexis, 2003). Não exclui a desigualdade das empresas nem a influência assimétrica das unidades dominantes.

por meio da diminuição dos preços, permite a difusão, em favor dos consumidores, dos benefícios que o progresso propicia⁷⁸².

Não se proíbe o poder econômico, que é a soma de meios de natureza econômica, que habilite o agente a agir no mercado em que atua. O uso desse poder é legítimo, se não indispensável à subsistência competitiva de seu detentor, pois é pelo seu exercício que buscará a preferência de quem procura bens e serviços. O que se proíbe é o abuso deste poder, ele que é reprimido e prevenido (art. 173, §4º, CRFB, regulamento pela Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011). No Direito brasileiro, tal repressão e prevenção visa mitigar condutas que objetivem dominar o mercado, restringir a concorrência ou obter um aumento arbitrário de lucros⁷⁸³.

A ação de defesa da concorrência deve cumulativamente identificar a restrição à concorrência em questão, verificar se tal restrição gera aumento de poder de mercado, e verificar se o aumento de poder de mercado reduz o bem-estar econômico⁷⁸⁴.

782 Sobre o Direito da Concorrência na União Europeia, é muito ilustrativa a sentença relativa ao caso Microsoft. Vide: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância. 62004A0201. Grande Secção. Acórdão de 17 de Setembro de 2007. Processo T-201/04. Microsoft Corp. contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 2007 página II-03601.

783 José Paulo Fernandes Mariano Pego (PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. A posição dominante relativa no direito da concorrência. Coimbra: Almedina, 2001) assevera que, na legislação comunitária, não existe norma que consagre o abuso de dependência econômica. Salienta o autor que podem ser elencados quatro fundamentos de dependência econômica no Direito português, inspirado nos Direitos francês e alemão: dependência em função da escassez, em função do sortimento, da relação entre empresas e em função da procura e oferta: a) dependência em função da escassez: ocorre quando só determinadas empresas têm acesso a bens que, devido a crises, embargos de Estado ou outros motivos, são insuficientes para abastecer as empresas que deles carecem e se tornam, por isso, dependentes de quem a eles acede; b) dependência em função do sortimento: ocorre quando o comerciante para obter capacidade concorrencial e força competitiva necessita oferecer produtos de certos fabricantes, geralmente artigos de marcas famosas ou de prestígio que os clientes esperam encontrar na oferta do distribuidor; c) dependência em função da relação entre empresas: surge no quadro de relações contratuais duradouras, que fazem uma empresa estruturar a sua organização atendendo às ligações com outra empresa, de tal forma que a alteração de parceiro comercial teria avultados encargos para a primeira, afetando a sua posição perante os concorrentes; e d) dependência em função da procura e oferta: do lado da procura, no que tange à dependência de empresas situadas a montante, tem-se como exemplo as concessionárias, sobretudo no setor automobilístico e do lado da oferta, ou seja, dependência de empresas situadas à jusante, a dependência é invocada no quadro de relações entre fabricantes e grandes distribuidores.

784 Um dos casos mais conhecidos na U. S. *Supreme Court* é o caso *California Retail Liquor Dealers Assn v. Midcal Aluminium*, 445 US 97 (1980). Nele, a Corte considerou que a lei federal “preempt” substituiu à legislação local que permite aos poderes privados adotarem, sem supervisão, decisões

As ações de restrição à concorrência são quaisquer ações que desfavoreçam ou eliminem do mercado suas concorrentes, atuais ou potenciais, podendo ser divididas em dois grupos: condutas colusivas ou concentração horizontal⁷⁸⁵ e condutas excludentes⁷⁸⁶.

que imponham travas à livre concorrência. Essa sentença teve sua origem em uma demanda por vulneração da livre concorrência levantada por um distribuidor de vinhos, a quem se queria privar de sua licença por vender a um preço abaixo do legalmente fixado. O legislador californiano previa que os produtores estabeleceriam os preços com os quais o distribuidor deveria revender o vinho e que a Administração velará porque se respeitará o preço fixado. A corte considera que esta normativa elimina a concorrência e equivale a um acordo horizontal entre os distribuidores, proibido pela Sherman Act. Além do que, declara expressamente que a legislação federal antitrust é aplicável ao caso porque a norma californiana não limita seus efeitos ao comércio dentro do Estado (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States*. California Retail Liquor Dealers Assn v. Midcal Aluminium, 445 US 97 (1980). Argued January 16, 1980. Decided March 3, 1980. Full case name: California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc.. Citations: 445 U.S. 97 (1980). Prior history: None. Subsequent history: None. Laws applied: U.S. Const).

785 Colusão é uma situação em que duas ou mais firmas independentes conseguem vender uma quantidade menor e praticar preços maiores do que aqueles que seriam resultado apenas de estratégias de competição estática e independente.

Ressaltam-se as dificuldades para estabelecer e manter a colusão (divisão dos lucros, detecção dos desvios da estratégia colusiva, punição dos desvios da estratégia colusiva). Ou seja, as condutas colusivas viabilizam a colusão, isto é, são ações que facilitam a adoção de estratégias que substituem a disputa imediata e irrestrita das firmas pelas vendas a um mesmo grupo de consumidores, que permitem às firmas exercer um poder de mercado que não existiria na sua ausência, por isso são objeto da ação antitruste.

Por conseguinte, a presença de vários operadores em um mercado não supõe necessariamente a existência de concorrência, afinal, a própria pressão da concorrência pode desaparecer se os diferentes atores coordenem as condições de oferta de bens ou serviços em questão.

A possibilidade de êxito de uma conduta colusiva depende de certas condições, pois são grandes as dificuldades para estabelecer e manter a colusão: como a divisão dos lucros, a detecção dos desvios da estratégia colusiva e a punição dos desvios da estratégia colusiva. Assim, facilita o acordo o setor que está concentrado em poucos operadores, que se dê em um mercado maduro, cujas cotas do mercado estão estabelecidas e nenhum operador se encontra em crescimento, as facilidade de se controlar o cumprimento do pacto por todas as partes que o subscrevem e mercados em que os custos fixos tenham um maior peso frente aos custos variáveis.

786 Condutas excludentes são ações praticadas unilateralmente por firmas incumbentes no mercado, que visam a impedir a entrada de novos concorrentes ou dificultar o funcionamento das concorrentes atuais, eventualmente forçando sua saída. Ou seja, são aquelas que eliminam concorrentes e reduzem o bem-estar econômico. Porém, são facilmente confundidas com decisões competitivas normais. São diversas as formas de condutas excludentes, como preços predatórios, investimentos estratégicos, discriminação de preços, restrições verticais, venda casada e subsídio cruzado.

Os preços são excessivos quando são superiores ao valor econômico do bem ou serviço em questão. A posição de domínio dos monopólios nacionais lhes permite aplicar condições abusivas a fornecedores e usuários, obtendo benefícios ilegítimos. Os serviços postais, devido à sua estrutura de rede, apresenta uma porcentagem muito elevada de custos comuns e gerais, dificilmente imputável diretamente à prestação de

As ações de poder de mercado se identificam com o poder detido pelo agente no mercado que lhe assegure a possibilidade de atuar com um comportamen-

um serviço em concreto, o que dificulta a constatação de preços excessivos. Dessa maneira, o órgão de defesa da concorrência terá outros mecanismos, como a comparação entre preços de bens e serviços similares e/ou de outros mercados geográficos, que não resultam muito úteis, e a comparação entre os preços de um mesmo operador dominante por seus diferentes serviços, que é mais eficaz, mas também inexacta. Assim, é fácil imaginar a dificuldade de se comprovar a realização de preços excessivos por algum operador.

Preços predatórios é a prática temporária de preços baixos que força a saída de uma firma rival do mercado ou que ameaça uma firma que porventura pretendesse entrar no mercado. Têm-se dois meios de se verificar se uma operadora está ou não aplicando preços predatórios: determinar se a firma acusada detém poder de mercado suficiente para lhe permitir aumentar o preço depois da saída da empresa e verificar a relação entre os alegados preços baixos e os custos da firma acusada de conduta predatória. Formas de tentar se verificar tal procedência são as seguintes: verificar se a operadora possui grande *market share*, pois, em possuindo, a prática de preços predatórios lhe dá grande prejuízo em comparação com os lucros posteriores. Verificar a possibilidade de compra dos ativos da firma que sair por outro operador, sem ser o que a eliminou, pois se comprados por um novo concorrente ou por concorrente antigo, poderá acabar se prejudicando. Verificar se o operador tem grande capacidade de investimento para sustentar um longo tempo no vermelho. Por fim, verificar se tal estratégia era a melhor dentre outras opções, caso contrário, provavelmente, não seria preço predatório, pois seria um risco muito grande para empresa que assim precedesse. Fato é que, em curto prazo, o consumidor ganha, porém, em longo prazo, este será prejudicado, daí porque a ilegalidade de tal conduta pela legislação antitruste.

Investimentos estratégicos são a utilização de investimentos em capacidade de produção, pesquisa e desenvolvimento, qualidade ou marketing, para forçar concorrentes a sair do mercado ou para convencer novos concorrentes a não ingressarem no mercado.

Já a discriminação de preços ocorre quando um vendedor de um produto vende duas unidades do mesmo produto por preços diferentes a clientes diferentes ou até para o mesmo cliente. Para que ocorra a discriminação de preços duas condições têm de ser respeitadas, a distinção da firma entre diferentes consumidores (aqui tem-se três tipos: 1.º grau: distingue cada consumidor individual, 2.º grau: pacote de preço (desconto por quantidade comprada) e 3.º grau: localidade (preços diferentes em locais distintos)) e o fato do consumidor não poder revender o produto entre si. Sob esta conduta, pode estar se ocultando comportamentos dirigidos a excluir do mercado ou impedir a entrada de algum novo operador no mercado, de forma ilegítima.

As restrições verticais ocorrem quando fornecedoras de matérias-primas fazem acordos contratuais ou informais entre compradores e vendedores restringindo o mercado, com a finalidade de reduzir custos de transação e coordenar da melhor forma os interesses das partes.

A venda casada ocorre quando um produtor cria uma restrição que obriga o comprador de um produto seu a comprar também outro produto seu. Os operadores assim agem muitas vezes por economia de custos ou por eventuais problemas na venda de determinados produtos.

Por fim, o subsídio cruzado, que nada mais é do que os segmentos com demandas mais sólidas e dinâmicas vindo a financiar os segmentos com uma demanda mais frágil. Isto permite que os usuários com menos recursos possam beneficiar-se de serviços com preços abaixo do seu custo.

Vale referenciar José Paulo Fernandes Mariano Pego (PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2001) inclui, nas modalidades de concentração, os conglomerados que podem eliminar um concorrente potencial, havendo riscos de acordos recíprocos e da redução da independência entre empresas que coincidam em vários mercados, e ainda condutas predatórias.

to independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis do mercado. No Brasil, não se pune a posição dominante de processo natural fundado na maior eficiência (art. 36, §1º Lei n.º 12.529/11)⁷⁸⁷.

787 São indicativos: a comparação do *market share* versus *market power*, a concorrência potencial e barreiras à entrada de novos agentes, o comportamento/dependência dos consumidores/fornecedores, a potência econômica da empresa, a estrutura avançada da empresa, as vantagens tecnológicas, o grau de crescimento do mercado e o aspecto temporal.

No caso em que se sustentava que, sob o objetivo declarado de proteção dos jogadores, a intenção real da Federação Internacional de Futebol (FIFA) era controlar completamente a profissão de agente de jogadores, em violação da liberdade de empresa e do princípio da não-discriminação, além de afirmar que a FIFA não possui qualquer legitimidade para regulamentar uma atividade econômica e que a comissão lhe delegou, assim, implicitamente, um poder de regulamentação de uma atividade de prestação de serviços, violando as competências reconhecidas aos Estados-membros, detém uma posição dominante no “mercado do futebol” e abusa da sua posição dominante no mercado conexo dos serviços prestados pelos agentes de jogadores e que, ao subordinar o acesso à profissão de agente de jogadores à posse de uma licença, entrava a livre prestação de serviços e a liberdade de empresa, o *Tribunal de Primeira Instância* sustenta que a FIFA detém uma posição dominante coletiva no mercado das prestações de serviços dos agentes de jogadores, uma vez que o seu regulamento, que rege a sua atividade, pode, ao ser aplicado, ter como consequência que empresas que operem no mercado em causa, ou seja, os clubes, associem-se no sentido de concertar os respectivos comportamentos num mercado determinado, de modo que se apresentem nesse mercado como uma entidade coletiva em relação aos seus concorrentes, parceiros comerciais e consumidores. Ora, devido ao carácter obrigatório do regulamento para as associações nacionais membros da FIFA e os clubes que as mesmas agrupam, essas instâncias ficam ligadas duradouramente quanto aos seus comportamentos por regras que aceitam e que os outros atores (jogadores e agentes de jogadores) não podem desafiar sob pena de sanções que podem levar, em especial no caso dos agentes de jogadores, à sua exclusão do mercado. Tal situação caracteriza, assim, uma posição dominante coletiva dos clubes no mercado das prestações de serviços dos agentes de jogadores, uma vez que os clubes, através da regulamentação a que aderem, impõem as condições em que se devem efetuar as prestações de serviços em causa. Assim, defendeu porque entende que uma posição dominante coletiva depende da verificação de três condições cumulativas: “em primeiro lugar, cada membro do oligopólio dominante deve poder conhecer o comportamento dos outros membros, a fim de verificar se eles adoptam ou não a mesma linha de acção; em segundo lugar, é necessário que a situação de coordenação tácita possa manter-se no tempo, quer dizer, deve existir um incitamento a não se afastar da linha de conduta comum no mercado; em terceiro lugar, a reacção previsível dos concorrentes actuais e potenciais, bem como dos consumidores não põe em causa os resultados esperados da linha de acção comum”. Por fim, afirma que “a circunstância de a FIFA não ser, ela própria, um operador económico, adquirente das prestações de serviços dos agentes de jogadores no mercado em causa e de a sua intervenção proceder de uma actividade normativa, que ela própria se atribuiu o poder de exercer relativamente à actividade económica dos agentes de jogadores, é indiferente para a aplicação do art. 82.º CE, uma vez que a referida Federação é a emanção das associações nacionais e dos clubes, adquirentes efectivos dos serviços dos agentes de jogadores e que, por consequência, actua neste mercado através dos seus membros” (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Primeira Instância*. 62002A0193. Quarta Secção. Acórdão de 26 de Janeiro de 2005. Processo T-193/02. Laurent Piau contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 2005 página II-00209).

Por fim, as ações de bem-estar econômico é a medida do valor total gerado para os produtores e os consumidores nas transações em um mercado.

Essas normas anticoncorrenciais não são absolutas⁷⁸⁸. Pelo contrário, estas normas protegem o jogo competitivo em quanto o mesmo resulta benéfico aos consumidores. Isso, porque todo Estado tem o dever de salvaguardar a concorrência e proporcionar a segurança jurídica aos operadores que estão no mercado ou que irão ingressar no mercado⁷⁸⁹.

788 É comum existir, nas normas anticoncorrenciais, a exclusão à ilegalidade das práticas restritivas que não tenham um impacto substancial. Ou seja, algumas restrições podem ser toleradas sempre que estejam justificadas por razões de eficiência ou de interesse público.

Vale aqui referir-se à sentença da *Corte Constitucional italiana* que tratava da compatibilidade com a livre iniciativa do art. 2596 do Código Civil italiano, que permite aos particulares celebrarem contratos que tenham como objeto limitar a livre concorrência. A citada norma estabelece como condição de validade que os acordos restritivos da concorrência se circunscrevam ao exercício de uma atividade econômica concreta em um espaço geográfico bem delimitado e que sua duração não exceda ao prazo de cinco anos. A corte declarou infundada a questão de inconstitucionalidade e assinalou que a lei pode permitir aos empresários renunciarem mediante um acordo a sua liberdade para fixar os preços. Ainda que a corte reconheça que a norma possivelmente não proteja eficazmente a liberdade de concorrência, mostra-se relutante a deduzir do art. 41 CI algum limite adicional ao expressamente previsto na legislação ordinária. Assinala ainda que a legislação sobre a defesa da concorrência não resulta idônea para satisfazer as exigências de uma economia de mercado, corresponde em exclusividade ao legislador o estabelecimento de novas garantias frente a condutas anticompetitivas, excedendo esta tarefa aos poderes atribuídos à corte (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 223 de 2 DICEMBRE 1982, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 16 dicembre 1982. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 351 del 22 dicembre 1982. Pres. ELIA - Rel. SAJA, Massime: 9535).

789 Não se pode deixar de mencionar, por ser fenômeno atual, que a liberalização de qualquer setor consiste, fundamentalmente, na substituição da intervenção pública por mecanismos de oferta e procura. Estes mecanismos tão-somente funcionam em benefício do interesse geral se os operadores presentes no mercado sintam a pressão da concorrência. Eis porque entende-se que a existência de concorrência efetiva, em qualquer setor, constitui um requisito fundamental para o êxito do processo de liberalização do mesmo.

Faz-se necessário lembrar, também, que a liberalização tem como objetivo principal a satisfação do interesse geral de forma mais efetiva que no regime de monopólio. O objetivo é que a pressão da concorrência incentive os operadores, em especial, o tradicional monopolista, a satisfazer a procura mediante a redução dos preços, melhoria na qualidade dos serviços e demais melhoras ao usuário. Ocorre que a simples eliminação dos direitos exclusivos não supõe a automática aparição da concorrência efetiva. A experiência demonstra a necessidade de um prazo de tempo para que os novos operadores adentrem no mercado e concorram efetivamente com o tradicional monopolista. Ou seja, a desmonopolização de qualquer setor não supõe, de modo automático, a aparição da concorrência efetiva no mesmo. É por esse motivo que o fomento da concorrência se converteu no principal objetivo das políticas de liberalização mundial.

Daf porque que a legislação setorial deve fortalecer o ente regulador de mecanismos para promover a concorrência, como, por exemplo, o livre acesso à rede e medidas para evitar barreiras de entrada de

Esse mercado deve ser o mercado relevante, aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. A caracterização do mercado relevante é crucial para a autorização ou impedimento de uma prática/operação na concentração do mercado.

Portanto, é imprescindível a determinação do mercado relevante. Trata-se, portanto, de um conceito elástico em que se enquadra no direito concorrencial como uma válvula de escape, que são meios técnicos que permitem à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nela contidas. São as válvulas, formas de flexibilizar o texto normativo.

O mercado relevante pode ser geográfico, material (do produto) ou temporal. O mercado geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva. Para delimitá-lo verificam-se: hábito dos consumidores, incidência de custos dos transportes, característica do produto, incentivos de autoridades locais, existência de barreiras à entrada de novos agentes⁷⁹⁰. Já o mercado material (do produto) pode ser determinado se o consumidor tem a possibilidade de substituir um produto por outro, ambos os produtos farão parte do mercado relevante. Apesar de não ser fácil sua constatação, pode-se presumir a existência do mesmo quando o aumento do preço de um deles conduz ao aumento da procura do outro (elasticidade cruzada)⁷⁹¹.

novos operadores. Não se deve deixar apenas à legislação antitruste tal incumbência. Se isto ocorrer, pode-se ter muitos problemas com o setor no futuro.

790 O judiciário espanhol analisou a legalidade da cifra monetária atribuída, pelo Real Decreto 1955/2000, para o operador do setor elétrico acreditar sua capacidade econômica para ingressar no mercado. O Tribunal Supremo partiu da premissa de que a Lei 54/1997 deixa livre a fixação do nível da capacidade econômica mínima ao titular do poder regulamentar. Ainda que a sentença reconheça que o requisito poderia constituir uma barreira de entrada a possíveis aspirantes, respaldou a validade da norma assinalando que “*ello es consustancial a todo umbral mínimo de capacidad económica, trátase del sector eléctrico, bancario, asegurador, financiero en general, o de cualesquiera otros en que se exijan unos indicadores económicos mínimos*”. Concluiu-se que não feria à livre concorrência, dado que este princípio “*se desarrolla a partir de la existencia de un marco o régimen jurídico general regulador (o modulador) de cada actividad económica según ésta venga configurada por las Leyes*” (ESPANHA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencias de 16 de outubro de 2003).

791 Segundo a Comissão Europeia, mercado de produto é formado por todos os produtos que, por suas características, resultam particularmente apropriados para satisfazer necessidades que se manifestem de modo constante e que, somente em certa medida, são intercambiáveis com outros produtos no que se refere ao preço, utilização e preferência dos consumidores. Além destas características objetivas dos produtos, também se deve tomar em consideração as condições de concorrência e a estrutura da oferta e demanda do mercado em questão (Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante nos efeitos do direito comunitário da concorrência. DOCE C 372/5, de 09 de dezembro de 1997).

Por fim, o mercado temporal existe quando o período temporal é diverso, não substituível entre si.

No Direito brasileiro, atualmente, observam-se dois planos de atuação no que diz respeito à defesa da concorrência. Um que compreende todos os mercados econômicos (regulado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE) e outro que depende de disciplina própria (regulado pelos entes reguladores).

São atos contrários à ordem econômica (art. 36 Lei n.º 12.529/11): limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante. No artigo seguinte, a lei discrimina as condutas que possam configurar as hipóteses antes relacionadas, para depois cominar as penas aplicáveis, que vão desde a aplicação de multa à empresa e ao administrador até a determinação da cisão da sociedade, transferência de controle acionário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Para a repressão desses abusos da economia privada, ou, mais propriamente, das poderosas empresas, a mesma lei transformou o CADE⁷⁹² em autarquia e estabeleceu o procedimento administrativo de apuração dessas infrações (arts. 48 a 87), bem como o processo judicial de execução das

792 O CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, constitui órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional. É composto por um Presidente e seis Conselheiros, todos de notável saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação de seus nomes pelo Senado Federal, para um mandato de dois anos, permitida uma recondução. Junto ao CADE funciona uma Procuradoria, com incumbência de prestar assessoria jurídica à autarquia e defendê-la em juízo, além de um representante do Ministério Público Federal, que, nessa qualidade, deve officiar os processos sujeitos à apreciação do conselho.

Em ação relativa à transporte coletivo urbano de competência dos municípios (art. 30, V, CRFB), afirma o judiciário que não tem o CADE legitimidade para fiscalizar, punir ou corrigir os atos do município no que concerne à prestação ou concessão do serviço de transporte coletivo. Para o Tribunal, tratando-se de serviço público, de competência exclusiva do município, a fiscalização e o controle são sujeitos às regras de Direito público pertinentes, mediante controle interno do executivo municipal, ou controle externo do legislativo municipal ou do judiciário; nesse caso, porém, sem qualquer litisconsórcio passivo necessário com a União ou entidade federal de controle do poder econômico (BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Classe: AG - AGRADO DE INSTRUMENTO, Processo: 200104010641213 UF: SC Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 28/06/2005 Documento: TRF400109502, Fonte: DJU DATA:13/07/2005 PÁGINA: 418, Relator: Desembargador Luiz Carlos de Castro Lugon, Data Publicação: 13/07/2005).

decisões do CADE, que pode determinar, inclusive, a intervenção nas empresas infratoras (arts. 93 a 111).

Não é apenas o CADE a autoridade anticoncorrencial existente no Brasil. Normalmente, os entes reguladores gozam de certos poderes para a promoção da concorrência no setor. Não obstante, o protagonista da defesa da concorrência é este órgão⁷⁹³.

O controle contínuo e concentrado do setor corresponde aos reguladores nacionais. A autoridade antitruste deve limitar-se a sancionar *ex post* aos comportamentos anticompetitivos. O controle contínuo e concentrado dos operadores e a imposição de medidas *ex ante* a fim de evitar abusos no setor corresponde aos reguladores nacionais. Estes reguladores devem possuir instrumentos eficazes que lhes permitam desenvolver o controle contínuo e concentrado do mercado.

Hoje, o sistema brasileiro de defesa da concorrência é composto por dois entes. Além do CADE, tem-se a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). A SEAE é vinculada ao Ministério da Fazenda. É quem emite os pareceres técnicos para a instauração ou o julgamento do procedimento administrativo⁷⁹⁴. Já o CADE é constituído pelos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência-Geral; e Departamento de Estudos Econômicos (art. 5.º da Lei n.º 12.529/11).

O Tribunal Administrativo, é o órgão judicante dos atos de concentração e infracionais. Já a Superintendência-Geral, é basicamente quem realiza a investigação e instrução. Por fim, o Departamento de Estudos Econômicos realiza estudos e pareceres econômicos para instruir os processos⁷⁹⁵.

793 Vale ressaltar que existe uma grande discussão sobre o conflito de competência entre os entes reguladores e os órgãos de defesa da concorrência.

794 Vide Portaria Conjunta SEAE/SDE n.º 50, de 1º de agosto de 2001, que traz um roteiro de análise de atos de concentração (Índice de Herfindahl-Hirschmann).

795 Faz-se oportuno ressaltar que, em 2001, foi criada a European Competition Authorities (ECA), associação informal utilizada como fórum de discussões pelas autoridades da concorrência no espaço econômico europeu e que tem por objetivo melhorar a cooperação entre elas, além de contribuir para a aplicação eficiente das regras das concorrências nacionais e comunitárias. Em Portugal, a defesa da concorrência é realizada pela Autoridade da Concorrência (AdC). Criada por meio do Decreto-lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, trata-se de pessoa coletiva de direito público, de natureza institucional, dotada de patrimônio próprio e de autonomia administrativa e financeira. Tem por missão assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos

3.3.3 Intervenção imperativa

Observou-se que, no transcurso do tempo, a necessidade de estabelecimento de uma ordem artificialmente dotada de autoridade e de imposição coativa em todo o meio social. Em outras palavras, um conjunto de normas dotadas de autoridade, que institucionalizam comandos em determinada sociedade. Dessa forma, a sociedade foi fundada na conceituação de que era necessária a existência de um polo de poder dotado de suficiente concentração para impor comportamentos e assegurar convergências instituídas na coerção/imperatividade⁷⁹⁶.

Toda sociedade se rega por valores. A visão do mundo e o *ethos* são os fundamentos basilares desta, pois são esses que dão o arcabouço de valores da sociedade, que o Direito tem a função de operacionalizar⁷⁹⁷. Daí que surge o ordenamento jurídico com o conjunto de normas que expressam

da Lei n.º 18/2003, de 11 de julho, que aprovou o regime jurídico da concorrência. Tal autoridade é independente no desempenho das suas atribuições, sem prejuízo dos princípios orientadores de política da concorrência fixados pelo governo, nos termos constitucionais e legais, e dos atos sujeitos à tutela ministerial. Para o desempenho das suas atribuições, a AdC dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação (art. 7.º).

796 Como já se observou no capítulo I, a sociedade, diferentemente da comunidade, de formação espontânea e regida pelo Direito Natural, tem formação voluntária, regida pelo Direito Positivo. Estruturada por um poder dominante, é regida por um contrato, cujas leis encontram sua plenitude nos fins sociais.

Sem pretender exagerar e desejando apenas ilustrar, pode-se citar como exemplo de imperatividade a portaria que obriga a venda de determinado produto abaixo dos custos. Trata-se de ato administrativo e não de ato normativo, no entanto, importa aqui ter em mente a coerção e imperatividade que o poder público exerce sobre o particular. Para o Superior Tribunal de Justiça, existe desvio de finalidade quando determinada portaria obrigou a venda de combustíveis a preços menores que os respectivos custos. Entendeu inviabilizar a atividade econômica, atingindo fins diversos da Lei n.º 8.175/95, podendo, inclusive, apurar se o ato discricionário praticado está dentro dos limites legais: motivado e dentro dos fins para os quais foram praticados (Lei n.º 4.717/65, art. 2º) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 6166, Processo: 199900080874 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 13/10/1999 Documento: STJ000119948, Fonte: DJ DATA:06/12/1999 PG:00062 RSTJ VOL.:00133 PG:00078, Relator(a): HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data Publicação: 06/12/1999).

797 Clifford Geertz (GEERTZ, Clifford. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Koogan, 1989, p. 144), explica: “Na discussão antropológica recente, os aspetos morais (e estéticos) de uma dada cultura, os elementos valorativos, foram resumidos sob o termo *ethos*, enquanto os aspectos cognitivos, existenciais foram designados pelo termo *visão de mundo*. O *ethos* de um povo é o tom, o caráter e a qualidade de sua vida, seu estilo moral e estético e sua disposição, é a atitude subjacente em relação a ele mesmo e ao seu mundo que a vida reflete. A *visão de mundo* que esse povo tem é o quadro que elabora das coisas como elas são na simples realidade, seu conceito da natureza, de si mesmo, da sociedade”.

os valores da sociedade, normas estas que se apresentam como regras ou como princípios jurídicos⁷⁹⁸.

Segundo Robert Alexy⁷⁹⁹:

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

Uma vez concordando que as regras e os princípios revertem-se de normatividade imperativa⁸⁰⁰, cabe apesar da dificuldade, determinar algum critério de

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

Além da norma regra e da norma de princípio, há autores (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Permissions, principles and rights: a paper on statements expressing constitutional liberties. Ratio Juris. Great Britain, Oxford, n. 3, v. 9, set. 1996, p. 237 et seq. Apud: DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 148) que sustentam a existência de uma terceira via, as normas *goals* (ou *polícies*), as quais possuem configuração normativa diferenciada, com distintas morfologias normativas. Tais distinções assentam no critério da natureza fechada ou aberta dos elementos normativos iniciais e finais, de onde decorrem três modalidades de normas: as regras, com previsão e estatuição fechada; os princípios, com previsão aberta e estatuição fechada; e os *goals*, com previsão e estatuição abertas. Distiguem que apenas dos *goals* geram ponderações e que os princípios e as regras são de aplicação de tudo ou nada. David Duarte (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 148) discorda de tais autores.

799 ALEXI, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

800 Em consonância com Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Colombia: Temis, 1999, p. 239): “Los principios generales non son sino normas fundamentales o generalísimas del

diferenciação adequado⁸⁰¹, uma vez que é ela primordial para a determinação

sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de decidir da mesma maneira, afirmando que os princípios são normas jurídicas de um determinado Direito, no caso, do Direito brasileiro. Não há princípios jurídicos aplicáveis em um determinado ente federativo e não em outro, sendo descabida a classificação dos princípios em “federalis” e “estaduais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 246 UF: RJ - RIO DE JANEIRO, Fonte: DJ 29-04-2005 PP-00007 EMENT VOL-02189-01 PP-00006 LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 14-25 RTJ VOL-00193-03 PP-00797, Relator: Ministro Eros Roberto Grau, Data Publicação: 29/04/2005).

- 801 Dois são os critérios normalmente utilizados para diferenciar norma de princípio de norma regra: 1) a distinção relativa ao grau de indeterminação, que afirma serem as normas de princípios mais indeterminadas do que as normas regras, e 2) a distinção relativa à diferença qualitativa nas formas de aplicação, que afirma que as normas de princípios não contêm as condições totais da sua aplicação, indicando, apenas, um sentido de regulação apontando para uma solução a considerar; já as normas regras são aplicadas numa forma de tudo ou nada, pois, uma vez que sua previsão é preenchida, sua aplicabilidade é imediata. Tal distinção possui três corolários que sublinham a diferença: 2.1) o modo de projeção no ordenamento, que afirma terem as normas de princípio imperativo de otimização, uma vez que regulam na maior medida possível até a verificação de normas de sinal contrário e as normas regras como só podem ser cumpridas ou não, os seus efeitos esgotam-se no contexto delimitado pelo seu próprio conteúdo, sem necessidade de outras normas; 2.2) a forma de resolução de confrontos normativos afirma que, quando duas normas de princípio entram em confronto, a resolução é realizada por meio de uma ponderação, e, nos confrontos de normas regras, a resolução leva ao afastamento de uma delas, ficando sempre estabelecida no plano de validade dos sistemas jurídicos, diferenciando-se cada um de acordo com os diferentes critérios utilizados (hierárquico, especialidade e cronológico); e 2.3) a definitividade da regulação, que afirma serem as normas de princípio, na medida em que determinam que qualquer coisa deve ser realizada na maior medida possível, apenas implicam uma regulação *prima facie* e as normas regras que determinam uma regulação definitiva.

Tais distinções entre normas de princípio e normas regras pressupõem necessariamente a expressão dessa diferença na morfologia normativa, que conforme ensina David Duarte (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 138 et seq.), está na sua previsão, que remete à existência nas normas de princípio de um pressuposto implícito, como “em todas as situações de qualquer gênero” (*all-situations-of-any-kind*), declarativo de o conteúdo da estatuição ser aplicável a todas as situações, diferentemente das normas regras que não o contêm e são normas cujos efeitos só se aplicam às situações do gênero que a sua previsão descreve, quer esta seja explícita, quer mesmo quando meramente implícita.

Por conta de tal distinção, reconhecem-se, no ordenamento, normas com dois tipos diferentes de previsão: as previsões do tipo “em todas as situações de qualquer gênero” (*all-situations-of-the-kind*), dos princípios e as previsões do tipo “em todas as situações do gênero” (*all-situations-of-the-kind*), das regras.

de como pode o Direito ser realizado, já que ele se reporta há diferentes formas de regulação jurídica⁸⁰².

Ora, sendo os princípios a base, o pilar, a viga mestra dos parâmetros fundamentais e direcionadores de uma sociedade, são eles seus valores, valores de uma ordem jurídica⁸⁰³. São comandos que integram todas as normas de um determinado sistema jurídico. Logo, possui uma maior abrangência no tocante às regras que lhes devem observância. Com efeito, as regras devem ajustar-se aos princípios, sendo, portanto, essas razões para as regras e, por conseguinte, para decisões discricionais.

É certo alertar que o Direito rico de princípios é dinâmico, pois todo princípio leva uma carga de discricionariedade, afinal, estes possuem uma zona de incerteza que os concede⁸⁰⁴. Assim, são os princípios limitadores negativos e positivos que abstratamente concedem discricionariedade potencial e *in concreto* limitando a discricionariedade advinda.

Desse modo, poderá existir dentre princípios uma potencialidade de competência e conflitos normativos, que deverão ser resolvidos não por exclusão, mas por cessão, uma vez que um deles deverá ceder ao outro, ou seja, have-

802 São três os modelos de regulação existente: 1) a regulação por princípios, onde um regime é estabelecido apenas com base nas normas de princípios mais relevantes no caso, adaptadas ou não à matéria; 2) a regulação por regras, onde o regime compreende efeitos antecedidos de previsões definidoras do gênero de situação; e 3) regulação mista (princípios e regras), que é o conjunto dos dois modelos anteriores, tirando partido das normas de princípio para colmatarem as possíveis insuficiências decorrentes das regras estabelecidas (ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 104 et seq.).

803 Recordar-se que princípios e valores não são sinônimos. Os princípios são, via de regra, as normas que acolhem os valores, que concretizam estes valores. Robert Alexy (ibidem, p. 138 et seq.) observa que valores se diferenciam de princípios em razão da normatividade jurídica destes últimos. Segundo ele, a diferença fundamental é que o que nos modelos dos princípios é devido, nos modelos de valores, é melhor. Assim, no Direito, que trata o que é devido, vige o modelo dos princípios.

804 Agustín Gordillo (GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de Direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 183) recorda que muitos princípios possuem tal zona de incerteza: “*Em nenhum momento pode-se pensar atualmente que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico e é por isso que se enuncia uma série de princípios de direito, que se constituem em limites à discricionariedade administrativa; esses limites à discricionariedade administrativa diferenciam-se das facultades regras por constituírem em geral limitações mais ou menos elásticas, vagas, imprecisas, necessitadas de uma investigação de fato, no caso concreto, a fim de determinar sua transgressão, a par de que a violação das facultades regradas é usualmente mais clara, ao resultar da mera confrontação do ato com a norma legal; assim, a regulação é limite concreto, os princípios que freiam a discricionariedade são limites relativos ou elásticos*”.

rá um balanceamento, uma ponderação quanto à competência ou ao conflito, aplicando-se aquele que, em determinadas circunstâncias, satisfaça o ideal de otimização. O que não significa que um deles seja declarado inválido ou que se introduza uma cláusula de exceção, mas, simplesmente que, frente a determinadas circunstâncias, aplicar-se-á a ponderação, afastando-se o princípio cujo peso foi sobreposto pelo outro. Pode também ocorrer que se apliquem ambos os princípios colidentes até o limite da possibilidade que o peso de cada um comporte.

Consecutivamente, caso o conflito entre regras ocorra na dimensão da validade e a colisão entre princípios se dê na dimensão do peso, uma vez que somente poderão entrar em colisão princípios válidos⁸⁰⁵.

Independente do tipo de norma (regra ou princípio), terá ela sempre um operador deôntico, que é o elemento estrutural que confere natureza deôntica à norma, por meio da determinação de um específico sentido de dever ser, seja ele impositivo, permissivo ou proibitivo.

805 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 266 e 267) destaca que para aplicar o método da ponderação são necessárias três fases sucessivas: “primeiramente, a fase da identificação, visando definição de qual ou de quais os princípios incidentes sobre a hipótese considerada; em segundo lugar, a fase da valoração, pela qual se vai definir qual a prevalência em tese, e em que grau, de um princípio sobre o outro; e, em terceiro lugar, a fase da avaliação do menor prejuízo, pela qual se vai decidir pela prevalência, na hipótese considerada, do princípio que, em tese, seria o mais sacrificado”. Esclarece o autor que a aplicação do método de ponderação tanto pode obedecer a regras positivas, estabelecidas pelo próprio legislador, como as assentadas pela jurisprudência ou em prescrições da doutrina e, até mesmo, as que venham a ser, *in casu*, consideradas pelo próprio aplicador, exigindo-se, neste caso, apenas, para validar-se a aplicação, tal como se exige na operação a fim de aplicação da discricionariedade, que exista motivação expressa. Define tal método como um dever jurídico a ser observado, pelo aplicador da norma, sempre que deva decidir em hipóteses de concorrência de princípios sobre a mesma situação tratada.

Já normas de prevalência são, de acordo com David Duarte (DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006), aquelas que, tendo em conta determinadas características formais de outras ou o seu posicionamento no ordenamento, estabelecem qual a norma que deve prevalecer quando se verifique uma concorrência de conflito. Portanto, para esse autor (ibidem, p. 894): “as normas de prevalência apenas resolvem, ou podem resolver, os conflitos advenientes de concorrência de contradição, de especialidade e de excepcionalidade, dado que são apenas esses casos de conflito os que podem preencher a previsão dessas normas; as situações de conflito de alternatividade derivada, por intersecção com pressupostos diferenciados compatíveis, ou por incompatibilidade aplicativa, não são, deste modo, por elas resolúveis. [...] As situações de conflito de alternatividade derivada, em qualquer uma das suas duas causas, só não se resolveram por ponderação quando o conjunto normativo contenha uma norma que, directamente, estabeleça a preferência entre os efeitos em conflito”.

O instrumento mais característico da intervenção imperativa é a atividade de polícia administrativa ou poder de polícia⁸⁰⁶. Historicamente, atrelada à noção de estado de polícia⁸⁰⁷, atualmente, é aceita e utilizada⁸⁰⁸ como a atividade

806 Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999) critica a expressão poder de polícia. Para o autor, trata-se de designativo manifestamente infeliz. Infere que (ibidem, p. 557-558): “engloba, sob um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade: leis e atos administrativos; isto é, disposições superiores e providências subalternas. Já isto seria, como é, fonte das mais lamentáveis e temíveis confusões, pois leva, algumas vezes, a reconhecer à Administração poderes que seriam inconcebíveis (no Estado de Direito), dando-lhe uma sobranceira que não possui, por ser imprópria de quem nada mais pode fazer senão atuar com base em lei que lhe confira os poderes tais ou quais e a serem exercidos nos termos e formas por ela estabelecidos. [...] Além, disto, a expressão ‘poder de polícia’ traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do ‘Estado de Polícia’, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do ‘príncipe’ e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciona-se como se existisse uma ‘natural’ titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato ‘poder de polícia’”.

807 A expressão poder de polícia (*police power*) surgiu para o Direito, pela primeira vez, em 1853, no Direito americano, porém sua ideologia deu-se na década de 20, do século XIX. Tal expressão foi universalmente aceita e empregada em todas as obras especializadas de Direito Público que versam sobre este tema.

Historicamente, pode-se dizer que a noção de poder de polícia já se confundiu com a própria noção de soberania dos príncipes absolutos e serviu de fundamentação ao absolutismo, empregando-se, daí, a expressão Estado de polícia, no sentido de Estado absoluto.

Com o surgimento do Estado liberal, a noção de poder de polícia restringiu-se a fazer com que um indivíduo não perturbasse os outros, limitando-se, à época, à garantia da segurança, da tranquilidade e da salubridade pública, ou, mais exatamente, social.

Com a sucessão do Estado liberal pelo intervencionista, por conseguinte (ou não), ao Estado bem-estar social, o poder de polícia exorbitou do tímido campo dos direitos civis e políticos para a área dos direitos econômicos e sociais.

Percebe-se, desse modo, que como manifestação da soberania estatal, o poder de polícia tem sofrido as mutações consequentes das próprias modificações de seu sujeito. É o que se verifica na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Regulatória das Agências Diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito Regulatório: Temas Polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 35-36), que inclusive aborda o poder de polícia no Estado regulador: “na fase liberal, somente se exercia para garantir a segurança; no período intervencionista, passou a estender-se a toda a ordem econômica e social, protegendo qualquer tipo de interesse público. Daí a divisão da polícia administrativa em vários ramos: polícia da segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitárias; em relação ao domínio econômico o poder de polícia equívale à chamada intervenção indireta supra referida.

Tais aspectos não se alteraram, agora, com a mudança do papel do Estado, de produtor de bens e serviços para regulador. Pode ter-se alterado a forma de exercício do poder de polícia (ou de regulação), mas a atividade de polícia continuou e continua a exercer-se de forma intensa, talvez mais intensa em alguns setores, em que a atividade deixou de ser executada diretamente pelo Estado e passou a ser desempenhada por particulares, em regime de competição e, por isso mesmo, exigindo maior regulação”.

808 Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 115), poder de polícia é: “Uma

do Estado que compatibiliza o exercício do direito de propriedade com o direito de liberdade. É o que Odete Medauar⁸⁰⁹ leciona ao afirmar que, em essência, poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades. É, para a autora, uma das atividades em que mais se expressa a face da autoridade e imperativa do Estado⁸¹⁰.

É essa atividade administrativa um dos instrumentos interventivos de maior utilização, pois, como em todas ações deonticas, deverá o Estado respeitar a legalidade administrativa, estará ele obrigado a regular todas as atividades que limitam ou condicionam liberdade e direitos⁸¹¹.

das mais antigas demandas das primitivas organizações políticas [...], para realizar a harmonização do exercício das liberdades e dos direitos individuais entre si e com os interesses gerais. No desempenho dessa função, o Poder Público encontra o equilíbrio que possibilita a convivência social, impondo limitações e condicionamentos ao exercício das liberdades e direitos individuais, visando a atingir um nível aceitável de convivência harmoniosa entre os membros da sociedade, a partir de standards de conduta valiosos por todos adotados, atuando no campo administrativo da polícia”.

809 MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 401. Para outras conceituações similares, vide: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 18. ed, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 115; MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 675.

810 Para Eduardo Lucesole (LUCESOLE, Eduardo. Poder tributario municipal: ¿Alcanza a las empresas prestatarias de servicios públicos? Diagnóstico – propuestas. La Plata: Universitaria de La Plata, nov., 1999, p. 49), existem várias concepções da expressão poder de polícia. Divide ele, em três concepções. A amplíssima, que consiste na parte do poder do Estado que se exercita por meio de normas de Direito Público para regular a liberdade jurídica individual; a ampla, que significa a parte do poder do Estado que se refere só a matérias de ordem, segurança, moralidade, salubridade, estética e bem-estar social, exercida pelos três órgãos do Estado sobre a liberdade jurídica individual. Por fim, a estrita, que, para ele: “*representa el poder de policía ejercido sobre la libertad jurídica individual, solo como “función administrativa” de la Administración y de los otros dos poderes, en aplicación de leyes de policía en sentido amplio, es decir, las concernientes a seguridad, salubridad, moralidad, estética y bienestar general. Se hace efectiva mediante actos y hechos administrativos en sentido material y objetivo*”. Eduardo Lucesole (ibidem, p. 50), assim, conceitua poder de polícia como: “*la atribución o competencia del órgano legislativo, de limitar los derechos individuales por razones de interés general; y se manifiesta a través de normas generales, abstractas, impersonales, y objetivas. Su objeto es aún más amplio que lo connotado por el término policía, pues versa sobre la limitación de los derechos reconocidos a fin de promover el bienestar general*”.

A CRFB se refere expressamente ao poder de polícia em seu art. 154, inciso II, ao assegurar a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para instituir as taxas em razão do exercício do poder de polícia. O ordenamento jurídico infraconstitucional define com pressão o instituto no art. 78 do Código Tributario Nacional (Lei n.º 5.172/66).

811 É fato que o poder de polícia deve perseguir os ideais comuns de uma sociedade, mas é certo também que esse não é ilimitado. Encontram barreiras ou limites intransponíveis, que abrigam as atividades humanas, protegendo-as contra os desmandos dos administradores. Tais barreiras ou limites são de três ordens, como ensina José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. Manual de Direito administrativo. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 264): “*os direitos dos cidadãos, as prerrogativas*

Dessa forma, nada mais é que o meio que a Administração dispõe para evitar distúrbios ao interesse público, à boa administração e à administração de resultado. Para alcançar esse fim o Estado regula os direitos individuais,

individuais; e as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pela leis". De acordo com o autor (ibidem, p. 264), na expressão "direitos dos cidadãos", incluem-se os direitos adquiridos e os direitos subjetivos públicos, imunes ao poder de polícia do Estado que, se os atingisse, ultrapassaria a faixa da discricionariedade para configurar a prática da arbitrariedade. "Prerrogativas individuais" são privilégios que certas pessoas recebem, por parte do Estado, em razão do status que ocupam na sociedade. E "liberdades públicas" são faculdades de autodeterminação, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares selecionam modos de agir, dentro de limites previamente traçados pelo poder público.

Tratando-se deste aspecto, Miguel S. Marienhoff (MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho administrativo. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, Tomo VI, p. 47) elucida: "Apesar de a Administração Pública poder impor restrições à propriedade privada em prol do interesse público, elas têm a sua lógica limitação: a medida imposta não pode exceder o que, do ponto de vista técnico-jurídico, seja especificamente uma 'restrição'; se os limites conceituais desta forem excedidos, a medida será írrita".

Nos precisos termos postos por Benjamin Villegas Basavilbaso (BASAVILBASO, Benjamin Villegas. Derecho administrativo. Buenos Aires: Editora Argentina, 1954, Tomo V – Limitaciones a la Libertad, p. 105-107): "o poder de polícia, ou seja, a potestade legislativa reguladora dos direitos individuais, não é absoluta, nem arbitrária. A tese da onipotência legislativa [...] é totalmente insustentável em um sistema de Governo cuja essência seja a limitação dos poderes dos distintos órgãos e a supremacia da Constituição. [...] Estes limites devem ser buscados nos princípios do ordenamento jurídico-constitucional. É por estas razões que o órgão legislativo, no exercício da sua potestas, tem que manifestar a sua vontade com prudência e ponderação, correspondendo ao órgão judicial, nos casos submetidos ao seu conhecimento e decisão, a difícil missão de fixar esses limites".

reconhecidos expressa ou implicitamente⁸¹². Daí porque o seu fundamento satisfaz-se na supremacia geral que o Estado exerce sobre o coletivo⁸¹³.

Consequentemente, como forma de atuação, pode-se dizer que o poder de polícia envolve: o comando/ordem de polícia, definindo o limite ou a condição para o exercício de uma liberdade ou de um direito individual, em prol do atendimento ou do não-distúrbio do interesse público; o consentimento de polícia, por provocação ao particular, requisitando uma licença, autorização, permissão ou concessão; fiscalização de polícia, pelo qual a Administração, sem necessidade de provocação, verifica a observância dos limites impostos no comando/ordem ou no consentimento de polícia; e por fim, se necessária, a sanção de

812 Existe uma clássica distinção entre o estudo do poder de polícia no que concerne à polícia administrativa e a polícia judiciária.

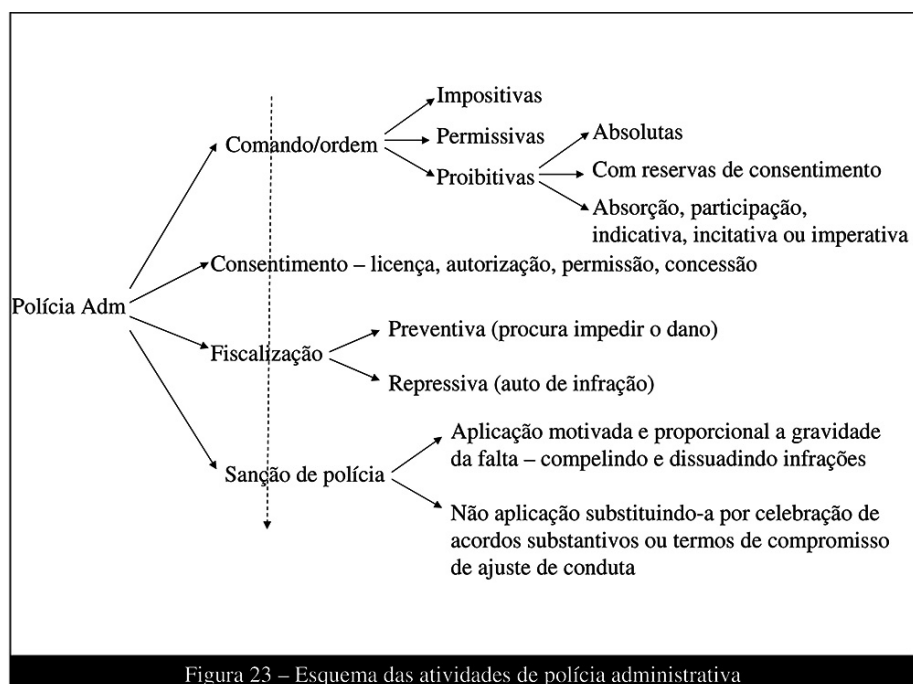
Tais modalidades são bem distinguidas por Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 115), quando salienta que: “a polícia administrativa é a que incide sobre bens, direitos ou atividades ao passo que a polícia judiciária incide sobre as pessoas. Assim, o poder de polícia judiciária é privativo dos órgãos auxiliares da Justiça (Ministério Público e Polícia em geral), enquanto que o poder de polícia administrativa se difunde por todos os órgãos administrativos, de todos os Poderes e entidades públicas”. José Crettela Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. Manual de Direito administrativo. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 265) entende que: “a polícia administrativa tem por objetivo a manutenção da ordem pública e age a priori, preventivamente. Daí receber também os nomes de polícia preventiva ou polícia a priori”.

A polícia administrativa tem por objetivo impedir as infrações das leis antes que as infrações se concretizem, incumbe-lhe a vigilância, a proteção da sociedade, a manutenção da ordem e tranquilidade pública, assegurando os direitos individuais e auxiliando a execução dos atos e decisões da justiça e da Administração. A polícia judiciária, também denominada polícia repressiva, atua, a posteriori, investigando os delitos, mas funciona apenas como auxiliar do poder judiciário. Para a maior parte da doutrina, a polícia é eclética ou mista, porque o mesmo organismo atua preventivamente e repressivamente.

Para maiores informações vide o *arrêt Société Frampar*, de 14 de junho de 1960, sobre apreensão de jornais e a distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária (FRANÇA. Conseil d'Etat. *Arrêt Société Frampar*. Statuant au contentieux. N° 42289. Publié au recueil Lebon. ASSEMBLEE. M. Ordonneau, rapporteur. M. Heumann, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 24 junio 1960).

813 Para Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 117), o fundamento: “é a supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao poder público o seu policiamento administrativo”. Com o mesmo entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 353) relata que: “O poder expressável através da atividade de polícia administrativa é o que resulta de sua qualidade de executora das leis administrativas. É a contraface de seu dever de dar execução a estas leis. Para cumpri-lo não pode se passar de exercer autoridade - nos termos destas mesmas leis - indistintamente sobre todos os cidadãos que estejam sujeitos ao império destas leis. Daí a supremacia geral que lhe cabe”.

polícia, que depois do devido processo legal, é aplicada nos casos de violação aos limites impostos⁸¹⁴. É essa disposição que a figura 23 representa. A linha pontilhada cruzando cada uma das atividades da polícia administrativa representa a direção normal de surgimento.



Fonte: Elaborada pelo autor.

Ilustra a figura 23 que o comando/ordem de polícia é representado num preceito normativo (regra ou princípio) que, como visto, ter-se-á um operador

814 Tratando desses quatro momentos, Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 396) afirma que o poder de polícia é exercido: “pela ordem ou comando de polícia, no qual está sintetizada a limitação à liberdade individual; no consentimento de polícia, pelo qual a Administração, provocada pelo interessado, aprecia se sua pretensão se encontra dentro dos limites do comando (ex.: licença e autorização); na fiscalização de polícia, pela qual a Administração toma a iniciativa de verificação da observância, pelos administrados, dos comandos impostos em benefício da coletividade (materializada nos autos de infração) e, por fim, na sanção de polícia, com aplicação das penalidades previstas em lei e observada a proporcionalidade em relação à falta, pela inobservância dos limites impostos”.

deôntico impositivo, permissivo ou proibitivo⁸¹⁵. Daí porque se terá três formas de comando/ordem de polícia.

Quando diante de normas impositivas o Estado obriga que a iniciativa privada realize determinada conduta. Intervém impositivamente quando utiliza normas cogentes⁸¹⁶, ou seja, normas que criam obrigações positivas de realizar o efeito normativo relativamente a qualquer dependência constante da previsão⁸¹⁷. Utiliza-se de artifícios de “*pressão*” sobre essas atividades para impor cer-

815 De acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), o exercício de qualquer atividade econômica pressupõe o atendimento aos requisitos legais e às limitações impostas pela Administração no regular exercício de seu poder de polícia. Assim pronunciou num caso relativo a uma regulamentação sobre distribuição de combustíveis, onde sustenta ainda que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 349686 UF: PE – PERNAMBUCO, Fonte: DJ 05-08-2005 PP-00119 EMENT VOL-02199-06 PP-01118 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 309-314, Relator(a): ELLEN GRACIE, Data Publicação: 05/08/2005).

Outro caso relativo ao comando de polícia é a exigência, por meio de portaria da Agência Nacional do Petróleo (ANP), de que o pedido de registro do distribuidor de combustível seja instruído com a comprovação de regularidade perante o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). Define o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que tal tipo de ato normativo traduz manifestação do poder regulatório e fiscalizatório atribuído à ANP pelo art. 8º da Lei 9.478/97 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 640460, Processo: 200400171961 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 11/09/2007 Documento: STJ000303688, Fonte: DJ DATA:27/09/2007 PG:00224 RT VOL.:00868 PG:00187, Relator(a): TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data Publicação: 27/09/2007).

816 Nesse sentido, Iara Maria Pinheiro de Albuquerque (ALBUQUERQUE, Iara Maria Pinheiro de. Responsabilidade do Estado Interventor. In: AAVV. Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 290) define ser ilícita a conduta do Estado que imponha uma vinculação de atuação ao setor privado: “*Para nós, portanto, a intervenção por direção, na medida em que busca vincular de forma cogente os titulares econômicos do setor privado, viola o ordenamento jurídico em vigor. Em sendo assim a Administração Pública, ao empreender planos imperativos, incorrerá em comportamentos ilícitos, nascendo translúcido o dever de indenizar por parte do Estado se, em decorrência das condutas administrativas, sobrevier dano à esfera juridicamente protegida dos empresários particulares. O fundamento desta norma de responsabilização é o princípio da legalidade ao qual está expressamente jungida a Administração Pública (art. 37, caput, CF). Bem como por quebrar a igualdade, por onerar alguns (os titulares da atividade econômica), a fim de beneficiar o corpo social*”.

817 O Tribunal Constitucional espanhol coloca que o conteúdo das liberdades econômicas vem delimitado pela função social desses direitos, que se traduzem no estabelecimento de limites e deveres de caráter positivo. Em resumo, declara: “*la libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa*” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 37/1987, Tipo: SENTENCIA, Fecha de Aprobación: 26/3/1987, Publicación BOE: 19870414 [«BOE» núm. 89], Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz,

tos comportamentos que serão necessariamente cumpridos pelos particulares que atuam na atividade. Só deve existir caso o Estado tenha o dever de atuar, impondo que a iniciativa privada realize determinada estatuição⁸¹⁸. Tem-se um caráter excepcional tendo em vista o princípio da livre iniciativa.

Rodríguez-Piñero, Leguina y López. Ponente: don Jesús Leguina Villa, Número registro: 685/1984, Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad).

Na Itália, produziu-se, no final da década de 1950, um debate provocado pela *Corte Costituzionale italiana* sobre lei que impunha aos empresários a obrigação de contratar um número mínimo de trabalhadores (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 78 de 16 DICEMBRE 1958, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 30 dicembre 1958. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 316 del 31 dicembre 1958. Pres. AZZARITI - Rel. COSATTI, Massime: 707, 708, 709 e 710).

818 Vale aqui mencionar, uma vez que foi analisado o setor da saúde, as controvérsias em torno do chamado ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS – a ser promovido pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde. Apesar de não constituir receita da ANS, é por ela arrecadado nos moldes do que prevê o art. 32 da Lei nº 9.656/98.

Serão ressarcidos pelas operadoras que gerenciam quaisquer modalidades de planos privados de saúde todos os serviços de atendimento previstos nos respectivos contratos, que tenham sido prestados aos consumidores e devidos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde, devendo o ressarcimento se efetuar pela operadora em face da entidade prestadora de serviços ou ao SUS, conforme a tabela de procedimentos fixada pela ANS.

A figura do ressarcimento ao SUS criou uma nova obrigação para as operadoras de plano de saúde. Obrigação essa questionável, pois ilegal e inconstitucional.

Entendendo ressarcimento como reparação ou satisfação de dano, ou ainda indenização, comenta-se que não há nem dano para o SUS, nem ilícito praticado pela operadora; afinal, todo e qualquer cidadão (com ou sem plano de saúde) tem direito a ser atendido pela rede do SUS. A lei estaria assim determinando que uma pessoa reparasse um dano que não existiu, e sem que qualquer ilícito tivesse sido cometido, violando direitos essenciais, previstos no art. 5º da CRFB, em especial liberdade, igualdade, segurança e propriedade, representando tal obrigação ainda um claro confisco e enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Se fosse o ressarcimento ao SUS uma Contribuição Social seria ela inconstitucional, na medida em que para sua instituição haveria a necessidade de lei complementar, conforme art. 195, § 4º e 154, I, ambos da CRFB, o que não ocorreu no caso.

Se fosse entendido como tarifa, como o é pela maioria da doutrina, ela não poderia ter sido criada por simples lei ordinária. Primeiro porque não há qualquer contraprestação de serviço prestado à operadora, e sim a seu cliente. E mais, esse paciente que busca o hospital ou serviço médico ligado ao SUS tem o direito constitucional de nada pagar.

De qualquer modo e independentemente da natureza jurídica do ressarcimento ao SUS, haveria, além das ilegalidades e inconstitucionalidade apontadas, violação aos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e da liberdade de contratar.

No entanto, mesmo com todos estes questionamentos doutrinários, o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento da ADI n. 1.931-MC, decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento ao SUS (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1931 UF: DF - DISTRITO FEDERAL,

As normas permissivas são as atividades que o Estado permite que a iniciativa privada opte ou não pela realização de uma determinada estatuição, afinal, além de ser permitido fazer o estipulado na estatuição, também será possível não o fazer, ou seja, ter-se-ão as alternativas dos seus contrários⁸¹⁹. A intervenção permissiva induz, deixando a opção à iniciativa privada. A aceitação e concordância dos particulares resultarão numa vinculação jurídica de ambas as partes.

Por sua vez, as normas proibitivas, sejam quais forem os seus termos, dado que também só compreendem um operador num modo de obrigação, proibirá a iniciativa privada de realizar determinada estatuição⁸²⁰. Só devem existir quando

Fonte: DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Data Publicação: 28-05-2004).

819 Alerta-se que a questão da existência ou não de norma permissiva é um dos problemas mais debatidos na teoria do Direito. Por certo que enunciados desse tipo são comuns nos sistemas jurídicos. Para Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004, cap. III), três são os contextos de uso das normas permissivas: as condutas naturais, o exercício de poderes normativos e as liberdades constitucionais. Quando diante de normas permissivas de conduta naturais, entendendo por tal aquela conduta que não consiste no exercício de um poder normativo, Echave-Urquijo-Guibourd e Ross defendem sua irrelevância pragmática, por não constituir nenhuma razão, nem para realizar ação nem para omiti-la, sendo a norma permissiva nada mais que a exceção à norma impositiva e proibitiva ou a formação indireta dessas normas. Já Von Wright percebe as normas permissivas como promessas, entendendo as permissões como simples ausência ou não-existência das proibições, e diferenciando dois tipos de permissão: débeis e fortes. Sobre as normas permissivas no exercício de poderes normativos, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (ibidem, p. 131) fazem a distinção entre os poderes normativos de exercício obrigatório e facultativo, que podem trazer resultados distintos à ação. E por fim, ditam (ibidem, p. 139) que os "*permisos constitucionales no son sólo directivas indirectamente expresadas, sino también juicios de valor. De ellos se derivan directivas en forma de principios de mandato y directrices, pero no equivalen a ellas, porque su alcance justificativo es notablemente mayor*". Além dessa questão, também é importante mencionar o fato de que a doutrina, sobretudo a administrativista, sustenta que não há normas de competência jurídico-pública que sejam permissivas, ou seja, muitas das normas permissivas são na verdade normas impositivas, no entanto, as normas de conduta dependem da relação entre a norma de competência e a de conduta para se averiguar se haverá ou não uma norma permissiva (vide: DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006).

820 O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de declarar inexistente qualquer afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e ao direito do consumidor quando municípios regulam horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas. Tratava-se de caso relacionado a horário de funcionamento e o sistema de plantão nos fins de semana de farmácias. Sustentou o Supremo que, ao município, cabe, além de garantir a oferta da mercadoria ao consumidor, disciplinar a atividade comercial, evitando a dominação do mercado por oligopólio, possibilitar ao pequeno comerciante retorno para as despesas decorrentes do plantão obrigatório (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO

o Estado tem o dever de impedir determinada conduta do particular, caso con-

EXTRAORDINÁRIO, Processo: 174645 UF: SP - SÃO PAULO, fonte: DJ 27-02-1998 PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00539, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data Publicação: 27/02/1998). Em anterior oportunidade, mas de forma complementar a essa, decidiu que estabelecimentos comerciais não situados em “shopping center” estão sujeitos ao horário imposto por lei municipal disciplinadora da matéria, enquanto aqueles instalados no conglomerado comercial são regidos pelas normas próprias de administração do condomínio comercial. Nesse caso, decidiu não haver qualquer violação ao princípio da isonomia (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 203358 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 29-08-1997 PP-40229 EMENT VOL-01880-09 PP-01807, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data Publicação: 29/08/1997).

Sobre limitação de horário e o princípio da livre iniciativa, vide comentários ao caso *Lochner v. People of State of New York*, 198 U.S. 45 (1905) da U. S. *Supreme Court* na nota de rodapé n.º 54.

Ao analisar norma que previa a proibição do trabalho noturno das padarias e que colocava a tônica mais forte sobre o estabelecimento de uma proibição de tais trabalhos, quando foi feita pessoalmente pelo mesmo empregador, a *Corte Costituzionale italiana* afirmou que a proteção à saúde pode fornecer um dos motivos de utilidade social exigido no art. 41 da Constituição, que justifica as restrições à iniciativa privada, que é o que o Tribunal de Justiça já declarou na sua primeira decisão de 22 de janeiro de 1957, n. 29. Decide a corte pela não inconstitucionalidade das normas que proíbem o trabalho noturno nas panificações (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 21 de 26 FEBBRAIO 1964, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 14 marzo 1964. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 73 del 21 marzo 1964. Pres. AMBROSINI - Rel. PAPALDO, Massime: 2075, 2076, 2077 e 2078). Em outra ação, na qual se questionavam regras e limites de horas e dias de abertura de estabelecimentos comerciais relacionados ao turismo e à arte, em relação à liberdade de iniciativa econômica, uma eventual interferência em assuntos como a proteção da concorrência, reservado para a competência exclusiva do Estado, a *Corte Costituzionale italiana* declarou a questão inadmissível, por “*carezza dei requisiti di chiarezza ed univocità del relativo quesito*” (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 243 20 de giugno 2005, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Principale. Deposito in cancelleria: 24 de giugno 2005. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” del 29 de giugno 2005. Pres. CONTRI - Rel. FLICK, Massime: 29474, 29475, 29476 e 29477).

O *Tribunal Constitucional espanhol*, ao examinar a compatibilidade da regulação dos horários comerciais com o art. 38 da CE, o fez como se fosse um limite a mais à autonomia do empresário no exercício de uma atividade empresarial. O tribunal demonstrou-se relutante em controlar com maior rigor a finalidade e a proporcionalidade das atuações restritivas da concorrência e concluiu que “*corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el art. 38 C.E*”. A sentença ainda afirma que a liberdade de horários trata de estimular atividade no setor da distribuição, facilita a adequação da produtividade às demandas reais dos consumidores e fomenta a capacidade de concorrência das empresas. Para o tribunal, frente aos interesses gerais que promovem a liberdade de horários “*no cabe oponer el interés de una Comunidad Autónoma de proteger a ciertas categorías de establecimientos comerciales*”. Termina declarando a nulidade da norma que fixava o número de horas de abertura máxima semanal e declarava imprópria aos domingos e feriados (ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 225/1993. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 8/7/1993. Publicación BOE: 19930802 [«BOE» núm. 183]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente:

trário, estar-se-á ferindo o princípio da livre iniciativa. Essas podem ser: absolutas, onde são vedadas certas formas de utilização da propriedade e do exercício de atividades privativas, por serem incompatíveis com o interesse público. São limitações ao exercício dos direitos e faculdades; com reserva de consentimento, onde são vedadas, *a priori*, certas maneiras de utilizar a propriedade e de exercer atividades privadas sem que a Administração consinta, prévia e expressamente. Aqui se encontra o condicionamento ao exercício dos direitos e faculdades; e de absorção, participação, indicativa, incitativa ou imperativa onde são vedadas, em princípio, certas formas de atuar em determinados setores⁸²¹.

don Julio Diego González Campos. Número registro: 1418/1987, 421. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad. Cuestiones de inconstitucionalidad).

Em ação que se requeria a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade de normas legislativa e regulamentar, efetuada pelo governo, em 1996, quanto aos horários dos estabelecimentos comerciais, questão que girava em torno de saber se o regulamento procedia a uma *conformação* do conteúdo do direito fundamental e, em caso afirmativo, se tal ocorreria num grau em que tal conformação só possa ser efetuada *por via legislativa*. O *Tribunal Constitucional português* afirmou assim que se afiguraria mais que problemático que o *âmbito de proteção* da liberdade de iniciativa econômica privada inclua a *ausência de limites aos horários* de funcionamento dos estabelecimentos comerciais. E, portanto, do mesmo passo, que a fixação de tais limites atinja a liberdade de iniciativa econômica privada, enquanto direito fundamental constitucionalmente protegido. Desse modo, para o tribunal só a definição dos *quadros gerais e dos aspectos garantísticos* da liberdade de iniciativa econômica privada exige uma intervenção por via legislativa. Por isso concluiu que “*a fixação, no acto legislativo, do «quadro geral de referência» para horários de funcionamento, e a definição do sentido da intervenção regulamentar aí feita, são largamente suficientes para cumprir a exigência constitucional de conformação legal do conteúdo da liberdade de iniciativa económica privada, não violando a portaria aquela reserva legal de conformação. E, conseqüentemente, que o regulamento em causa não contraria os arts. 18, n.º 2, e 61º, n.º 1, da Constituição*” (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 289/2004, Processo: n.º 578/99, Plenário, Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto, Data: 27 de Abril de 2004).

- 821 De acordo com o *Tribunal Constitucional português*, pode uma norma afetar a liberdade de empresa se proibir o uso de sinais associados ao Euro 2004, pois interfere no modo de comercialização de certos produtos e, por esta via, conformam o “*direito da empresa de praticar os actos correspondentes aos meios e fins predispostos*”. Desse modo, sustentou o TC que as normas dos arts. 4º e 5º do Decreto-lei n.º 86/2004, de 17 de abril, relativas à matéria da publicidade e concorrência não podem ser qualificadas como normas atinentes a direitos, liberdades e garantias, no sentido em que esta trilogia aparece protegida no art. 165, n.º 1, alínea b), da Constituição. Com efeito, para o TC, as normas em apreço não versam diretamente sobre a liberdade de iniciativa econômica privada. E, de todo o modo, o TC tem entendido que a lei a que se refere o art. 61, n.º 1, da Constituição tem que ser uma lei, apenas, parlamentar ou parlamentarmente autorizada no que se refere aos quadros gerais e aos aspectos garantísticos daquela liberdade (veja-se o acórdão n.º 329/99, de 2 de junho, publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 167, de 20 de Julho de 1999, p. 10576 ss) (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 358/05, Processo: n.º 138/05, 1ª Secção, Relator: Conselheira Maria Helena Brito, Data: 6 de Julho de 2005).

Em contrapartida ao comando/ordem de polícia, tem-se também representado, na figura 23, o consentimento de polícia, que é o ato administrativo de

O *Conseil constitutionnel français*, apesar de entender que a instituição pelo legislador de uma servidão administrativa em si mesma não é contrária aos princípios constitucionais, defendeu que quando não existir a previsão de nenhum procedimento de inquérito ou de informação, nem mesmo qualquer notificação aos proprietários em causa, há uma restrição injustificada ao direito à propriedade. Desse modo, o artigo que permitia a privação dos proprietários de alugar o telhado, terraço ou superestruturas dos edifícios para a instalação de emissores traz para essa corte uma injustificada violação ao direito de propriedade que, por conseguinte, acompanha uma violação indevida à liberdade de comércio e indústria (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 85-198DC. Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle. NOR: [s. n.]. Votos: [s. relator]. Data: vendredi 13 décembre 1985).

Dentre as normas proibitivas, as mais evidentes são as que criminalizam determinada atitude. Sobre tais casos, os tribunais também já tiveram oportunidade de se manifestar. Para o *Tribunal Constitucional português*, não fere o princípio da livre iniciativa a criminalização dos administradores de sociedades por utilizarem informações e conhecimentos das entidades de que são agentes na negociação de valores mobiliários, para as pessoas coletivas de que são representantes. Acrescentou na decisão que é exatamente para que a liberdade de iniciativa econômica de todos se possa desenvolver de uma forma sábia que há que assegurar um funcionamento eficiente e justo dos mercados e, conseqüentemente, reprimir as práticas lesivas desse funcionamento, como sejam os comportamentos que, abusando de informação privilegiada, neles introduzam distorções, essas sim não toleráveis (PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 494/03, Processo: n.º 140/03, 3ª Secção, Relator: Cons. Gil Galvão, Data: 22 de Outubro de 2003).

Em caso relativo à regulamentação da produção e comércio de maconha e o princípio da liberdade de iniciativa privada, em que se alegava que a criminalização tinha justificação inspirada no sistema empresarial da época e nas circunstâncias específicas do tempo de guerra que a impuseram, e que, portanto, as limitações no presente campo para a livre iniciativa devem considerar-se agora inválidas, ineficazes e irrelevantes, declarou que a disciplina da produção, transformação e comércio de maconha não observa as disposições do art. 41, sendo inconstitucional. No entanto, interessa aqui visualizar a análise feita com relação aos termos “*utilità sociale*” e “*fini sociali*”, que aparecem, respectivamente, no segundo e terceiro parágrafos do art. 41 da Constituição. Para a *Corte Costituzionale italiana*, tal requisito não deve apenas resultar de declarações explícitas por parte do legislador, mas pode ser obtido a partir do sistema de intervenção e controle que a lei prevê. Afirma que “*la concreta disciplina di un settore produttivo può essere più significativa a questo fine di una “dichiarazione programmatica” o di una “dichiarazione di propositi” inserita nella legge*” (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 46 de 4 APRILE 1963, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 9 aprile 1963. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 101 del 13 aprile 1963. Pres. AMBROSINI - Rel. CASSANDRO, Massime: 1767, 1768, 1769 e 1770). Ainda no âmbito italiano, a mesma corte, ao analisar lei relativa à proteção das belezas naturais e meio ambiente de determinado território onde se proibia a extração de minério de pedreiras, impondo sanções penais contra os infratores em respeito à liberdade da iniciativa privada e ao direito da continuidade das operações econômicas, alegou que a norma viola o art. 41 e que, por conseguinte, não resultava uma expropriação do imóvel sem qualquer compensação (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 9 de 6 FEBBRAIO 1973, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 20 febbraio 1973. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 55 del 28 febbraio 1973. Pres. CHIARELLI - Rel. OGGIONI, Massime: 6551, 6552, 6553, 6554, 6555, 6556 e 6557).

anuência para que alguém possa utilizar a propriedade particular ou exercer atividade privada⁸²², naqueles casos em que o legislador exija um controle prévio de compatibilidade do uso de bens ou do exercício da atividade com o interesse público⁸²³. Nesses casos, os interessados provocam a Administração para que essa verifique se foram devidamente atendidas as condições do exercício do direito ou o uso de faculdades, jurídicas e fáticas, e se manifeste acerca de tal verificação, expedindo para tanto um ato de anuência, formalmente denominado alvará, que materialmente poderá constituir uma licença, autorização, permissão e hoje até concessão de polícia⁸²⁴.

822 De acordo com a *Corte Costituzionale italiana*, as normas que proíbem o comércio (entre outros, vendedor ambulante ou distribuidor de bens, alimentos ou bebidas, ou de desenhos e escritos, então, os ofícios de acrobata, cantor, músico, agente da praça, porteiro, motorista, condutor veículos a motor na praça, engraxate e similares artesanatos) sem prévia inscrição e a concessão de registro a menores de dezoito anos são de caráter geral, inspiradas pela proteção de adolescentes e prevenção das necessidades de segurança pública. Tal corte recordou na ocasião o art. 41 da Constituição italiana, quando disse que a iniciativa econômica privada é livre, mas acrescentou que tal não pode dar lugar ao intuito de prejudicar a segurança, a liberdade e a dignidade humana, dando o direito de determinar “*i controlli opportuni*” (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 33 de 23 Gennaio 1957, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 26 gennaio 1957. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 27 del 30 gennaio 1957. Pres. DE NICOLA - Rel. AZZARITI, Massime: 241 e 242).

823 O *Conseil constitutionnel français*, ao analisar o texto da norma que estipula: “*l’homologation des tarifs conventionnels est accordée au vu, d’une part, des caractéristiques propres de chaque établissement, notamment du volume de son activité, d’autre part, de l’évolution des dépenses hospitalières définie à partir des hypothèses économiques générales et par référence à la politique sociale et sanitaire de l’État*”, declarou, conforme a Constituição, alegando que não fere à livre iniciativa, porque essa não é nem geral nem absoluta, sendo assim admissível que o legislador crie limitações exigidas pelo interesse público. Sustentou que as disposições relativas aos critérios de homologação das tarifas se destinam a controlar o desenvolvimento dos custos dos cuidados de saúde para a comunidade e que as restrições resultantes para as diversas instituições hospitalares privadas não vão contra a liberdade de empreender (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 90-287DC. Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales. NOR : CSCX910002S. Votos: [s. relator]. Data: mercredi 16 janvier 1991).

824 Na licença, preenchidos os requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico (aqui incluído o ato de comando/ordem de polícia), deverá a Administração Pública reconhecê-lo, por se estar diante de um ato administrativo vinculado.

O ato tem natureza declaratória porque o direito preexiste, não é constituído pela manifestação da Administração. Assim, preenchendo os requisitos, as partes terão direito subjetivo à obtenção da licença, ou seja, ao consentimento.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 389) ensina que: “*No caso da licença, há um direito preexistente, embora não exequível, à atividade ou ao uso do bem. O consentimento administrativo se vincula à constatação de que as limitações opostas foram removidas, ou seja, a*

conditio juris para seu exercício, satisfeita. É inexato, portanto, afirmar-se que a licença gere direitos; ela apenas os declara exequíveis.

Já, distintamente, no caso da autorização, não há qualquer direito preexistente à atividade privada ou ao uso do bem particular. A atividade pretendida pelo particular é, em princípio, vedada, existindo meras expectativas de exceção a serem consideradas administrativamente em cada caso concreto”.

Na autorização, permissão e concessão de polícia (que não se confundem com as de serviço público), as partes não terão o direito subjetivo previamente estabelecido no ordenamento jurídico. Assim, eventual pretensão que tenha pode não contrariar nenhum interesse público. Fica, em princípio, a critério da Administração Pública, à luz da conveniência e da oportunidade, a possibilidade de emití-lo ou não. Daí porque se definem tais institutos como atos administrativos discricionários e precários. Portanto, em tese, pode ser desfeita a qualquer momento, devidamente motivada na existência de um interesse público e, submetido, ao devido processo legal em que sejam assegurados ampla defesa e contraditório.

A diferença reside no fato de que, na permissão, há um equilíbrio entre o interesse público e o interesse particular; na autorização, prevalece o interesse particular, que necessita de um controle prévio do poder público para ser exercido.

Sobre o consentimento de polícia, são muitas as decisões que se poderiam citar. Na França, em caso no qual o legislador ordinário alterou um critério para a emissão de autorização de exploração de comércio alimentício, o *Conseil constitutionnel* declarou não contrário à Constituição por entender que a modificação de critério é suficientemente clara e precisa, não sendo os novos critérios contrários ao princípio da liberdade de comércio e indústria. O art. 56 da lei analisada se destinava a substituir, no art. L. 720-4 do Código Comercial, a expressão “*la part de surface de vente destinée à l'alimentation*” por “*la surface de vente totale des commerces de détail à prédominance alimentaire de plus de 300 mètres carrés de surface de vente*” (FRANÇA. *Conseil constitutionnel*. Décision N° 2003-474DC. Loi de programme pour l’outre-mer. NOR: CSCL0306762S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: jeudi 17 juillet 2003).

A *Corte Costituzionale italiana* também já teve oportunidade de se manifestar. Em caso que analisava norma que exigia autorização administrativa para o comércio de plantas e sementes, entendeu a mesma justificável pelo fato de existirem questões particulares de utilidade social, já que a norma foi promulgada a fim de proteger as plantas e sementes a partir do “*hostil causas*”. Neste caso, o legislador adotou medidas especiais porque os viveiros de plantas e sementes estão livres de doenças e parasitas disseminados ou perigosos, e proibiu a venda de produtos considerados infectados, o que, em alguns casos, pode ser recomendada a destruição, tendo um regime especial de comércio e exportação destes produtos (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 24 de 28 FEBBRAIO 1967, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 9 marzo 1967. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 64 dell’11 marzo 1967. Pres. AMBROSINI - Rel. VERZI, Massime: 4535 e 4536). Em outra decisão, também sobre a concessão de licença a estabelecimento comercial, a *Corte Costituzionale italiana* recordou que a liberdade de comércio, tal como usufruir da proteção conferida pelo art. 41 da Constituição, está sujeita às limitações, entre as quais tem-se a utilidade relacionada com o desenvolvimento social, pois o sistema constitucional em si não era considerado suficiente para alcançar ou para satisfazer os interesses da sociedade. De modo que, para a corte, são legítimas as licenças que, na medida em que são essenciais para a proteção desses interesses, pela sua consistência e em relação ao desenvolvimento da sociedade, são imediata ou diretamente para a comunidade nacional e não apenas para cada categoria de comerciantes (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 97 de 22

Não basta à Administração praticar somente atos de comando/ordem de polícia e consentimento de polícia. Mais que isso, cabe-lhe a prerrogativa de exercer a fiscalização de polícia, *ex officio*, para verificar o cumprimento dos comandos/ordens e observar se não estão ocorrendo abusos ou desvios na utilização dos bens e nas atividades privadas que tinham recebido o consentimento de polícia⁸²⁵. Aclara a figura 23 que os atos de fiscalização de polícia podem ser

MAGGIO 1969, Giudizio: Giudizio Di Legittimita' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 10 giugno 1969. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 152 del 18 giugno 1969. Pres. BRANCA - Rel. BONIFACIO, Massime: 3301, 3302, 3303, 3304, 3305, 3306, 3307, 3308 e 3309). Por isso, sustenta em quase todas decisões sobre o tema, que a autorização administrativa para funcionamento de estabelecimento é o resultado de uma escolha consciente do legislador de impor limites à iniciativa privada (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 63 de 28 GENNAIO-8 FEBBRAIO 1991, Giudizio: Giudizio Di Legittimita' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 02 de febbraio 1991. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" dell'13 febbraio 1990. Pres. CONSO, Massime: 17120, 17122, 17123 e 17124). Tais limites devem, contudo, ser razoáveis. Por isso, considerou a corte que disposição impugnada relativa à emissão de autorização para a abertura de uma estrutura de vendas antes de planejamento urbano deve ser tida como um limite razoável à iniciativa econômica privada para a proteção de um bem de relevo constitucional, que é o "governo del território" (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 176 de 10 - 22 giugno 2004, Giudizio: Giudizio Di Legittimita' Costituzionale In Via Principale. Deposito in cancelleria: 22 de giugno 2004. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" del 30 giugno 2004. Pres. ZAGREBELSKY - Rel. QUARANTA, Massime: 28525 e 28526).

Por fim, o Tribunal Constitucional português afirma que a organização econômico-social assenta-se, entre outros, no princípio da "subordinação do poder económico ao poder político democrático" (art. 80, alínea a). Além do que "incumbe prioritariamente ao Estado, no âmbito económico e social [...] reprimir os abusos do poder económico e todas as práticas lesivas do interesse geral" (art. 81, alínea e) e que o "sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social" (art. 104). Diante desses princípios, afirma o tribunal que o Estado assumia um papel fortemente interventor na atividade financeira, tendo em vista a persecução e alcance dos elencados objetivos constitucionais. Daí porque: "nesse papel caíba, sem que para tanto se haja de efectuar qualquer esforço interpretativo ou de integração, a possibilidade de o legislador ordinário impôr a intervenção do Estado, por intermédio do seu órgão de condução de política geral do país e ao qual cabe praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias visando o desenvolvimento económico-social e a satisfação das necessidades colectivas, no sentido de autorizar a constituição de instituições que, limpidamente, têm o maior relevo num aspecto por demais importante no sistema económico em geral e no sistema financeiro em particular". Por isso conclui entendendo que não fere à CRP a imposição da retirada de autorização do exercício do comércio bancário aos estabelecimentos que, tendo suspenso os pagamentos, não restabeleceram as normais condições de funcionamento no prazo que lhes é deferido para tanto. A revogação de autorização se perspectiva, na verdade, como um efetivo corolário do poder autorizador (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 166/94, Proc. n.º 314/92, 2ª Secção, Relator: Cons Bravo Serra, Data: 16 de Fevereiro de 1994).

825 As fiscalizações da polícia administrativa geralmente exercem seu poder sob o produto fornecido (se está de acordo com as especificações autorizadas), o fornecedor (se detém habilitação e capacitação

preventivos ou repressivos, onde, respectivamente, previnem-se infrações pela observação do atendimento; e, preparam a repressão das infrações pela constatação formal dos atos infringentes, por meio do Auto de Infração, que disparará o procedimento administrativo sancionador⁸²⁶.

O último ato de polícia administrativa é a sanção de polícia⁸²⁷, que ocorre sempre que os mecanismos de fiscalização preventiva forem insuficientes, acrescidos da constatação de violação do comando/ordem de polícia ou da observação de abusos ou desvio na utilização dos bens e nas atividades privadas que tinham recebido o consentimento de polícia⁸²⁸.

técnica), os bens empregados na produção (local e equipamentos) e a segurança do administrado (informações sobre o produto, acessibilidade dos preços), entre outros.

826 De acordo com a *Corte Costituzionale italiana*, a imposição de conferir determinadas mercadorias em armazém (ou seja, para o entreposto de transferência) é bastante diferente da expropriação prevista no terceiro parágrafo do art. 42 da Constituição italiana (pois a desapropriação é realizada através de um ato de autoridade que o assunto imediatamente transferência de propriedade; e as transferências de produtos em armazém têm lugar em virtude de uma missão), bem como da prevista no art. 43 (uma vez que este artigo não prejudica nenhuma das categorias de coisas, mas apenas o “negócio”). Trata-se de acordo com a corte de medida de gestão pública, uma das pessoas autorizadas pelo art. 41 da Constituição, a fim de orientar e coordenar iniciativas econômicas no sentido de bem-estar coletivo. O art. 41 admite limites, programas, controle a atividade econômica, a fim de tornar possível a realização de objetivos de ordem social. Exige, no entanto, que os limites, os programas, os controles não são necessários, se não na base de uma lei (ver Sentenças n.º 103 de 1957; n.º 35 de 1959 e n.º 35 de 1961). Diante do exposto, decidiu a Corte que não se pode duvidar que a obrigação de colocação em armazém de produtos agrícolas, a fim de proteger produção no interesse geral da comunidade nacional, é um limite econômico para os produtores, por razões de utilidade social declarando, desse modo, que a obrigação de colocação em armazém não é contrária à Constituição (ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Sentenza n. 5 de 8 febbraio 1962, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 14 febbraio 1962. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 44 del 17 febbraio 1962. Pres. CAPPI - Rel. SANDULLI, Massime: 1423, 1424 e 1425).

827 Fábio Medina Osório (OSORIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 85 e 80) diferencia as medidas de polícia (sanção de polícia) das sanções administrativas. Para o autor, as primeiras estão ligadas ao cometimento ou ao perigo de cometimento de um fato ilícito, mas tal circunstância não lhes confere caráter punitivo, um enquadramento no conceito de sanções administrativas. Enquanto as segundas consistem: “em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo”.

828 Num caso de condenação de uma sociedade unipessoal por quotas ao pagamento de uma coima pela prática do ilícito contraordenacional, em que se alegavam violações dos princípios da igualdade e da livre iniciativa econômica privada, o *Tribunal Constitucional português* a respeito da livre iniciativa reiterou possuir essa um duplo enfoque, por um lado, “direito de criação da empresa”; e,

Disparado o procedimento administrativo sancionador e garantido o devido processo legal e o direito a ampla defesa e contraditório, tem-se, na figura 23, duas possibilidades. Caso se verifique que as infrações eram verídicas, poderá impor-se a sanção de polícia, motivada e proporcional à gravidade da falta, compelindo o infrator à prática de atos corretivos, ou dissuadindo de persistir no cometimento da infração administrativa⁸²⁹. Ou, pode-se deixar de aplicar a sanção, pela celebração de acordos substantivos⁸³⁰, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (TCAC)⁸³¹, segundo o que melhor atenda o interesse e se

por outro, “direito de escolha do objecto e modo de gestão”. Além do mais, apontou que o princípio da igualdade postula, na sua formulação mais sintética, “que se dê tratamento igual a situações de facto essencialmente iguais e tratamento diferente para as situações de facto desiguais”. Assim caracterizado, o princípio da igualdade apresenta-se como “princípio negativo de controlo” ao limite externo de conformação da iniciativa do legislador. Desse modo, decidiu o TC que uma coima cujo limite mínimo seja determinado por referência aos limites aí previstos para as pessoas coletivas, nada tem de *arbitrário*, em termos de poder ser constitucionalmente censurável. A distinção que no art. 17 n.ºs 1 e 2 do Decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, se faz para efeitos de determinação do limite mínimo da coima, entre pessoas singulares e coletivas, tem fundamento material, uma vez que assenta na diferente natureza das pessoas coletivas e singulares. Por fim, decidiu negar provimento ao recurso afirmando improceder o juízo de inconstitucionalidade (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 254/2007, Processo: n.º 158/07, 3ª Secção, Relator: Conselheiro Gil Galvão, Data: 30 de Março de 2007).

- 829 As sanções do poder de polícia, como elemento de coação e intimidação, principiam, geralmente, com a multa e se escalonam em generalidades mais graves, como a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos, a inutilização de gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de determinados produtos, a vedação de localização de indústrias ou comércios em certas áreas, entre outros.
- 830 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 157) conceitua o acordo substitutivo como um ato jurídico complexo característico da Administração Pública consensual e que é praticado entre Administração e administrado ou mesmo com outro ente público, neste caso, quando esteja em situação assemelhada à do administrado, com o objeto de substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta primariamente exigível por outra conduta secundariamente negociável, com a finalidade de possibilitar um melhor atendimento de interesses públicos.
- 831 Floriano de Azevedo Marques Neto e Tatiana Matiello Cymbalista (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 51-68, out. 2010), em artigo sobre acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção, evidenciam alguns casos em que Agências Reguladoras federais possibilitam a celebração de acordos substitutivos e concluem informando que tais acordos substitutivos são prática habitual no exercício das funções regulatórias das Agências Reguladoras. São, segundo eles (Op. Cit., p. 59): “casos em que as agências podem, caso verifiquem a conveniência da medida e sua adequação com o interesse público, trocar a mera aplicação de sanção pela celebração de um acordo em que se busca,

tenha expressamente estipulado em lei. Afinal, não é objetivo da Adminis-

muito além da simples penalização, a efetiva individualização da resposta estatal, a correção da conduta e a reparação de eventuais danos pelo agente regulado”.

Enquanto algumas leis setoriais autorizam expressamente o uso de tais acordos substitutivos, como ocorre com a lei da ANS, outras agências à utilizam via normas regulamentares que autorizam a negociação caso a caso para superar as infrações definidas no plano infralegal, como ocorre na ANEEL, ANTT e a ANATEL.

Por fim, vale ressaltar que muito se debate sobre a natureza jurídica do TAC ou TCAC. Sobre o tema vide: ONOFRE, Thaiz Rodrigues. A natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2785, 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18488>>. Acesso em: 9 fev. 2013.

Alguns entendem que se trata do instituto da transação previsto no art. 840 a 850 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Tal tem a finalidade de prevenir ou pôr fim ao litígio mediante concessões mútuas, extinguindo o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, Inciso III do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC) cabível exclusivamente quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado. Para que esse ato bilateral ocorra deve existir reciprocidade do ônus e vantagens, além de existir litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes.

Outros preferem afirmar que seria uma transação, porém com características próprias já que seu objeto cuida de defesa de direitos indisponíveis sendo, portanto, indispensável a aplicação dos princípios de ordem pública inerentes a tal condição.

Há, também, quem entenda que seja uma figura jurídica própria e autônoma, não se confundindo com o instituto da transação. Afirma-se que a aplicação de tal instituto aos direitos coletivos afronta não só o texto do Código Civil, como também atribui, equivocadamente, faculdades ao legitimado autônomo para dispor sobre o direito de titulares coletivamente considerados.

Por fim, tem-se o entendimento de que é um compromisso de adequar determinada conduta ao ordenamento jurídico. Essa que parece ser a corrente majoritária entende que tais acordos substitutivos nada mais são que a promessa do suposto infrator de, sob pena de sofrer cominações, adequar seu comportamento à lei, tal como ocorreria se essa jamais tivesse sido violada.

Paralelamente a esses entendimentos, parece mais correto o entendimento de que tais instrumentos seja um ato administrativo negocial, assim como entende Hugo Nigro Mazzilli (MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 310).

Como já mencionado anteriormente, o compromisso tem natureza consensual, logo, é ato administrativo negocial, porque, se de um lado o causador do dano se obriga no campo do direito material, de outro lado o administrador aceita a solução.

Também é um ato discricionário, afinal possui a característica da alternatividade, é dizer, tal decisão decorre da existente de uma pluralidade de opções ou alternativas em que a Administração possui liberdade de escolha, onde fará um juízo de conveniência e oportunidade ao decidir ou não pela sua celebração.

Acrescentar-se-ia a tal natureza de ato administrativo discricionário e negocial o fato dele ser constitutivo, afinal sempre criam, modificam e extinguem direitos e obrigações. Sendo assim, conclui-se que a natureza jurídica do TAC ou TCAC em procedimentos sancionatório seria de um ato administrativo discricionário, negocial e constitutivo.

Por fim, a existência do caráter substitutivo ou suspensivo do mesmo em relação às multas aplicadas nos âmbito dos procedimentos administrativos dependerá de como a norma criadora o configure. É dizer, é a norma que estabelecerá se o TAC ou TCAC será substitutivo ou suspensivo, seja esta legal ou regulamentar.

tração impraticar a produção e comercialização de riquezas, mas, somente, condicioná-las ao interesse público⁸³².

Será substitutivo quando o mesmo substituir o procedimento sancionador como novo instrumento de direitos e obrigações independente deste vir a ser respeitado ou não. Como a sanção pode vir a ser questionada em sede administrativa e até judicial, o que poderia, por exemplo, levar a redução do valor da multa e até mesmo a sua extinção, entende-se que tal efeito seria a melhor opção para a Administração, afinal se estará substituindo o incerto e duvidoso pelo certo e inequívoco. Assim, o que o TAC ou TCAC faz é apenas retirar a incerteza da sanção decorrente da suposta prática ilegal para conferir certeza na criação de determinadas obrigações certas e exigíveis.

Já o efeito suspensivo consubstancia-se na suspensão do processo sancionatório enquanto da celebração ou da vigência do TAC ou TCAC. Logo, em caso de descumprimento deste o processo sancionatório volta a produzir efeitos.

Parece que o interesse público será alcançado de forma mais eficiente e efetiva com a substituição da incerteza da multa pela certeza da obrigação de fazer, não fazer e dar existente quando da realização do TAC ou TCAC. Como este cria, modifica e extingue novos direitos e obrigações, não tem porque apenas suspender os efeitos do processo sancionatório, até porque o TAC ou TCAC estabelece consequências para seu descumprimento.

Deve ser visto como uma harmonização de interesses onde se substitui o incerto pelo certo. Inclusive, a bilateralidade existente nessa harmonização confere ao TAC ou TCAC a natureza de título executivo extrajudicial, devendo-se privilegiar o título executivo (certeza e liquidez, inclusive com nova multa por descumprimento) ao direito potencialmente exigível representado pela multa sancionatória. Não se deve, portanto, falar em suspensão do procedimento sancionador para adoção de uma medida alternativa.

Além disso, se o TAC ou TCAC é um instrumento para prevenir ou terminar litígios, como dispõe o art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, não teria porque ser ele apenas suspensivo, do contrário não se estaria prevenindo ou extinguindo litígios.

Conclui-se, assim que a natureza jurídica do TAC ou TCAC em procedimentos sancionatório seria de um ato administrativo discricionário, negocial, constitutivo e, preferencialmente, substitutivo.

- 832 Caso se opte pela aplicação da sanção, estas são impostas e executadas pela própria Administração, tendo em vista o princípio da autoexecutoriedade. O que se deseja é a legalidade da sanção, sua proporcionalidade e racionalidade frente à infração cometida ou ao dano que a atividade causou à coletividade e/ou ao próprio Estado. As sanções de polícia são aplicáveis aos atos ou às condutas individuais, que todavia não constituem crimes, sejam efetivamente inconvenientes ou nocivos à coletividade, segundo previsto no ordenamento jurídico.

Dessa forma, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 391) conceitua sanção de polícia como: “ato unilateral, extroverso e interventivo, que visa a assegurar, por sua aplicação, a repressão da infração e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, ou dissuadindo-o de iniciar ou de continuar a cometer uma transgressão administrativa”. Aduz que tal situação é conhecida pela doutrina administrativa como intervenção sancionatória. Trata-se da aplicação do instrumento da intervenção punitiva do Estado na propriedade privada e sobre os administrados. É o chamado mecanismo de sanção externa, que recai sobre os administrados, em oposição ao de sanção interna, que se impõe aos funcionários públicos, ambas as espécies do gênero sanção unilateral, aplicável imperativamente, que opõe-se à sanção convencional, aplicável por meio e por força do ato bilateral.

Esse último ato de polícia é importantíssimo para que o instituto (poder de polícia), não fique inerte e ineficiente, no entanto, tal prática não pode ser abusiva nem ao cerne do instituto.

Visualizado o conceito, a finalidade e as formas de atuação do instituto, o propósito e as formas de funcionamento do mesmo, entende-se, por polícia administrativa, a faculdade da Administração pública⁸³³ de disciplinar e restringir atividades, o uso e gozo de bens e de direitos, bem como as liberdades dos administrados, em benefício do coletivo⁸³⁴, por meio de atos de comando, consentimento, fiscalização e sanção, visando que os bens e serviços colocados no mercado sejam seguros e adequados ao uso a que se destinam, não acarretando riscos irrazoáveis – observando, logicamente, a natureza que lhes é inerente – a população e, em especial, os seus consumidores/usuários.

833 Digna também de destaque a possibilidade da descentralização do exercício do poder de polícia para uma entidade da Administração indireta, com personalidade de direito público, como ressaltado por Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 70): “A função de polícia administrativa envolve o ‘poder de império’ sobre a vontade individual, devendo ser exercida por entidade com personalidade jurídica de direito público (administração direta – centralizada – ou, se descentralizada, só se pode outorgá-la para uma autarquia). [...] A polícia administrativa é desenvolvida em quatro momentos, a saber: comando, consentimento, fiscalização e sanção”. No mesmo sentido é o ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 388).

834 Ressalta-se que, com o objetivo de defesa do Estado e das instituições democráticas, as Constituições possibilitam a extensão excepcional do poder de polícia, como decorrência, por exemplo, da decretação do estado de defesa e do estado de sítio. Antônio Carlos de Araújo Cintra (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 46), recorda, no entanto, que os atos praticados nessas circunstâncias continuam submetidos ao Direito, o “*direito das crises*”; em quaisquer circunstâncias os direitos fundamentais devem ser respeitados.



Conclusões

No contexto da transferência da faculdade de transformação de vontades em atos do povo ao Estado, constituindo-se este em um meio para a consecução dos fins da sociedade, sendo inaceitável admitir que o representante desta possa dispor de fins diversos aos perseguidos pelo povo, demonstrou-se que, com o decurso do tempo, a sociedade muda sua visão do mundo, seus valores básicos, assim como suas estruturas políticas e sociais.

O representante sempre se configurou como um polo de poder dotado de suficiente concentração para impor comportamentos e assegurar convergências fundadas na coerção/imperatividade. Observou-se que sempre existiram formas deste intervir na economia da sociedade que transferiu a ele o poder. Esse papel, até certo ponto, foi mínimo, vez que se utilizavam técnicas hoje consideradas como primitivas.

A sociedade medieval pluralista se apresentava como uma estrutura de dominação, que objetivava, ao menos teoricamente, a defesa do território, a aplicação do Direito e a proteção da Igreja. Exercido, *a priori*, por meio de técnicas patrimoniais, regida por um direito de propriedade, o representante exercia sobre os demais uma série de atividades interventivas, principalmente, depois do final do século XI, houve uma ampliação das explorações e uma melhora dos sistemas de cultivo, que ocasionaram um excedente de produção agrário, por conseguinte, possibilitando o início das atividades comerciais e a ruptura da economia autárquica, base do sistema feudal.

Com a instalação da burguesia artesanal e comercial nos centros urbanos, originados pelo desenvolvimento das condições econômicas, passou-se a observar diferentes formas de intervenção dos que detinham a representação, mesmo entendendo ser essa intervenção um direito divino dos representantes e uma obrigação dos representados. Tais intervenções se impulsionaram com o processo de consolidação dos feudos, que se deu basicamente por três motivos: pelas campanhas militares – ora por motivação religiosa ora por motivação econômica; pela arrecadação tributária como instrumento imprescindível para manutenção de um exército; e pela montagem de uma burocrática estrutura para administrar ambos.

Dissolvendo-se dessa sociedade medieval pluralista, nasceu o Estado moderno, sob a forma de um Estado absolutista (século XVI e XVII). Esse Estado deixou de lado o aparato puro de dominação, alheio à sociedade, para passar a se interessar ativamente pela harmonia dessa, intervindo de forma crescente não só na economia, mas também na vida social, intelectual, religiosa etc. Pela primeira vez se tentou organizar e dirigir a evolução da sociedade, por isso o nascimento de um Estado chamado moderno.

Visualizou-se que esse Estado precisava de organizações burocráticas de maior complexidade (tesourarias, tribunais, assistência médica e religiosa etc.) e que o exercício do seu poder levou a enormes abusos. Não existia vinculação a qualquer tipo de norma que limitasse sua atividade, forçando os comuns a uma reação e o Estado a uma decadência. Nessa época, as intervenções, principalmente na economia, eram intensas e injustas, lembre-se, para tanto, o mercantilismo e sua política de acumulação máxima de metais preciosos, tráfico comercial, atividades de produção interior, exportação e contenção da importação.

Esse Estado evoluiu de um protótipo personalizado e absolutista, caracterizado pelo poder de direção ilimitado do monarca, para configurações mais avançadas, como a do tipo de Estado legalizado, sob a égide do Estado de direito. Tal Estado nasce com a forma de Estado de polícia, mas é apenas com o Estado legislativo de direito que se tem o momento em que o princípio da legalidade ganha projeção como critério exclusivo de identificação do direito válido e antes ainda existente, com independência de sua valoração como justo. Apenas com a subordinação da legalidade à Constituição, ou seja, somente quando a Constituição foi tida como hierarquicamente superior às leis como normas de reconhecimento de sua validade, é que se teve uma mudança para um Estado constitucional de direito, onde a Constituição não somente disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe a este, proibições e obrigações de conteúdo. Ambos os modelos, hoje, estão em crise, motivo pelo qual se vem falando de novo-constitucionalismo/neoconstitucionalismo, nova teoria do direito/pós-positivismo jurídico e no novo Estado/Estado de justiça democrático de direito.

Nesse contexto, modelos de Estado surgiram trazendo consigo fases evolutivas e cronologicamente distintas das formas de atuação e intervenção do Estado na economia, comprovando-se que a ligação do sistema econômico ao sistema político não é algo aleatório.

Apesar de ter sido marcado pelo acaso da conformação paleoliberal passiva do Estado na economia, sintetizada no “*laissez faire, laissez passer*”, o modelo de Estado liberal ou mínimo possui muitas formas de intervenção na economia. Além de muitas fórmulas indicativas e incitativas de intervenção não-prestacional na economia, foi durante o movimento da primeira industrialização – no período que vai do fim do século XIX ao final da década de 20, do século XX – que surgiu a Teoria do Serviço Público, desenvolvida pelo Conselho de Estado e pelo Tribunal de Conflitos Francês (*arrêt Terrier*, de 6 de fevereiro de 1903), que consagra a tese de serviço público, já esboçada com anterioridade pelo Tribunal de Conflitos Francês no célebre *arrêt Blanco*, de 8 de fevereiro de 1873, e desenvolvida doutrinariamente por Maurice Hauriou, continuada por G. Vedel, para, em seguida, ser complementada, ampliada e convertida na “*pedra angular do direito administrativo*”, por Leon Duguit, sobretudo, após, por seu discípulo Gaston Jèze.

A concepção clássica da noção de serviço público entendia que a função da Administração consistia na gestão dos serviços públicos. Leon Duguit compreendia que serviço público era uma obrigação jurídica que se impõe aos governantes, necessariamente, toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes.

Gaston Jèze tomou essa noção vaga e imprecisa e aplicou diretamente ao Direito Administrativo. Dizia existirem necessidades satisfeitas exclusivamente pela Administração, e outras satisfeitas pela Administração e por particulares, conjuntamente. Só não conseguiu resolver os problemas a respeito do que seria e do que não consistiria um serviço público. No entanto, salientava que se deveria ter em conta unicamente a intenção dos governantes.

Nessa época, foi constituída a chamada Escola de Bordeaux, que traçou contornos bem definidos para a noção de serviço público. Delimitando que este, além de ser prestado apenas pelo Estado (elemento subjetivo), tinha por objeto a satisfação de necessidades coletivas (elemento objetivo) e era sujeito a um regime jurídico exclusivo de direito público (elemento formal).

Assim, concluiu-se que, mesmo sendo regida por um modelo liberal de livre iniciativa, a intervenção do Estado na economia, como hoje se conhece, começou a se desenvolver nesse período. Com a evolução, esse modelo foi substituído por dois modelos intervencionistas: o Estado social ou intervencionista, assentado no modelo do Estado intervencionista e seu tríplice aspecto – distributivo, produtivo e providencial –, que tomou para si a tarefa de produção de riqueza

e sua distribuição pela sociedade, desconhecendo a propriedade privada e a autonomia contratual; e o Estado bem-estar, que, equidistante de ambos, buscou acolher elementos do Estado liberal e do Estado intervencionista. Tendo-se, portanto, uma livre iniciativa com intervenção em proveito da sociedade, uma tutela da propriedade privada com função social e um dirigismo contratual para correção de assimetria.

Esses modelos, contudo, incorporaram estruturas estatais excessivas e caras para o atendimento da sociedade, alargando em muito o papel, o tamanho e o custo da máquina estatal, gerando um cenário de mau atendimento e insatisfação. O Estado, por intervir mais, editava grandes números de normas jurídicas. Além da socialização, houve um fortalecimento do poder executivo, fazendo com que o Estado assumisse um papel de prestador de serviços, que apesar de ter posto fim às injustiças sociais geradas pela aplicação dos princípios incorporados pelo Direito Civil, trouxe consigo a prerrogativa de limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo. Paralelamente a estas transformações, observa-se, também, um acréscimo do Direito Administrativo, criando novos princípios e institutos que derrogaram postulados básicos do individualismo jurídico.

O modelo de Estado prestador de serviços cresceu de tal modo que passou a abranger atividades de natureza social e econômica, surgindo, com o tempo, uma maior necessidade de associação com o particular para prestar todas as atribuições que assumiu. É neste contexto que surge a terceira fase evolutiva e cronologicamente distinta dos serviços públicos, que é conhecida como a fase da crise da noção de serviço público, uma vez que os elementos bem definidos e traçados pela Escola de Bordeaux passaram a sofrer flexibilizações em seu elemento subjetivo, pois com essa evolução, apesar de a titularidade ter continuado nas mãos do Estado, sua execução passou a ser delegada a particulares, e, em seu elemento formal, uma vez que a execução era delegada a particulares, o regime jurídico passou a ser parcialmente de direito público.

Portanto, teve esse Estado que se moldar de outra forma para regular as atividades econômicas, criando para tanto diferentes, variadas e complexas maneiras de intervir na economia. O Estado fez com que instrumentos interventivos, como o planejamento, a concorrência, o fomento e outras modalidades de instrumentos surgissem para que a nova concepção de serviço público pudesse se desenvolver.

O surgimento de inúmeros novos modos de atuar e intervir na economia, que ocasionou, como referido, mudanças nos elementos subjetivo e formal da noção clássica de serviço público, não impossibilitou à doutrina de formular vários conceitos do que passou, então, a ser serviço público. Tais noções englobaram, apenas, os três critérios supracitados, variando de autor a autor a inclusão de outros elementos. Entende-se que, naquele período, serviço público era tido como toda atividade que a Administração efetuava de forma direta ou indireta sob normas e controles estatais, visando a satisfazer necessidades essenciais ao desenvolvimento da sociedade, objetivando sempre um interesse público, sobre regime jurídico total ou parcial de Direito Público, porém sempre com predominância deste último, com menção na Constituição ou em lei, desde que em consonância com os princípios fundamentais, gerais e setoriais da ordem econômica nacional e tendo o ente federativo competência para a sua instituição.

Dentro do contexto dos três critérios englobadores da noção de serviço público, surgem três correntes que cuidam da legitimidade para a instituição de serviços públicos: corrente constitucionalista, a qual entende que serviço público é aquele contido no corpo da Constituição, somente sendo possível instituí-lo mediante emenda constitucional; corrente-essencialista, que prefere enxergar serviço público onde houver necessidade relevante da população, a qual não possa ser atendida satisfatoriamente pela iniciativa privada; e corrente convencionalista-legalista, que entende que o conceito de serviço público depende de disposições constitucionais e/ou legais. Adota-se, então, um entendimento híbrido, afiliando-se ao que se chamou de corrente essencialista-legalista, uma junção da segunda e terceira corrente que entendem serem os serviços públicos possíveis de configuração, conforme sua essencialidade/necessidade e quando as expressas disposições constitucionais e/ou legais assim estipularem. Argumentando melhor, defendeu-se que se poderá qualificar como serviço público toda atividade que, essencialmente necessária, está expressamente disposta como tal na Constituição e/ou na lei.

Faz-se imprescindível, portanto, distinguir entre teoria do serviço público, técnica de serviço público e ideologia de serviço público para tentar desdobrar o alcance da noção-teoria de serviço público como teoria explicadora da essência do Direito Administrativo; técnica de serviço público, como técnica jurídica que busca garantir a prestação de certa necessidade nas que confluem um interesse público; e ideologia de serviço público, arraigada no convencimento de que há certas atividades que possuem um forte conteúdo de interesse público,

num contexto de solidariedade social, que obriga que seu desenvolvimento seja objeto de especial atenção por parte dos poderes públicos aos efeitos de assegurar sua prestação a todos os cidadãos em determinadas condições.

Hodiernamente, a busca de um Estado eficiente, com menos custos e melhores resultados, fez com que se começasse a afirmar que as características gerais da nova configuração contemporânea culminaram com o fim do chamado Estado moderno, engendrando o Estado pós-moderno, que tem, em sua concepção, uma reformulação do aparato estatal que abrange em si distintas gamas de Estados unidas em quatro segmentos: um primeiro segmento que diz respeito ao fortalecimento de laços de interdependência, onde tem-se o Estado enquadrado, o Estado competência e o Estado englobado; um segundo segmento que trata da redefinição das funções estatais, caracterizando-se o Estado garantia, o Estado regulador e o Estado protetor; um terceiro segmento relativo às atenuações ou mitigações das especificidades estatais, onde tem-se o Estado Desmitificado, o Estado Banalizado e o Estado reformado; e, por fim, um quarto segmento concernente à fragmentação da estrutura estatal, havendo-se o Estado policêntrico, o Estado territorial e o Estado segmentado.

Vivencia-se uma nova época e todas as transformações (o derrubamento dos Estados comunistas; a crise do Estado bem-estar e os problemas de competitividade e desempenho na maioria dos países com tradição industrial; as constantes guerras; a aparição de um novo terrorismo; a mudança do protagonista político; a experiência europeia de integração e cooperação; a busca de um Direito Universal; a importância da sociedade de conhecimento e de informação; a menor importância dos recursos naturais; o caráter imprescindível das infraestruturas; a revolução econômica - microeletrônica, informática, telecomunicações, ciência dos materiais, robótica, biotecnologia; os novos modelos de produção; o capital humano; o desmoronamento de diversos Estados, que gerou a multiplicação de autênticas emergências humanísticas; a infração galopante; o belicismo; a corrupção endêmica; a globalização; o crescimento da competitividade e da mobilidade financeira; e outras), ocorridas nas últimas décadas, culminaram mudanças que atualmente se veem refletidas na convergência de três institutos: legalidade, legitimidade e licitude, que se direcionam, necessariamente, para alcançar este bem-estar geral, detalhando e precisando, de várias formas e níveis, o conteúdo do interesse público de uma determinada sociedade. O primeiro como ordem ético-jurídica, de estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas aos cidadãos; o segundo, como ordem ético-política, de

estabilização do poder em torno de valores consensualmente aceitos; e o terceiro, como ordem ético-moral, de estabilização do poder em torno de uma moral de resultado voltada sempre às finalidades públicas, não se tolerando que vise a qualquer outra finalidade que as afastem ou as desvirtuem.

É evidente, portanto, que convergidos à ordem juspolítica-moral (legalidade, legitimidade e licitude), ter-se-á o interesse público. A interseção dessa ordem juspolítica-moral é o interesse público geral, aquele que é convergido por normas coativamente impostas, por valores consensualmente aceitos e por uma moral. Uma vez que um determinado objetivo unifica essas três estabilizações do poder, ter-se-á um interesse público que não se confunde com o somatório de interesses individuais de cada cidadão e de seus grupos, mas brota das diferentes necessidades coletivas surgidas no contexto de uma sociedade que decidiu unir-se para viver em conjunto. Dentro desse, haverá um outro interesse público, específico, definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei. Daí, porque, entende-se que o interesse público específico dependerá da matriz política de cada governo. Apenas esse vincula diretamente a Administração pública, deve essa, portanto, respeitá-lo, afinal, esse é o seu norte, o que justifica e o que dá fundamento à atividade administrativa. É onipresente em todas as atividades do Estado, é a razão de ser e justificação deste, onde sua capacidade de atuar estará sempre vinculada a esse fim, ainda que, em um sentido figurado ou amplo, haja a alusão ao termo “*liberdade*” no exercício de suas funções juspolítico-morais. Sem embargo, parece que, na atualidade, o espaço existente dentro do interesse público geral, mas fora do específico, também, vincula a Administração, porém de forma indireta. Apesar de vaga e imprecisa, a noção de interesse público geral, quando *in concreto*, cria a possibilidade de concluir o que é o interesse público com mais facilidade, por códigos de conduta, precedentes administrativos, reiteradas práticas, entre outros totalmente auferíveis.

O reconhecimento desses três institutos como convergentes, necessários, para alcançar o interesse público, possibilitou a aparição desse novo modelo de Estado, uma vez que fez surgir uma organização política submetida simultaneamente à lei – Estado de Direito – ao interesse público – Estado Democrático – e à moral – Estado de Justiça –, levando à construção do conceito, Estado de justiça democrático de direito. Além de ter possibilitado o deslocamento para a sede constitucional, da dicção fundamental do interesse público, remanescendo, ao legislador ordinário, a tarefa de especificá-lo, entendimento de um pós-positivismo jurídico. Igualmente, possibilitou uma propagação dos direitos

e garantias fundamentais, a onipresença entre princípios e regras, a nova força dos princípios, a Constituição como ordem de valores, a crescente consciência da cidadania, a necessidade de conexão entre direito e moral, etc. como consequências do neoconstitucionalismo.

Todo esse encadeamento assinala que a dogmática clássica, que tinha como característica jurídica a existência, a validade, a eficácia e a eficiência dos atos do poder público, demonstra-se insuficiente para a adequada descrição desses atos no atual contexto de um Direito ampliado por uma juridicidade de três dimensões: legalidade, legitimidade e licitude. Restava mais uma característica, a efetividade, ou seja, o atendimento satisfatório do interesse público, seja este geral ou específico. Esse novo cisma, ademais de se inquietar com o processo de decisão, passou, agora, a se preocupar com o resultado do decidido, isto é, a adição dessa quinta característica, a efetividade, destina-se a verificar se a ordem dos fatos reproduz, enfim, a contento, o que foi disposto na ordem jurídica. Introduce-se assim o resultado como parte integrante e essencial do conceito de interesse público, além de impor-se o ajustamento da atuação pública a uma série de parâmetros e características previamente concretas e determinadas, alcançando, assim, a boa administração.

Nesse panorama atual, o Estado passou a atuar e intervir de uma maneira muito mais equilibrada na economia. O Estado, nessa função, vem passando por um profundo processo de mutação.

Vistas as fases evolutivas e cronologicamente distintas das diferentes formas de atuação e intervenção do Estado na economia, e sendo sabedor de que o Estado brasileiro vivencia uma transição para uma modalidade pós-moderna com as características já mencionadas, passou-se a analisar a ordem econômica da Constituição brasileira de 1988, seus aspectos originais e sua atual configuração.

Formalmente, o Brasil possui uma Constituição que consagra um regime de mercado, optando pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência, tendo como princípio informador o da livre iniciativa, razão pela qual não pode o Estado, aleatoriamente, definir um serviço como público. São, pois, dois esteios da organização econômica brasileira: a livre iniciativa como liberdade de abraçar-se, manter-se e sair num ramo econômico ou profissional – distinta da liberdade de empresa, pois abrange todas formas de produção, não apenas evidenciando a forma de organização –, e a livre concorrência, como o asseguramento de que os êxitos de uns e os malogros de outros decorrerão do fator competência,

e não de práticas desleais, fraudulentas ou que conduzam a uma dominação do mercado. Daí porque, afirma-se que é imperativo da ordem econômica brasileira que tanto a iniciativa econômica quanto a concorrência sejam livres, estando o Estado proibido de atuar diretamente na economia, tendo em vista o princípio da abstenção, só podendo o fazer de forma subsidiária.

Tais princípios possuem, portanto, caráter de direitos fundamentais, que não se podem fazer efetivos simplesmente mediante a abstenção dos poderes públicos, devendo esses eliminarem as travas que impedem o livre desenvolvimento destes. Também possuem caráter relativo, pois não de ser modulados atendendo a outros valores e princípios e estão intimamente ligados ao direito de propriedade, vez que esses direitos são instrumentos essenciais nas mudanças da organização econômica e social vivenciadas ao longo dos séculos. Servindo-se de objetivos complementários, o direito de propriedade levou à generalização da livre disposição dos bens e à livre iniciativa, seguida pela livre concorrência, impulsionou à eliminação das travas de acesso ao mercado. Por último, tais direitos estão em contínua transformação e evoluem no curso do tempo. Em geral, todos os direitos experimentam constantemente as transformações, mas a livre iniciativa e a livre concorrência as fazem de forma mais acentuada e sempre atrelada às mudanças de modelos econômicos estatais. A modo de conclusão, pode-se afirmar que ambas as liberdades, livre iniciativa e livre concorrência, são direitos complexos e em contínua evolução, dessa maneira anunciando que as análises de sua eficácia jurídica exigirão ter em conta diversas variáveis e que seu grau de intangibilidade não será uniforme, não podendo se servir de simplificações e atentando sempre às diferentes nuances.

Ademais, nem o princípio da livre iniciativa nem o da livre concorrência possuem caráter geral e absoluto, devem ser ponderados com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto constitucional, como, por exemplo, o dever do Estado de promover o bem de todos (art. 3.º, IV) e a justiça social (art. 170, *caput*). Desse modo, estão sujeitos a restrições e limitações indispensáveis à preservação de outros princípios constitucionais. Porém, por ser a livre iniciativa um fundamento da República e um princípio fundamental da ordem econômica brasileira, as restrições a tais liberdades têm caráter excepcional e somente podem emergir das hipóteses expressamente previstas na própria Constituição ou implicitamente autorizadas por ela.

Assim, uma das conclusões que se pode auferir é que existem distintos níveis de garantias dentro do conteúdo de ambos os princípios (livre iniciativa e livre

concorrência). As suas garantias são diretamente proporcionais à valoração que mereça seu exercício nos distintos casos concretos, analisando-os por meio de seu sujeito ativo, da natureza jurídica da atividade ou qualquer outro critério. Diferem assim de conteúdo, mas são sempre complementários. Dependendo da atividade, dar-se-á maior ou menor proteção, que dependerá diretamente do maior ou menor interesse público. Assim configura-se porque as atividades não são homogêneas, não se podendo tratar de forma igual o que é desigual.

O Estado está proibido de atuar no mercado no que tange à produção de riquezas (art. 170, CRFB), podendo fazê-lo apenas de forma suplementar. Apenas pode atuar na economia quando estiver diante de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, CRFB). Deseja a Constituição que o Estado atue como agente normativo e regulador da atividade econômica, atuando de três formas: fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, CRFB), justificando, inclusive, porque o Estado brasileiro é hoje fundado na livre iniciativa (art. 1.º, IV, 5.º, XIII e art. 170, *caput*, todas da CRFB), havendo de notar que é a noção de serviço público que polariza a discussão sobre a extensão do papel do Estado na economia. A intervenção do Estado na economia, em maior ou menor grau, reflete-se nos modos de se organizar os serviços públicos.

Se a prestação de serviços públicos é vital para o desenvolvimento e alcance dos fins do Estado; por outro lado, o Estado somente estará legitimado a desenvolver atividades econômicas quando a sociedade se mostrar incapaz, por seus próprios meios, de atingir sua satisfação pessoal ou a atividade se apresentar impositiva para toda a coletividade, por imperativos de sua própria existência e evolução. Por isso entende-se que serviços públicos, são prestações, frise-se, transferidas da sociedade para o Estado, tendo em vista o reconhecimento dos indivíduos acerca da impossibilidade de exercerem, por si mesmos, tais atividades. Portanto, entende-se que declarar determinada atividade como serviço público porta consigo uma restrição ao direito à livre iniciativa, afinal a iniciativa privada fica sujeita a um título habilitante.

Neste contexto, observa-se a transferência para o poder público da competência para a prestação dos serviços públicos (art. 175, CRFB), enquanto o desenvolvimento das atividades econômicas conservou-se no âmbito da iniciativa privada (art. 1.º, IV, 5.º, XIII e 170, *caput*, CRFB). Motivo pelo qual se observou ser de extrema importância diferenciar serviço público de atividade econômica em sentido estrito. Tal diferença ainda é pertinente, na medida em que se faz necessário saber onde o Estado deve estar presente, e quando a sua presença, no

exercício de dada atividade, constitui-se em violação ao princípio da subsidiariedade e da abstenção, por afrontar a esfera de liberdade reservada constitucionalmente à iniciativa privada. E mais, saber se determinada atividade constitui ou não serviço público é de fundamental importância para determinar-se a disciplina jurídica a ela aplicável.

Em meio a essa conjuntura, o Estado brasileiro vem sendo edimentado e fortalecido por uma reforma realizada por muitas emendas constitucionais e pela reformulação e criação de novas leis, que transformaram por completo a atuação e intervenção do Estado na economia. Procurou-se adotar uma postura neutra, reconhecendo o papel da iniciativa privada na economia brasileira, buscando atrair investidores atuando como promotores de seus espaços (*Marketing Público*), para que o possam “*utilizá-los*” com o intuito de impulsionar e desenvolver áreas econômicas e sociais do país e, por fim, proteger o investidor com a finalidade de lhe conceder segurança jurídica, tudo conforme preconiza o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência.

Assim, sob esse novo contexto de transição para um Estado pós-moderno, demonstrou-se uma nova configuração das formas de atuação do Estado brasileiro na economia. Utilizando-se de base a classificação doutrinal predominante se entendeu que na atualidade a denominada atividade econômica em sentido amplo, gênero em que estão enquadradas todas e quaisquer atuações estatais na economia, divide-se numa única alternativa cuja atuação será configurada ou como um serviço público ou como uma atividade econômica em sentido estrito.

Evidenciou-se, por conta da fragmentação de uma atividade em diversos segmentos, o fato de que: configurar certa atividade como atividade econômica em sentido estrito, não exclui a possibilidade de que em outro segmento essa mesma atividade seja configurada como serviço público. Com o desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva e o estabelecimento de concorrência em diferentes fases das atividades, o que se observa atualmente é a diversidade numa mesma atividade de naturezas jurídicas de determinados segmentos desta. Não se pode mais falar que determinado setor é ou não um serviço público, deve-se estudar seus segmentos separadamente para só então defini-lo ou não como tal.

As distintas naturezas jurídicas das formas de atuação do Estado na economia podem ser subclassificadas em espécies mais específicas que apenas serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Essa é a classificação hoje existente, inclusive a mais difundida. No entanto, não significa

que seja uma classificação boa. Não o é, pelo contrário. Essa dicotomia é péssima para continuar classificando as atividades econômicas que o Estado realiza. Inclusive, frisa-se, tal classificação diz respeito apenas a atuação estatal e, lembra-se, a regra é a livre iniciativa. As atividades econômicas devem ser realizadas, *a priori*, pela iniciativa privada. Infelizmente, como se poderá perceber a partir da explicação das espécies, daqui em diante, que tal classificação dual não ajuda a explicar a diferença entre os regimes jurídicos, muito pelo contrário, muitas vezes dificulta.

Os serviços públicos podem ser privativos, ou seja, de titularidade própria do Estado, mas que admitem delegação. Não se usa o termo exclusivo, pois esse denota algo indelegável, o que não é o caso. Tais serviços atualmente ainda podem ser classificados de acordo com sua forma de prestação, ou seja, ainda podem ser tidos como prestados em regime privado ou em regime público.

Quando determinado serviço for considerado como essencial, deverá ser prestado, no mínimo, por um operador em regime público, admitindo, porém, prestação simultânea do regime privado com o público. Estará, então, sujeito a dois deveres: um de universalização (objetiva permitir o acesso aos serviços por qualquer pessoa, independente da localização do seu domicílio ou da sua condição pessoal, social ou econômica) e outro de continuidade (objetiva permitir ao usuário dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas e em condições adequadas de uso, qualidade, segurança e regularidade). Quando determinado pelo órgão regulador, o operador em regime público deverá prestar, mediante remuneração justa, os serviços de interesse social, recebendo remuneração para tanto, que deverá, no mínimo, cobrir os custos da prestação dos serviços, conforme critério a ser definido pelo órgão regulador. São espécies denominadas de compensação por obrigação de serviço público, as quais terão como forma de financiamento três mecanismos: serviços reservados que poderão ser explorados unicamente pelo operador do serviço público prestado em regime público; fundo de financiamento que contribuam os operadores em regime privado; ou outorga de subsídios públicos.

Quando os serviços forem considerados não essenciais, ou seja, que não comporão um conjunto mínimo garantido pelo Estado, serão prestados exclusivamente em regime privado. A exploração de serviços em regime privado se baseará nos princípios constitucionais da atividade econômica, o que, ressalta-se, não isenta os operadores nessa condição da ação regulatória do órgão regulador.

São tais serviços delegados por autorizações vinculadas. Tidas, até pouco tempo, apenas como atos administrativos unilaterais, precários e discricionários, quando passaram a ter um *status* de ato vinculado. Essa autorização hoje é expedida pelo órgão regulador, sendo sempre onerosa. Não possui um prazo de vigência e será extinta somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação. Pode, porém, o órgão regulador limitar, excepcionalmente, o número de autorizações para exploração de um serviço em uma dada região, sempre que a preservação do serviço ou as condições de competição assim determinarem. Ocorrendo essa limitação, os delegatários serão escolhidos mediante procedimento licitatório.

O operador será livre para fixar seus preços e caberá a ele somente manter o órgão regulador informado. Por conseguinte, o operador explorará por sua conta e risco, sem direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das suas atividades.

Não se pode confundir a titulariedade com a prestação. A classificação do Eros Roberto Grau diz respeito à titulariedade do serviço e a divisão aceita e realizada pela doutrina ao diferenciar os serviços públicos privativos prestados em regime público e em regime privado parece esquecer disso.

Percebe-se que não importa, aqui, se o prestador do serviço é público ou privado. Entende-se, por adotar a corrente essencialista-legalista que os chamados serviços públicos privativos prestados em regime privados não podem ser serviços públicos, pelo simples fato deles não serem essenciais. O regime jurídico conferido a tais atividades é aquele inerente as atividades privadas. Sendo assim, considera-se tais atividades como atividades econômicas de interesse público que pela utilidade que possuem dependem de um título habilitante, no caso a autorização vinculada mencionada. Isto não significa que pela importância existente certas obrigações de serviços públicos não possam ser a eles impostas.

Nesta edição passou-se a defender que existem cinco espécies de atividades econômicas em sentido amplo e, por conseguinte regimes jurídicos. Além dos serviços públicos privativos, no qual é aplicado o regime jurídico de direito público e todas as obrigações inerentes ao serviço público são a eles aplicados (generalidade, continuidade, regularidade, eficiência, cortesia, modicidade, atualidade, entre outros), tem-se os serviços públicos não privativos, onde o poder público e a iniciativa privada podem, simultaneamente, exercê-las por direito próprio, porquanto de titularidade de ambos. Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer

tais atividades independentemente de qualquer título habilitante de delegação pelo poder público. Isto não significa, no entanto, que o Estado, não possa delegar à iniciativa privada seu exercício, afinal, também é titular e pode decidir pela prestação indireta do mesmo. Neste caso, o particular atuaria em nome do Estado, mas nada impediria que o mesmo não o executasse em nome próprio, afinal, também é titular.

Percebe-se, que nesta nova classificação quanto à titularidade não se diferencia mais o regime dos serviços públicos privativo em público e privado. Como visto, o regime privado não pode ser considerado serviço público por se adotar a corrente essencialista-legalista. Isto não significa que esse posicionamento não esteja livre de polêmicas. Como visto, há quem entenda se tratar, ainda assim, de serviço público, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor (elemento subjetivo). Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de atividade econômica em sentido estrito, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária, aqui adotada a partir dessa edição, que define tais atividades, quando prestadas pelo regime jurídico de direito privado, como atividade econômica de interesse público, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as clássicas atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos.

Já no que diz respeito aos serviços públicos não privativos, se prestado pelo Estado, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos que poderão ser realizados de forma direta ou indireta. No entanto, assim com acima descrito, a doutrina também diverge quando o serviço público não privativo forem prestados pela iniciativa privada. Há também aqueles que entendem ser um serviço público, aqueles que entendem ser atividades econômica em sentido estrito e os que defendem que são na verdade atividades econômicas de interesse público. Neste caso, como já desenvolvido no ponto específico deste capítulo, entende-se tratar de uma serviço público com regime flexibilizado, é dizer, nem todas as obrigações de serviço público serão impostas a estes, mas apenas algumas delas.

Conclui-se, então, pela existência de uma nova categoria chamada de atividade econômica de interesse público, atividade *sui generis* que devem receber proteção estatal em razão do interesse da sociedade nas atividades

e que, por essa razão, atrai a incidência de algumas normas do regime jurídico de direito público.

De maneira oposta aos serviços públicos privativos, têm-se os serviços públicos não-privativos, que possuem uma dubiedade de titulares, comum ao Estado e ao setor privado, sendo que este último pode exercer de forma paralela ou complementar ao poder público. A iniciativa privada os presta livremente, não necessita de delegação, afinal, é titular do serviço, ou seja, desempenha-o independentemente de concessão, permissão ou autorização. O fato de não existir título habilitante, não lhe exige a fiscalização do poder público, que a efetua no exercício normal de sua polícia administrativa. Essas atividades apenas se caracterizam como serviços públicos se forem prestadas pelo Estado. Logo, a configuração biforme de prestação não autoriza a ilação de que, por tal motivo, estariam tais atividades descaracterizadas da categoria serviço público.

Fica consagrada uma tripla possibilidade: prestação exclusiva do Estado; prestação pelo Estado com a participação do particular; ou prestação pelo particular. Nos dois primeiros casos, não se tem dúvidas que se estará diante de um serviço público não-privativo, uma vez que seu desempenho se constitui em um dever para o poder público. Agora, quando prestados pela iniciativa privada, a exploração que seria concomitante, é tida, para alguns, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada.

Crê-se que determinada atuação no mercado ou se caracteriza como serviço público não-privativo ou como atividade econômica em sentido estrito, sendo coisas totalmente diferentes, não podendo ser equiparadas. Se o particular prestar um serviço não-privativo, será ele regulado pelas regras consoante a tais serviços e não a regras da atividade econômica em sentido estrito. Nesses serviços considerados públicos não privativos existe uma flexibilização do regime jurídico público, estabelecendo-se apenas algumas das obrigações de serviços públicos.

Desse modo, por mais que em determinadas atividades a iniciativa privada preste um determinado serviço, sem nenhum título habilitante específico – nos casos dos serviços públicos, a permissão ou a concessão, por exemplo – poder-se-ia imaginar que faltaria um dos elementos essenciais do conceito de serviço público, qual seja o elemento subjetivo que se configura na prestação pelo Estado ou por seu delegatário. No entanto, o que existe nesses casos não é uma simples delegação, mas sim a própria titularidade do serviço. Como afirmado, o particular e o Estado exercem a titularidade de maneira concomitante, sendo

considerado como serviço público pela corrente essencialista-legalista, a qual se adota no presente trabalho.

Todavia, é verdade que tal solução não se demonstra de todo razoável, pois haverá uma mescla entre os regimes jurídicos aplicáveis ao particular que os prestam. Por mais que sejam considerados serviços públicos, poderão, quando prestados pela iniciativa privada, almejar o lucro, ao contrário do que acontece com o prestador público do serviço, cujo único objetivo é o atendimento do interesse público. Assim o fará como qualquer prestador de atividade econômica em sentido estrito, mas asseverar que se caracteriza como modalidade dessas, parece exagerado.

Por fim, a atuação estatal na economia, consoante às atividades cuja natureza jurídica seja de atividade econômica em sentido estrito, pode ser sub-classificada como monopolizada ou não-monopolizada. As atividade econômica em sentido estrito monopolizada podem ser ou não flexíveis, ou seja, existir um regime de competição entre empresas que se dispõe em disputar, num procedimento licitatório, determinadas contratações, e as atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada pode ou não ser exclusivas, no sentido de existir algum título habilitante que impeça à iniciativa privada ter acesso livre à atividade.

Determinada atividade é considerada monopolizada se a empresa que a realiza possui o controle da produção e de preços na sua aceção mais ampla, portanto, ao menos economicamente, não significa um único vendedor. Porém, quando se refere à forma de atuação do Estado na economia, denominada como atividade econômica em sentido estrito monopolizada, estará ele exercendo um poder de atuar com exclusividade no mercado, como único vendedor. Caracteriza-se, assim, tal atuação pela ausência da concorrência e a imposição do preço pela vontade unilateral do único vendedor, que é o Estado. Tais atividades não apenas passam a ser exercidas pelo Estado, de forma que os particulares estão impedidos de explorá-las. Logo, não se pode confundir o termo monopólio com o termo privilégio. O monopólio é sempre exclusivo e excludente dos demais interessados; o privilégio pode ser exclusivo ou não. Privilégio é gênero, do qual o exclusivo e o monopólio são espécies. O privilégio exclusivo está para o serviço público assim como o monopólio para a atividade econômica em sentido estrito.

A Constituição brasileira de 1988 não é favorável aos monopólios. A atual Constituição não deseja que o Estado atue como empresário, mas, sim, como agente normativo e regulador da atividade econômica, trazendo, portanto, uma

nova visão da ordem econômica e do papel do Estado, diferente do que ocorria com a Constituição Federal de 1967/69 (art. 163), onde o legislador ordinário em matéria econômica possuía ampla competência, podendo intervir no domínio econômico e até criar monopólio. Por ser mais analítica que sua antecessora, a atual Carta Magna apresenta a vantagem de haver reduzido o uso de fórmulas excessivamente genéricas dos arts. 163 e 167, que regulavam o sistema de intervenção do Estado na atividade econômica. Atualmente, embora multiplicados, ao menos restaram bem definidos, *numerus clausus*, e apenas um dispositivo trata agora, e com maior restritividade, da atuação (art. 173). A Constituição de 1988 restringiu a possibilidade de interferência do Estado na ordem econômica, não mais falando de intervenção, todavia de atuação.

Ademais, a atual Constituição ampliou os monopólios, levando a crer que uma lei federal não pode mais instituí-lo, como fazia o art. 163 da Constituição de 1967/69, e apenas as atividades enumeradas no art. 177 da atual Constituição são monopólios estatais, ou seja, são monopólios legais ou de direito. Desse modo, pode-se dizer que a atividade econômica em sentido estrito monopolizada é uma situação excepcional, que hoje a Constituição não admite que seja reproduzida pelo legislador ordinário. Tal forma de atuação só convive com o princípio da livre iniciativa, com o qual se confronta, por força do princípio da unidade, pelo qual todas as normas constitucionais originárias têm a mesma hierarquia e harmonizam-se, por meio de uma interpretação sistemática de modo a garantir a integridade do texto.

Por sua ordem, as atividades econômicas em sentido estrito não-monopolizadas são aquelas em que o Estado atua como agente econômico. Nesta forma, o Estado atua em condições de igualdade com a iniciativa privada. É mais um empresário da atividade, não havendo qualquer impedimento à iniciativa privada de ter acesso à atividade econômica. Atua em regime de concorrência com os particulares. Tal forma é excepcional, afinal, só se admite sua criação por lei no caso de imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173 da CRFB). Vê-se assim que, apesar de ser uma forma menos gravosa para a livre iniciativa, ela também a prejudica.

Cabe, ainda, mencionar que a atividade econômica em sentido estrito também pode ser classificada em função da imperatividade ou não da intervenção. De fato, existem atividades econômicas que a Constituição expressamente determina que o Estado desenvolva, são os casos das formas de intervenção participativa impositiva. E há, por outro lado, o art. 173 da Carta, que veicula

cláusula geral permitindo que a lei, atendidos os pressupostos constitucionais (imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo), decida a respeito da exploração de determinada atividade econômica pelo poder público, são os casos das formas de intervenção participativa concorrencial.

Mesmo com essa conjuntura e definições, certo é que não há uma definição do que seja a atividade econômica em sentido estrito. Tal se define por exclusão, ou seja, o que não for serviço público é atividade econômica em sentido estrito. Daí, porque, tanto se estudou o serviço público, para se verificar qual o âmbito de atuação do poder público.

A maior inserção aportada a essa classificação está dentro dos chamados serviços públicos privativos, os quais são, atualmente, divididos por modalidade de prestação, uma relacionada a um regime público e outra a um regime privado.

São esses serviços uma das grandes novidades do direito administrativo brasileiro, pois consistem em atividades caracterizadas constitucionalmente como serviços públicos, mas infraconstitucionalmente como atividade econômica em sentido estrito. Ou seja, uma vez estabelecida a atividade como serviço público, é o ente regulador que irá determinar o regime jurídico a ser implementado, com vistas sempre na busca da eficiência. Esse estabelecerá os deveres, direitos e condicionamentos tanto para os operadores quanto para os usuários de ambos os regimes: público ou privado. Serão coibidos comportamentos que prejudiquem a prestação do serviço essencial ou que prejudiquem a competição livre, ampla e justa entre operadores. Os operadores deverão manter o ente regulador informado dos valores cobrados e dos descontos praticados para os serviços que explorem, para tanto se sujeitaram a diversas obrigações. Inclusive, há de se destacar que essa classificação, dos diferentes serviços públicos, com variados índices de publicização (regime público e privado), foi aprovada pelo STF no julgamento da medida liminar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, ADIN n.º 1668. Nesta ADIN, o STF apreciou a possibilidade prevista no art. 65 da Lei Geral de Telecomunicações de Serviços de Telefonia de a mesma modalidade ser prestada concomitantemente em regimes distintos (público e privado). Ainda aguarda-se o julgamento final, porém se crê que o STF manterá sua posição, apesar da medida liminar não ter sido aprovada por unanimidade.

A consequência dessa nova formulação outorga a noção de serviço público uma elasticidade que diante das transformações vivenciadas pudesse se adaptar a modernização ocorrida nos últimos anos, visto que suas antigas fórmulas vinham indicando que o Estado, com o perfil até então adotado, envelheceu.

Outra grande inserção aportada está na flexibilização ou não da atividade econômica em sentido estrito monopolizada e na exclusividade ou não da atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada

Essa diferenciação de um regime público e outro privado, bem como de eventual flexibilização ou exclusividade, ocorreu no contexto brasileiro como uma tentativa de aproximação ao modelo europeu, porém não uma equivalência, tendo em vista as distinções sociais, econômicas, culturais, etc. existentes entre ambos. É essa a quarta, e atual, fase da noção de serviço público.

Diante dessa nova configuração de Estado e suas transformações, o Direito Comunitário impôs uma nova postura diante do setor tradicionalmente regido pelo regime de direito público, deixando que as regras de direito privado e a lógica de mercado fossem respectivamente o fundamento e o vetor do novo serviço público.

Na verdade, a busca por uma comunidade de livre circulação de bens, serviços, capitais e de pessoas, trouxe consigo a adoção de um modelo econômico concorrencial do tipo liberal que atingiu diretamente a noção de serviço público.

Foram, assim, revistas as reservas de mercado e os monopólios do setor público, buscando-se abrir tais setores à competição, à luz do princípio da subsidiariedade uma vez que a União Europeia “*empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva*” (art. 3.3 do TUE).

Isso operou grandes modificações no estudo da Ciência do Direito Administrativo e na Ciência da Administração no que toca à prestação de serviço público. Tais mudanças não ocorreram de forma brusca. O Tratado de Roma, num primeiro momento, não levou em consideração a noção de serviço público (única menção era o art. 77, atual 93) – dizia-se à época que o tratado deixara aberta a discussão sobre o tema para posterior apreciação. Entendendo-se, como se pode verificar no desenvolver dessa conclusão, que tal pensamento demonstra uma total ingenuidade de quem o expõe – porém, criou uma novidade no capítulo sobre as regras de concorrência (art. 90, §2.º, atual 106.2): o serviço de interesse econômico geral (SIEG).

Tal inovação não chamou a atenção dos aplicadores do direito por pelo menos 30 anos, passando ignorado até as duas grandes revisões do Tratado de Roma (Ato Único Europeu, em 1986 e o Tratado da União Europeia, em 1992). Somente a partir da década de 90 do século XX, que começaram a surgir intensos debates e de construções teóricas sobre os SIEG.

Porém, foi somente com a decisão de uma série de julgados do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, principalmente a decisão *Corbeau*, de 19 de maio de 1993 (sobre a prestação de serviços postais), e da decisão *Commune d'Álmelo*, de 27 de abril de 1994 (sobre a distribuição de energia elétrica), que houve uma minirrevisão judiciária do conceito de SIEG, originando, em 26 de setembro de 1996, a primeira Comunicação sobre o SIEG, a COM (1996) 281/03, que após foi atualizada pela COM (2000) 580, de 20 de setembro de 2000, a qual, depois de pouco mais de um ano, em 17 de outubro de 2001, sofreu nova modificação pela COM (2001) 598. Todo o produto da ampla discussão do tema SIEG resultou na redação de um novo dispositivo, o art. 16 (atual art. 14), que trata dos SIEGs como um valor comum da União Europeia.

Os objetivos das comunicações eram fazer com que os Estados-membros definissem quais são os SIEGs e de que modo serão operados. Para isso, a comissão procurou oferecer suficiente subsídio teórico através desta comunicação.

Além desses importantes instrumentos, também se editou um Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral (COM (2003) 270, de 21 de maio de 2003) e um posterior Livro Branco sobre Serviço de Interesse Geral (COM (2004) 374), de 12 de maio de 2004), além da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que contempla, no art. 36, a garantia de respeito ao acesso aos SIEGs.

De todos esses documentos, depreende-se uma consignação genérica, denominada serviços de interesse geral, que se divide em serviços de interesse não-econômico geral e serviços de interesse econômico geral. São serviços de interesse geral as atividades (comerciais ou não) cuja generalidade dos cidadãos utiliza traduzindo-se, para eles, numa verdadeira necessidade a uma completa vivência social. Assim, SIG será aquele que satisfaça necessidades básicas da generalidade dos cidadãos, sejam elas econômicas, sociais ou culturais e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos. A qualificação de um serviço como de interesse geral será sempre atribuída em função de um determinado nível de desenvolvimento da sociedade (logo, o conceito irá evoluindo). Os serviços de interesse não-econômico geral possuem como titular o Estado e são prestados sob o influxo preponderante de normas de Direito Público. Porém, não estão sujeitos às obrigações de universalidade e continuidade. E os serviços de interesse econômico geral são apenas as atividades econômicas cujo desenvolvimento está relacionado ao atendimento de determinada demanda ou anseio da sociedade. São aquelas atividades reservadas à livre iniciativa, mas que independem de quem a realize. Serão qualifica-

das como SIEG as atividades que assim forem designadas internamente pelos Estados-membros. Tais serviços se desdobram em dois conceitos: o serviço econômico (atividade suscetível de ser exercida por um particular que se encontra em situação de concorrência) e a missão de interesse geral (cumprimento de prestações que não seriam desenvolvidas por um operador guiado unicamente pela obtenção de lucro).

Nesse contexto de nova configuração da noção de serviço público, surgiu, além dos conceitos já expostos, o conceito de serviço universal, tido como subespécie dos SIEGs, que agrega os princípios gerais dos tidos tradicionais serviços públicos (continuidade, igualdade, adaptabilidade, entre outros). Esses serviços possuem um regime jurídico especial. Todo SIEG é acompanhado de uma previsão de garantia de manutenção e desenvolvimento de um serviço universal. Estes serviços abrangem uma proteção ao indivíduo/usuário do serviço e do prestador do serviço. Proteção ao usuário, na medida em que garante a ele o acesso a um serviço básico, mínimo, de um determinado setor. E ao prestador, pois, garante um mecanismo de compensação financeira. Tal serviço é na verdade uma obrigação de serviço público afeta aos SIEG.

Com base nas noções aqui tratadas, percebe-se que o conceito comunitário de serviço de interesse econômico geral é a manifestação da ideologia do serviço público, já que esse conceito parte de reconhecer que em determinadas atividades econômicas possuem características de essencialidade no que diz respeito às necessidades dos cidadãos que podem justificar exceções ao princípio da livre concorrência. Onde falhe o mercado para garantir certos níveis de prestação dos serviços qualificados como de interesse econômico geral, os poderes públicos devem intervir para garantir o acesso de todos os cidadãos a esses serviços essenciais. Há, em verdade, novas técnicas de serviço público, pois reformulou-se a noção de serviço público como título de intervenção pública para materializar a ideologia do mesmo, permitindo-se englobar diferentes técnicas para garantir sua melhor adequabilidade. Ou melhor, entende-se o serviço público como uma ideologia cujo fim não é outro senão compatibilizar os postulados de livre mercado com a consecução de determinadas missões públicas.

Vê-se, desse modo, que o serviço de interesse econômico geral envolve a ideia de suprir necessidades públicas, embora seja submetido à livre iniciativa e concorrência, que são as regras do mercado. Pode, porém, sofrer condicionamentos ou incidência de obrigações afetas aos serviços públicos, como a obrigação de prestação do serviço universal, por meio da regulação específica, dada

a relevância social de tais atividades. Isto porque são serviços que satisfazem necessidades básicas.

Conclui-se, dessa maneira, que a velha noção de serviço público francês foi integrada ao direito comunitário por via dos conceitos explicitados, não significando a inexistência de mais um conceito de serviço público, mas que ele sofreu adaptações necessárias à sua manutenção na ordem jurídica. O grande elemento caracterizador do serviço público passou a ser a obrigação de assegurar o acesso generalizado de todas as pessoas a determinadas prestações essenciais, de qualidade e a um preço razoável, o que evidencia uma aproximação do sistema francês e não o seu desaparecimento, uma vez que a clássica noção de serviço público referia ser este uma obrigação dos governantes, conseqüentemente, devendo ser regulado, assegurado e controlado. O que a UE e, por conseguinte, o Brasil fizeram foi retomar essa noção, tendo em conta as transformações vivenciadas nas últimas décadas e a influência do sistema capitalista americano dos *public utilities*. A noção de SIEG e serviço público prestado em regime privado é, portanto, um regresso ao clássico conceito de serviço público. Trata-se do fim de mais uma época, e o começo de uma retomada ao que Leon Duguit havia previsto no início do séc. XX. Se for verdade que se retorna a um liberalismo (neoliberalismo), mesmo que de maneira diferenciada, certo é que, novamente, a noção de serviço público se adequará à nova forma de Estado, retomando, com suas devidas adaptações, a noção de Leon Duguit.

Analisada as diferentes formas de atuação do Estado brasileiro na economia, passou-se a tratar das formas ou modalidades de intervenção do Estado na economia. Partindo-se de uma denominação genérica de intervenção econômica, oito são as possibilidades que poderão se configurar quando o Estado intervém. Duas grandes formas totalmente divergentes são possíveis: prestacional, quando atua diretamente na economia, explorando determinada atividade econômica; e não-prestacional, atuando sobre a economia, não exercendo assim nenhuma atividade econômica de maneira direta. Cada uma dessas alternativas possui suas devidas subclassificações.

Dentro dessas duas grandes modalidades de intervenção, muitos são os instrumentos utilizados pelo Estado ao intervir na economia. Para tanto se elencaram instrumentos de centralização, como a nacionalização, estatização, monopolização, privilégio exclusivo e reserva de mercado e de descentralização, como a outorga e colaboração. Ademais, também tem-se como instrumento: o poder de polícia, em suas quatro modalidades: ordem, comando, fiscalização e sanção; o planejamento, desde a formulação, condução e gerenciamento de

políticas; a função distributiva, no sentido de alocação de recursos; a função propulsiva de fomentador da economia; a função regulatória, no sentido de disciplinatória do mercado; e a função concorrencial ou de repressão ao abuso de poder econômico.

Dentro da intervenção prestacional, o Estado poderá atuar de forma absorviva ou participativa. Quando atuar absorvendo determinada atividade para si, poderá o Estado assumir integralmente o controle dos meios de produção, atuando exclusivamente na atividade, em regime de monopólio/privilégio exclusivo, ou parcialmente, quando reserva determinada parcela do mercado. São, portanto, três as possibilidades de intervenção prestacional absorviva: exclusiva, que seria a exploração de toda uma atividade, por completo e não apenas um segmento ou parte da atividade, normalmente, instrumentalizada pela nacionalização, estatização ou socialização de determinada atividade; completa, que seria a monopolização ou o privilégio exclusivo de determinado segmento da atividade, não se trata de uma completa atividade, mas sim de um segmento inteiro dentro da atividade; e parcial, que seria a reserva de mercado de certa parte do segmento de determinada atividade econômica.

O Estado tem se mostrado incapaz, não só de realizar os investimentos necessários à melhoria de determinados setores, como também de gerenciá-los de forma empresarial, ocasionando a busca por mecanismos capazes de sanar tais males. Um deles é a participação conjunta com a iniciativa privada de determinada atividade. Na intervenção prestacional participativa, o Estado, também, atua como agente econômico, como sujeito próprio de direitos e deveres dentro de alguma parte, segmento ou toda uma atividade da economia. O Estado intervém de maneira participativa quando exerce determinada atividade paralelamente com a iniciativa privada, convocando a iniciativa privada à colaboração, à parceria. Ambos, Estados e iniciativa privada, somam esforços e ações para culminar num objetivo único: o interesse público. Pode o Estado aqui estar sendo obrigado constitucionalmente ou não, participa, no primeiro caso, de forma impositiva; e, no segundo, de forma concorrencial. Quando atuar em regime de competição com empresas privadas, propondo-se a disputar determinado setor com o privado, estará realizando uma participação concorrencial. Agora se por uma imposição constitucional/legal intervém em determinada atividade paralelamente com a iniciativa privada, sua participação será impositiva.

Dentro de cada uma dessas cinco formas de intervenção prestacional existentes, pode o Estado se associar à iniciativa privada ou não para sua realização.

Quando decide se associar, o faz por meio do instrumento interventivo da descentralização por outorga ou por colaboração. No primeiro caso, haverá uma associação quando o Estado criar uma Sociedade de Economia Mista, pois o particular será sócio do Estado na empresa. Criando uma Empresa Pública para a prestação de determinada atividade, ter-se-á uma intervenção não-associativa, pois estas empresas têm como único acionista o Estado. Já na descentralização por colaboração, sempre haverá associação, pois o particular – estranho à estrutura da Administração pública – é chamado a colaborar com o poder público naquilo que é de seu mister, de forma transitória, recebendo mera execução de tarefa cujo titular é o contratante. Essas descentralizações administrativas nada mais são que distribuição de competências, que podem se dar tanto para entidades da Administração indireta como para particulares.

Sabe-se que o Estado tem aptidão para manifestar vontades. Sua concretização se realiza por meio do exercício das funções constituinte, reformadora, política, legislativa, jurisdicional e administrativa. Todas essas funções estatais possuem um caráter regulador, motivo pelo qual se entendeu que todas realizam intervenções não-prestacional na economia, sendo a regulação o mecanismo existente para a mesma.

Regulação é um conceito amplo, com grande fluidez conceitual. É espécie de intervenção do Estado na economia que visa orientar o comportamento dos agentes econômicos para resultados que possam beneficiar toda a coletividade. Designa toda e qualquer operação externa pela qual o agente econômico se vê obrigado a alterar a sua conduta.

A função normativa reguladora engloba a função constituinte reguladora, a função reformadora reguladora e a função legislativa reguladora que são materializadas por meio de normas escritas, ou seja, por meio de proposições normativas impositivas, permissivas ou proibitivas emitidas de maneira formal e solene pelas autoridades públicas e que são publicadas como tais nos Diários Oficiais. A função política regulatória realiza, quiçá, a intervenção não-prestacional mais importante de todas, apesar dos atos políticos não se projetarem de modo direto e imediato para fora do universo público. É inegável que, no Estado, praticam-se atos que são anteriores às normas jurídicas ou independentes delas. São esses atos os realizados pela função política regulatória, definindo-se à orientação governativa em debates parlamentares ou conselhos de ministros, estabelecendo programas de ação ou fixando objetivos que posteriormente serão prosseguidos por normas jurídicas. Exercida pelos órgãos superiores do Estado define ideais

coletivos, escolhe os objetivos concretos a realizar em cada época e os meios a empregar, mantém o equilíbrio constitucional, defende os interesses nacionais na ordem externa, garante a segurança do Estado, entre outras funções. Assim a função política regulatória poderá ser definida como a atividade dos órgãos superiores do Estado cujos objetos diretos e imediatos são a conservação da sociedade política e a definição e prossecução do interesse público mediante a livre escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis.

Uma vez traçadas as políticas públicas e as normas jurídicas, torna-se impossível evitar conflitos de interesses. Para manter a paz social tem-se a função jurisdicional, isto é, a função de declarar e realizar, de forma prática, a vontade das normas e opções políticas diante de uma situação jurídica controvertida. Certo é que muitas vezes para resolver os litígios intervém o Estado direta ou indiretamente na economia, chama-se tal função de jurisdicional reguladora. A atualidade vem forçando o profissional aplicador das normas jurídicas a tomar posição como agente político e não meramente como a voz do direito, mesmo que seja apenas atuando nos casos concretos.

Sabe-se que a legalidade administrativa estabelece exigências normativas para a totalidade do exercício da função administrativa, que passa por múltiplas formas de ações, que podem ser deônticas ou não-deônticas, ambas relevantes ao Direito. Emergido das mudanças na concepção do conteúdo das diferentes atividades administrativas em função do princípio da eficiência, economicidade, especialidade, subsidiariedade, entre outros e por conta da crise do Estado bem-estar, a atual intervenção do Estado como regulador do mercado almeja uma especialização deste em diversos setores e segmentos, abandonando a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la à direção técnica, interpretando conceitos técnicos para implementação de políticas públicas por meio de atos executivos, normativos e judicantes. Tal modelo, fez com que a Administração pública passasse a ter mais uma função administrativa, qual seja: a regulatória, que incorpora cada uma das funções e das atividades administrativas; delas se distingue por estar orientada por meio de critérios técnicos e políticos, e não somente a partir de critérios políticos, como as demais. A função administrativa regulatória, portanto, implica uma tradução técnica dos conceitos imprescindíveis para a implementação de uma política pública previamente ditada.

Tal função administrativa regulatória envolve o desempenho de uma série de funções distintas, que são resumidas num ciclo regulatório que se inicia por

orientações políticas que definem e operacionalizam as regras, surgindo uma regulação normativa ou executiva. A função administrativa regulatória normativa é uma delegação do poder legislativo à autoridade reguladora independente, conhecida como deslegalização. Já a função administrativa regulatória executiva se desenvolve pelos mais diversos mecanismos, como a licitação, a elaboração do edital, os distintos atos de consentimentos de ingresso no mercado, a modelagem da delegação da atividade, adjudicação, entre outros.

Depois, tem-se a atividade de fiscalização/acompanhamento da execução correta das atividades consentidas ou contratadas e nos limites estabelecidos no marco regulatório (CRFB, legislação, normas regulatórias, licitação, ato de consentimento e de adjudicação). É, no âmbito da fiscalização, que se implementarão e supervisionarão os limites impostos no marco regulatório. É aqui que as ações deônticas e não-deônticas serão mais evidentes. Ter-se-á, por exemplo, atos de planejamento; atos de indução; atos de direção; estímulos positivos e negativos; atos de fixação, reajuste e revisão de tarifas, atos de inspeções; atos de fiscalização e imposição de ordens sobre a aquisição, manutenção e substituição de bens e serviços regulados; atos de controle das políticas públicas; arrecadação da taxa de regulação, que é uma das condições de permanência no mercado e que serve para o custeio das ações de polícia administrativa; entre muitas outras. Posteriormente, e se for o caso, surge a fase do sancionamento, que ocorre sempre que for constatada uma violação do marco regulatório. Disparado o procedimento administrativo sancionador e garantido o devido processo legal e o direito à ampla defesa e contraditório, caso se verifique que as infrações eram verídicas, poderá impor-se uma sanção, motivada e proporcional à gravidade da falta. Ou, pode-se deixar de aplicar a sanção, pela celebração de acordos substantivos, por meio de termos de compromisso de ajuste de conduta. Completa-se o ciclo regulatório com as resoluções de eventuais conflitos que venham a surgir, seja por meio da própria administração, exercendo a função administrativa regulatória judicante que tem por objetivo dirimir conflitos de interesse entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a autoridade reguladora independente que o regula, ou mesmo entre tais agentes e consumidores/usuários; ou a partir de decisões judiciais dos conflitos ou aplicação judicial das sanções que não sejam administrativas. O poder judiciário confirma ou infirma as ações administrativas.

Quaisquer dessas funções poderão influenciar com maior ou menor grau na economia. Assim influenciando, estar-se-á diante da função regulatória,

realizando intervenções não-prestacionais na economia. Seja pela força de quem os realiza, seja pela forma na qual se realizam, seja pelo tempo que se leva ou pelo momento no qual se realizar, todas as funções públicas, por mais irrisórias que determinadas posturas possam parecer, é possível de alguma forma intervir de forma indicativa, incitativa e imperativa na economia, cada qual com sua devida peculiaridade dependendo da função que se estiver realizando. A atividade não-prestacional é assim subclassificada em três: indicativa, incitativa e impositiva.

A forma de intervenção indicativa é configurada apenas como um sinal a alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada. Pode ou não causar, provocar, iniciar ação por parte do particular que assumirá o risco caso decida engajar-se na atividade. São instrumentos de intervenção as condutas como entrevistas, opiniões, justificações e programa partidário.

Na atividade incitativa, o Estado não apenas indica, mostra ou assinala, como também induz, provoca, estimula, instiga, incentiva a realização de algo, pretendendo o engajamento da iniciativa privada. Pode o Estado intervir incitativamente de forma positiva ou negativa: quando incitar privilegiando determinadas atividades, estará atuando de forma positiva; quando onera alguma atuação privada para que haja desestimulação, atua de forma negativa. Com a complexidade vivenciada num Estado pós-moderno, almeja-se que o Estado realize suas intervenções na economia por meio de um método objetivo de atingimento dos seus fins. Dois são os meios, ou melhor, os instrumentos interventivos mais bem visíveis, característicos dessa forma de intervenção: o planejamento, que uma vez executado será objeto de controle (formulação, condução e gerenciamento de políticas públicas); e os estímulos positivos e desestimulações. Também se observou que uma vez planejado o setor, fomentada a iniciativa privada, o papel do Estado passa a ser de monitoramento da atividade econômica para que não ocorram abusos. Tal instrumento chama-se repressão ao abuso do poder econômico, que nada mais é que a defesa da concorrência.

Também se demonstrou a necessidade do estabelecimento de uma ordem artificialmente dotada de autoridade e de imposição coativa em todo o meio social. Ou seja, um conjunto de normas dotadas de autoridade, que institucionalizam comandos em determinada sociedade. A sociedade foi fundada na conceituação de que era necessária a existência de um polo de poder dotado de suficiente concentração para impor comportamentos e assegurar convergên-

cias fundadas na coerção/imperatividade. Essa é a intervenção impositiva que ocorre quando o Estado obriga que a iniciativa privada atue de determinada maneira, de forma cogente, por meio da determinação de um específico sentido de dever ser impositivo, permissivo ou proibitivo. O instrumento mais característico da intervenção imperativa é a atividade de polícia Administrativa ou poder de polícia que envolve: o comando/ordem de polícia, definindo o limite ou a condição para o exercício de uma liberdade ou de um direito individual, em prol do atendimento ou do não-distúrbio do interesse geral; o consentimento de polícia, por provocação ao particular, requisitando uma licença, autorização, permissão ou concessão, fiscalização de polícia, pelo qual a Administração, sem necessidade de provocação, verifica a observância dos limites impostos no comando/ordem ou no consentimento de polícia; e por fim, se necessária a sanção de polícia, que depois do devido processo legal, é aplicada nos casos de violação aos limites impostos.

Esses critérios não são exclusivos, haverá medidas imperativas que também têm efeitos “*laterais*” incitativos e que, por isso, estariam residualmente configurados como tais. Dentro das intervenções imperativas e incitativas, poderá haver manifestações: impositivas, criando obrigações positivas, impondo-se certos comportamentos que deverão necessariamente ser cumpridos; permissivas, que concedem alternativas entre realizar ou não uma determinada ação, ou seja, ter-se-á a alternativa dos seus contrários; e proibitivas que proibirá a realização de determinada ação.

Independentemente da forma de intervenção que o Estado escolher (prestacional ou não-prestacional), certo é que ambas caminham juntas em qualquer das formas de atuação estatal. Assim caracterizando-se pelo simples fato, de dever, o Estado ser o agente normativo e regulador da atividade econômica, além de ser obrigado a exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174, CRFB). A intervenção não-prestacional do Estado somente caminhará separadamente da prestacional quando o Estado não atuar na atividade econômica.

Ainda, não se limita o Estado a atuar em alguma das formas prestacional que detém de maneira privativa, ou seja, nela em específico. Pode numa mesma atividade estar atuando de maneira absorviva completa ou parcial e participativa concorrencial ou impositiva simultaneamente. Sendo a atividade dividida em segmentos distintos, isso é perfeitamente comum de ocorrer, até mesmo quando há partes de segmentos de atividades.

O uso desses instrumentos interventivos ou das diferentes formas de intervenção do Estado na economia não pode ser arbitrário, mas, sim, voltado a um método vinculado ao plano de desenvolvimento econômico, uma vez que o Estado deve atuar conforme o interesse público (legalidade, legitimidade e licitude), assegurando a boa administração, a eficiência e a administração de resultado. No entanto, não há dúvida de que existe discricionariedade do Estado na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal.

É possível concluir que a intervenção do Estado na economia é um dever-poder discricionário do Estado, ora praticado pela Administração pública (discricionariedade administrativa), ora pelo legislativo (discricionariedade legislativa) e até mesmo pelo judiciário (discricionariedade judicial). É assim porque o Estado possui uma margem para optar ou não entre diversas condutas. Em que poderá atuar ou não atuar, é dizer, aplicar ou não a consequência jurídica ou alguma das consequências jurídicas previstas como possíveis pela norma habilitante (discricionariedade de atuação); ou eleger entre uma consequência ou outra, se a Administração optar por atuar (ou está obrigada a isso) e são várias as consequências jurídicas permitidas (discricionariedade de eleição). Ademais, possuirá uma margem de liberdade para criar, por meio de normas impositivas, permissivas ou proibitivas, determinada situação jurídica que modifique o mercado, intervindo no mesmo. Também poderá o Estado intervir na economia, ao dirimir conflitos de interesse que envolvam agentes econômicos, incluindo a si mesmo se atuando como tal, confirmando ou infirmando ações administrativas, agindo inclusive com certa margem de liberdade.

Dentre essas distintas discricionariedades, enfocou-se primeiramente a discricionariedade administrativa. Entende-se que essa discricionariedade possui três elementos essenciais – próprios do instituto: subjetivo, somente a Administração pública é possuidora desse tipo de discricionariedade; formal, derivado unicamente do ordenamento jurídico, reportando-se somente as ações deônticas, com exclusão das eventuais margens de liberdade de ação que se podem reconhecer em ações não-deônticas; e volitivo, já que é a liberdade de atuação ou não, entre disposições oferecidas alternativa e disjuntivamente. Além desses elementos essenciais, tem-se outro elemento onipresente em toda Administração pública, que é o elemento objetivo, sendo ele o dever de atenção ao interesse público (legalidade, legitimidade e licitude).

Portanto, somente se estará na seara da discricionariedade administrativa uma vez fixada as estatuições (alternativas e disjuntivas) válidas. Trata-se

de opção política, afinal, requer a definição, dentre as estatuições válidas, orientada por critérios de política administrativa ou governamental e avaliada como apropriada pelo agente público em determinado caso concreto. As estatuições decorrentes da interpretação resultarão em estatuições válidas ou inválidas, isto é, não há “melhor” ou “ótima” estatuição, esta, sempre, será a única que poderia ser validamente seguida. Com efeito, o agente público tem o dever jurídico de satisfazer o interesse público, por meio da legalidade, legitimidade e licitude. Se determinada estatuição é a “melhor” ou “ótima”, esta será o único caminho válido, os demais serão indevidos, inválidos. E se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de vinculação e não de discricionariedade. Por isso o fato de se afirmar que a discricionariedade começa onde acaba a interpretação.

Dessa forma, somente haverá discricionariedade se todas as estatuições forem válidas e apenas nos casos concretos, caso se tenha estatuições válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma discricionariedade potencial passível de não ser confirmada *a posteriori* pela realidade concreta. Assim, existirão situações em que a discricionariedade abstratamente prevista na norma poderá deixar de existir por completo quando analisadas as peculiaridades do caso concreto, pois nele poderá estar diante de somente uma ação possível para se alcançar a finalidade da norma de modo satisfatório. Portanto, a liberdade discricional, fixada na norma abstrata, não coincide com o possível campo de liberdade do agente público diante do caso concreto.

Em outras palavras, quando a norma comportar soluções distintas, significa que, em determinado caso concreto, determinada solução é a que melhor se configura, sendo sempre adotada a solução que melhor se enquadra à situação concreta. Então, a variedade de soluções não significa que todas sejam iguais e indiferentemente adequadas para todos os casos de aplicação, mas o contrário, somente algumas delas e, por vezes, somente uma delas é adequada para determinados casos concretos, assim como outras delas e, por vezes, somente uma delas são adequadas para outros casos concretos.

Não é apenas a discricionariedade administrativa que se configura ao intervir na economia. A discricionariedade legislativa também existe quando o Estado por meios normativos utiliza-se de instrumentos de intervenção na economia. É o legislador, como a atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa, quem conta com a mais ampla margem de valoração subjetiva para a definição e o estabele-

cimento de opções políticas e legislativas, o que faz a partir da legitimidade com a que conta por via de representatividade.

Subordinada à função política e legislativa, tem-se a função jurisdicional que também possui uma discricionariedade em sua atuação, apesar de muito restrita. Afinal de contas, traduz-se, basicamente, na aplicação do Direito para dirimir conflitos de interesses. Serve para manter a paz social declarando e realizando, de forma prática, a vontade das normas e opções políticas diante de uma situação jurídica controvertida. Por mais que tenha contornos e se encontre contraído por marcos jurídicos existentes de aplicação imperativa e esteja obrigado, no exercício de seus poderes, a oferecer motivações justificadas mediante argumentos jurídicos, por sua vez fiscalizáveis, normalmente por órgãos jurisdicionais hierárquicos e organizativamente superiores, possui o judiciário uma margem de liberdade. A atualidade vem forçando o profissional aplicador das normas jurídicas a tomar posições como agente político e não meramente como a voz do direito, a isso se chama “*ativismo judicial*”.

Independentemente da procedência da margem de liberdade quando o Estado intervir na economia, seja de maneira administrativa, legislativa ou judicial, é certo que não se pode admitir que a discricionariedade fique ao sabor de quem a detém, uma vez que, utilizada de forma exacerbada, pode incorrer em arbítrio. Deve, portanto, haver limites. O receio de invadir a esfera discricional pode permitir a proliferação de atos imorais, arbitrários, injustos, contrários ao interesse público e violadores das regras de boa administração, eficiência e resultado, tudo sob o pretexto da discricionariedade. Isso não deve ocorrer.

Os atuais parâmetros existentes no ordenamento jurídico para limitar tais discricionariedades é o interesse público, a boa administração, a eficiência, o resultado, os Direitos Humanos, os princípios jurídicos fundamentais, os princípios gerais do Direito, os princípios gerais de Direito Público, os princípios gerais de Direito Administrativo e os princípios setoriais de Direito Administrativo. Todos ocasionam o estreitamento das fronteiras da discricionariedade.

Todas as classificações são, por definição, insuficientes ou inexpressivas. No entanto, a funcionalidade é evidente e necessária. A dúvida e a insegurança no momento de definir o raio de ação do Direito, deixam evidentes a necessidade de quando em quando reanalisar as pautas habitualmente seguidas pela doutrina.

Esse foi o objetivo primordial do presente trabalho. Tentou-se, por meio da demonstração do “*estado das coisas*”, facilitar a busca de novos paradigmas,

afinal a ideia de regime de mercado, operando pelo tipo liberal do processo econômico, que somente admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de qualquer interferência, na prática, é ilusória.

O excesso de liberdade da livre iniciativa e da livre concorrência e o modelo regulatório burocrático evidenciam essa ilusão. A imploração e necessidade do mercado à intervenção do Estado nos momentos de crise evidenciam que não pode o mesmo abster-se por completo, nem mesmo atuar apenas de forma subsidiária. Já é hora de ambos caminharem juntos, Estado e iniciativa privada, compartilhando perdas e lucros (econômicos, sociais, políticos, morais, etc.). Não é possível continuar com a eterna rixa entre ambos. Não pode o Estado ser a salvação das loucuras do privado nem o privado o sofredor das consequências da ineficiência estatal. Só o equilíbrio leva ao desenvolvimento não só de um país, mas de todo o mundo. Basta imaginar em que se poderia investir com os recursos financeiros aportados pelos Estados na última crise financeira mundial.

Essa recente visão sugere um novo paradigma que deve ser, e está sendo, construído. Paradigma esse que precisa decorrer da conjunção dos Estados e da iniciativa privada. Há de ficar claro que um não existe sem o outro. Mais do que nunca, deverá ficar plenamente assegurado que o mercado inexistirá sem um Estado atuante e que aquele só resolverá seus problemas com mecanismos de intervenção eficientes emanados do Estado. Os limites e as regras deverão ser claros e constantemente fiscalizáveis. A transparência e a multipolaridade do poder precisam ser o porta-voz da nova conjuntura, eliminando qualquer tentativa de domínio ou concentração de maneira enérgica. A solidariedade será a palavra-chave nesse novo modelo.

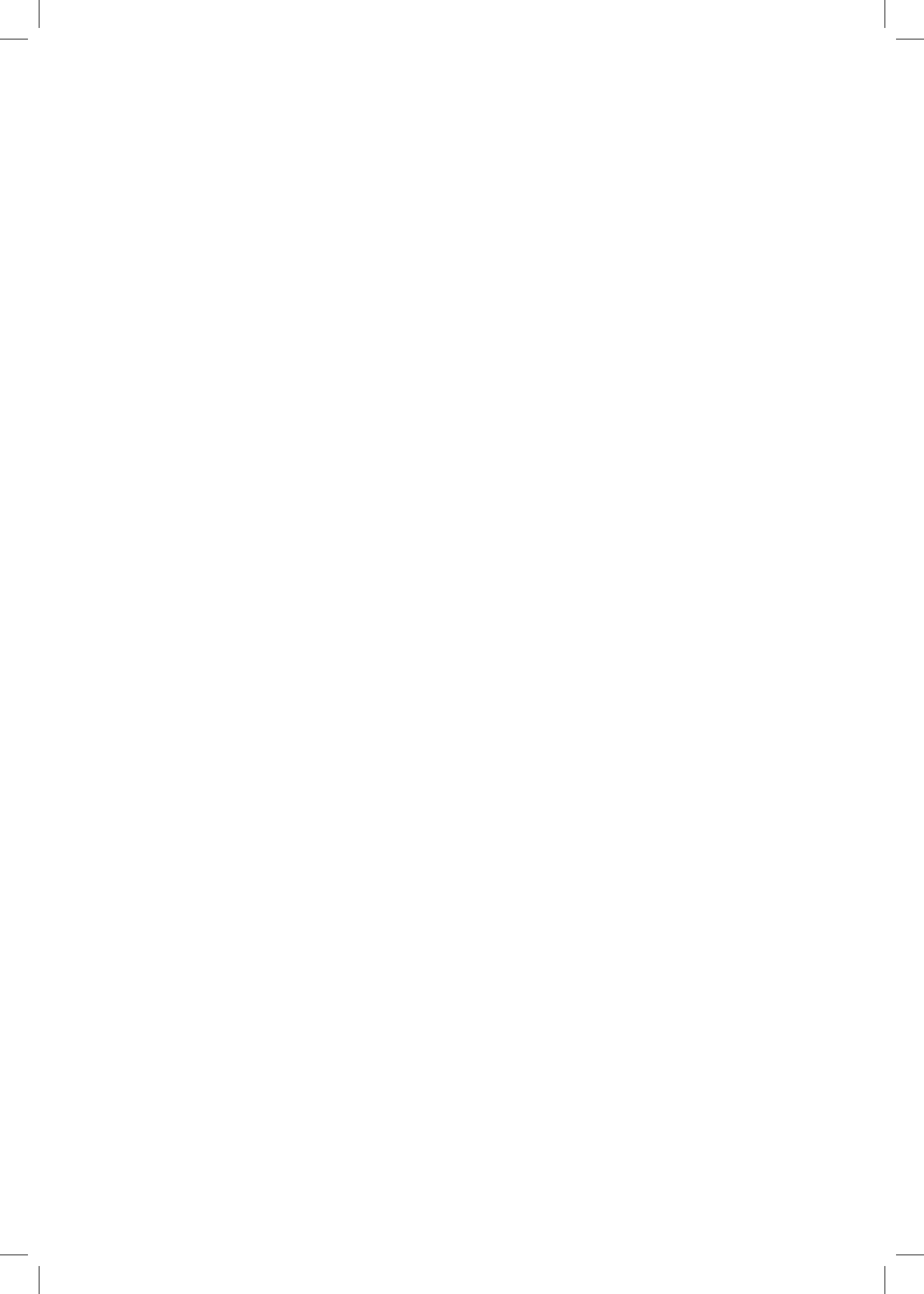
Por tal motivo que já não se pode pensar num *laissez faire* ou numa intervenção estatal prestacional. Crê-se que há de existir uma liberdade de iniciativa e de concorrência, pois são estas necessárias, porém é indispensável uma intervenção que deve sempre ser tida como exceção à regra. Portanto, resta, hodiernamente, definir qual a melhor forma de conduzir a ideia de intervenção não-prestacional, se destacando duas posições radicais: a regulação estatal e a autorregulação. Caso a solução preferida seja a regulação estatal, haverá que reforçar as instituições externas existentes ou criar uma nova organização internacional específica para a regulação de diferentes atividades econômicas atuando em escala global, por força de tratados. Todavia, se a preferência for por uma autorregulação, deixando que o mercado mantenha

sua autonomia, melhor seria reforçarem-se as instituições internas mais próximas do mercado e confiar que organismos mundiais regulem estas e estes regulem a autorregulação daqueles.

É evidente que não se pode ignorar as dificuldades políticas para definir o caminho do consenso, porém, parece que é esse o único possível para aprimorar a governabilidade (eficiência) porque propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). É, talvez, aqui que aflora a oportunidade aos administrativistas de contribuírem para a solução do dilema entre um modelo de regulação puramente impositivo e um puramente consensual, pois não parece que nenhum dos dois lograria progresso em negociações, seja porque o privado não está disposto a aceitar a pura tutela estatal, seja porque estes não confiam numa regulação exclusiva do privado. Por isso, na tentativa de buscar um meio termo, prudente e aristotélico, contendo concessões recíprocas, encontra-se, nas bases do Direito Administrativo, uma solução conhecida e estudada como conceito híbrido, a chamada autorregulação regulada, facilita a separação entre as matérias que poderão receber uma regulação cristalizada, impositiva e rígida, por outro lado, essas matérias estarão aptas a receber uma regulação dinâmica, negociada e flexível, o que facilitará a distinção entre o essencial e o não-essencial da regulação, a distinção entre o que seria permanente e o que seria mutável, a distinção entre a fiscalização vertical e a horizontal e, por fim, a distinção entre sanções públicas e privadas.

Talvez, assim, os novos paradigmas do chamado Direito Administrativo Regulador Global (ou Direito Administrativo Internacional ou até Direito Internacional Administrativo) possam oferecer ao mundo contribuições que irão além dos limites territoriais do Estado, deixando de ser mero Direito Público Interno, para projetar-se num âmbito internacional, e quiçá transformando-se em um Direito Administrativo sem Estado, outorgando ao mundo sua sólida contribuição teórica para soluções globais de aspectos tipicamente administrativos.

Conclui-se que, mais do que nunca, a velha crença de que a “união faz a força” ou a força faz a união está desatualizada. A partir de agora, sugere-se que todos utilizem a sua força para unir-se, pois é dessa união que virá a força geral.



Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Da empresarialidade: as empresas no direito. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. Definição de empresa pública. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

_____. Limites constitucionais à iniciativa econômica privada. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia). Coimbra, v. LX, 17p, jan-dez, 1984.

ADAMS, Gordon. The politics of defense contracting: the iron triangle. New Brunswick: Transaction Publishers, 1982.

ADELAIDE, Dinorá; GROTTI, Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

ALBUQUERQUE, Iara Maria Pinheiro de. Responsabilidade do Estado Interventor. In: AA.VV. Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 115, 276 - Staatslotteriegesez. Urteildes Ersten Senats vom 28. März 2006 auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2005 -- 1 BvR 1054/01.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 25, 1 - Mühlengesetz. Beschluß des Ersten Senats vom 18. Dezember 1968 - 1 BvL 5/64 e ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 30, 292 – Erdölbevorrattung. Beschluß des Ersten Senats vom 16. März 1971 -- 1 BvR 52, 665, 667, 754/66.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 4, 7 - Investitionshilfe. Urteil des Ersten Senats vom 20. Juli 1954 -- 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 50, 290 - Mitbestimmung. Urteil des Ersten Senats vom 1. März 1979 auf die mündliche Verhandlung vom 28., 29., 30. November und 1. Dezember 1978 -- 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und BvL 21/78.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE 7, 377 - Apotheken-Urteil. Urteil des Ersten Senats vom 11. Juni 1958 -- 1 BvR 596/56.

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

ALFONSO, Luciano Parejo, Et. al. Estudio sobre las condiciones de prestación de los servicios postales en la Unión Europea (El marco comunitario y los casos alemán, francés, italiano, inglés, sueco y español). Madrid: Instituto Pascual Madoz, 2003.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Direito econômico. Lisboa: Associação acadêmica faculdade de direito de Lisboa, 1979.

ALVAREZ, Walter Tolentino. Curso de direito da energia. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

AMARAL, Diogo Freitas do. Direito administrativo e ciência da administração. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Ciências Humanas, 1978.

_____. As modernas empresas públicas portuguesas. Lisboa: Petrony, 1971.

AMIGO, Aurora Arnaiz. Fines del Estado. Justitia. São Paulo, v. 36, n.87, p. 163-187, out./dez. 1974.

AMORIM, João Pacheco de. As empresas públicas no direito português: em especial, as empresas municipais. Coimbra: Almedina, 2000.

AMOROSINO, Sandro. Le trasformazione dil Diritto amministrativo. Milano: Giuffrè, 1994.

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

ANTUNES, Luis Filipe Colaço. O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma?. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

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

_____. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, V. 10, N. 44, P. 171-202, mai-jun, 2002.

_____. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista. São Paulo: Forense, 2017.

- ARISTOTLE. La Constitución de Atenas (Athenaion Politeia). Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1948, tradução de Antônio Tovar.
- ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.
- ATAÍDE, Augusto de. Elementos para um curso de Direito administrativo da economia. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1970.
- ATALIBA, Geraldo. Malotes internacionais – serviço público de correios – monopólio postal – liberdade de movimentação de documentos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 77, a. XIX, p. 80-93, jan/mar 1986.
- ATHIAS, Jorge Alex. A ordem econômica e a Constituição de 1988. Belém: CEJUP, 1997.
- ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004.
- _____. Permissions, principles and rights: a paper on statements expressing constitutional liberties. Ratio Juris. Great Britain, Oxford, n. 3, v. 9, set. 1996.
- BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BADURA, Peter. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Athenäum, 1970.
- BAJO, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. Derecho penal económico. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- BALDASSARE, António. Iniziativa economica privata. In: CALASSO, Francesco (dir.). Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1971, vol. XXI.
- BAPTISTA, Wagner Nogueira França e BRAZ, Glória De F. Alvim F. Pereira F. Inexigibilidade de licitação entre órgãos e entidades da Administração Pública na contratação de serviços. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo. a. XI, v. 9, p. 428-435, set. 1998.
- BARBOSA, António S. Pinto. Economia pública. Lisboa: McGraw-Hill, 2001.
- BARBOSA, Plácido; REZENDE, Cássio Barbosa de, (org.). Os serviços de saúde pública no Brasil: especialmente na cidade do Rio de Janeiro de 1808 a 1907 (esboço histórico e legislação). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909.
- BARREIRO, Rubén A. Derecho de la energía eléctrica. Buenos Aires: Depalma, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. In: BARROSO, Luis Roberto. Temas de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. Boletim de Direito Administrativo. São Paulo, v.15, n.6, p. 367-374, jun, 1999.

_____. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 222, [s. a.], p. 179-212, out/dez, 2000.

_____. Temas de Direito constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASAVILBASO, Benjamin Villegas. Derecho administrativo. Buenos Aires: Editora Argentina, 1954, Tomo V – Limitaciones a la Libertad.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Curso de Direito econômico. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

_____. Direito econômico brasileiro. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

_____ e VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Os correios, o projeto de lei e o monopólio. Disponível em: <http://www.ibdc.com.br/aplicacoes/news/teimprensaview.asp?biblioteca=s&Noticia=6544G3&idioma=PO>, acesso em: 25 de agosto de 2003.

_____ e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990.

BAUBY, P. Les services publics. Paris: Flammarion, 1997.

BECK, U. La société du risque. Paris: Aubier, 1986.

BECKER, Gary S. A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence. Quarterly Journal of Economics. n. 98, p. 371-400, 1983.

BENJÓ, Isaac. Fundamentos de economia da regulação. Rio de Janeiro: Thex. 1999.

- BENTIVENGA, Calogero. Elementi di Diritto pubblico dell'economia. Milano: A. Giuffrè, 1977.
- BERÇAITZ, Miguel Angel. Teoria general de los contratos administrativos. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- BESSONE, Darcy. Institutos de Direito falimentar. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (Dir). Derecho penal de la empresa. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002.
- BITTENCOURT, Rubens. Instituições de Direito econômico. Curitiba: Juruá, 1996.
- BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. 2. ed. Brasília: Edunb, 1992.
- _____. El positivismo jurídico. Madrid: Debate, 1993.
- _____. Sur le principe de légitimité. Droits. Rev. Franç. de Théorie. Paris, n. 32, p. 147-155, 2000.
- _____. Teoría general del Derecho. Colombia: Temis, 1999.
- BONNARD, Roger. Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics. Revue de Droit Public. Paris, [s. v.], [s. n.], p. 5 e 63, 1925.
- _____. Précis élémentaire de Droit administratif. 4. ed. Paris: Sirey, 1943.
- BORBA, José Eduardo Tavares. Sociedade de economia mista e privatização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- BORGES, Alexandre Walmott. Preâmbulo da Constituição e a ordem econômica. Curitiba: Juruá, 2003.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 325947, Processo: 200100588846 UF: PR Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 25/11/2003 Documento: STJ000535728, Fonte: DJ DATA:22/03/2004 PÁGINA:271, Relator: Ministro Franciulli Netto, Data Publicação: 22/03/2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 2887, Processo: 199300173235 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 09/11/1993 Documento: STJ000051801, Fonte: DJ DATA:13/12/1993 PÁGINA:27369 LEXSTJ VOL.:00057 PÁGINA:105 RSTJ VOL.:00056 PÁGINA:75, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, Data Publicação: 13/12/1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 11706, Processo: 200600753440 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 08/11/2006 Documento: STJ000281382, Fonte: DJ DATA:27/11/2006 PG:00222, Relator(a): CASTRO MEIRA, Data Publicação: 27/11/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 4269, Processo: 199500566001 UF: PE Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 10/04/1996 Documento: STJ000121967, Fonte: DJ DATA:17/06/1996 PÁGINA:21433, Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Data publicação: 17/06/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 6010, Processo: 199800762353 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 13/10/1999 Documento: STJ000318197, Fonte: DJ DATA:06/12/1999 PÁGINA:62 LEXSTJ VOL.:00128 PÁGINA:53, Relator: Ministro Garcia Vieira, Data Publicação: 06/12/1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA – 6166, Processo: 199900080874 UF: DF Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 13/10/1999 Documento: STJ000119948, Fonte: DJ DATA:06/12/1999 PG:00062 RSTJ VOL.:00133 PG:00078, Relator(a): HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data Publicação: 06/12/1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 799883, Processo: 200501955430 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 17/05/2007 Documento: STJ000751065, Fonte: DJ DATA: 04/06/2007 PÁGINA:311, Relator: Ministro Luiz Fux, Data Publicação: 04/06/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 436853, Processo: 200200560310 UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 04/05/2006 Documento: STJ000721595, Fonte: DJ DATA:27/11/2006 PÁGINA:273, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data Publicação: 27/11/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 443310, Processo: 200200778744 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 21/10/2003 Documento: STJ000513396, Fonte: DJ

DATA:03/11/2003 PÁGINA:249 LEXSTJ VOL.:00177 PÁGINA:111, Relator: Ministro Luiz Fux, Data Publicação: 03/11/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 740508, Processo: 200500571013 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 17/08/2006 Documento: STJ000703834, Fonte: DJ DATA:31/08/2006 PÁGINA:222, Relator: Ministro Luiz Lux, Data Publicação: 31/08/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 614048, Processo: 200302255470 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 15/03/2005 Documento: STJ000606870, Fonte: DJ DATA:02/05/2005 PÁGINA:172 RSTJ VOL.:00192 PÁGINA:134, Relator: Ministro Luiz Lux, Data Publicação: 02/05/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 79937, Processo: 199500604701 UF: DF Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 06/02/2001 Documento: STJ000402930, Fonte: DJ DATA:10/09/2001 PÁGINA:366 RDR VOL.:00021 PÁGINA:327 RSTJ VOL.:00149 PÁGINA:151, Relator: Ministra Nancy Andrichi, Data Publicação: 10/09/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 617444, Processo: 200302178853 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 07/03/2006 Documento: STJ000672450, Fonte: DJ DATA:20/03/2006 PÁGINA:196, Relator: Ministro Luiz Fux, Data Publicação: 20/03/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 840556, Processo: 200600851969 UF: AM Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 26/09/2006 Documento: STJ000720517, Fonte: DJ DATA:20/11/2006 PÁGINA:286 RDDT VOL.:00138 PÁGINA:170 REFOR VOL.:00390 PÁGINA:401, Relator: Ministro Francisco Falcão, Data Publicação: 20/11/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 762049, Processo: 200501034303 UF: PR Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 10/04/2007 Documento: STJ000743254, Fonte: DJ DATA:26/04/2007 PÁGINA:218, Relator: Luiz Fux, Data Publicação: 26/04/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 615432, Processo: 200302314379 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 02/06/2005 Documento: STJ000620971, Fonte: DJ DATA:27/06/2005 PÁGINA:230, Relator: Ministro Luiz Fux, Data Publicação: 27/06/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 443310, Processo: 200200778744 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 21/10/2003 Documento: STJ000513396, Fonte: DJ DATA:03/11/2003 PÁGINA:249 LEXSTJ VOL.:00177 PÁGINA:111, Relator: Ministro Luiz Lux, Data Publicação: 03/11/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 888288, Processo: 200602070043 UF: RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 17/04/2007 Documento: STJ000743105, Fonte: DJ DATA:26/04/2007 PÁGINA:238, Relator: Ministro Castro Meira, Data Publicação: 26/04/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 84700, Processo: 199600003670 UF: DF Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 01/07/1998 Documento: STJ000224252, Fonte: DJ DATA:08/09/1998 PÁGINA:122, Relator: Ministro Anselmo Santiago, Data Publicação: 08/09/1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 744602, Processo: 200500674670 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 01/03/2007 Documento: STJ000735976, Fonte: DJ DATA:15/03/2007 PÁGINA:264 REPDJ DATA:22/03/2007 PÁGINA:286, Relator: Ministro Luiz Lux, Data Publicação: 22/03/2007.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 3667, Processo: 199000057337 UF: SC Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 22/08/1990 Documento: STJ000005805, Fonte: DJ DATA:10/09/1990 PG:09115, Relator: PEDRO ACIOLI, Data Publicação: 10/09/1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 142280, Processo: 199700532844 UF: SC Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Data da decisão: 23/03/1999 Documento: STJ000260835, Fonte:

DJ DATA:03/05/1999 PÁGINA:132 RSTJ VOL.:00121 PÁGINA:187, Relator: Ministro Helio Mosimann, Data Publicação: 03/05/1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 994144, Processo: 200702348431 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 12/02/2008 Documento: STJ000320195, Fonte: DJE DATA:03/04/2008, Relator(a): LUIZ FUX, Data Publicação: 03/04/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 614048, Processo: 200302255470 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 15/03/2005 Documento: STJ000232408, Fonte: DJ DATA:02/05/2005 PG:00172 RSTJ VOL.:00192 PG:00134, Relator(a): LUIZ FUX, Data Publicação: 02/05/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 640460, Processo: 200400171961 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 11/09/2007 Documento: STJ000303688, Fonte: DJ DATA:27/09/2007 PG:00224 RT VOL.:00868 PG:00187, Relator(a): TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data Publicação: 27/09/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 17166, Processo: 200301797827 UF: BA Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 22/08/2006 Documento: STJ000274723, Fonte: DJ DATA:14/09/2006 PG:00256, Relator(a): LUIZ FUX, Data Publicação: 14/09/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: ROMS-RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 3614, Processo: 199300261150 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 14/12/1994 Documento: STJ000080499, Fonte: DJ DATA:13/02/1995 PÁGINA:2244, Relator: Ministro Jesus Costa Lima, Data Publicação: 13/02/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADC - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, Processo: 9 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-01 PP-00001, Relator: Ministro Néri da Silveira, Data publicação: 23/04/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1950 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02235-01 PP-00052, Relator: Ministro Eros Roberto Grau, Data Publicação: 02/06/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 3512 UF: ES - ESPÍRITO SANTO, Fonte: DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL-02238-01 PP-00091 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 69-82, Relator: EROS GRAU, Data Publicação: 23/06/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 3273 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 02-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02266-01 PP-00102, Relator: Ministro Carlos Britto, Data Publicação: 02/03/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1.668 (medida liminar) UF: DF – DISTRITO FEDERAL, Fonte: D. O. 31.08.98, Relator: Ministro Marco Aurélio, Requerentes: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - PC do B, PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT, PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB - Resultado da Liminar: Indeferida, Data Publicação: 31/08/1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 2649 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00029, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, Data Publicação: 16/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 244 UF: RJ - RIO DE JANEIRO, Fonte: DJ 31-10-2002 PP-00019 EMENT VOL-02089-01 PP-00001, Relator: Sepúlveda Pertence, Data Publicação: 31/10/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1008 UF: PI – PIAUI, Fonte: DJ 24-11-1995 PP-40378 EMENT VOL-01809-01 PP-00049. Relator: Ilmar Galvão. Data Publicação: 24/11/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 234 UF: RJ - RIO DE JANEIRO, Fonte: DJ 15-09-1995 PP-29628 EMENT VOL-01800-01 PP-00023, Relator: Ministro Néri da Silveira, Data Publicação: 15/09/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 246 UF: RJ - RIO DE JANEIRO,

Fonte: DJ 29-04-2005 PP-00007 EMENT VOL-02189-01 PP-00006 LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 14-25 RTJ VOL-00193-03 PP-00797, Relator: Ministro Eros Roberto Grau, Data Publicação: 29/04/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo: 2310 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 15/12/2004 PP-00009, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Data do Julgamento: 07/12/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 1931 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Data Publicação: 28-05-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 2010 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 12-04-2002 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086, Relator(a): CELSO DE MELLO.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo: 1949 UF: RS - RIO GRANDE DO SUL, Fonte: DJ 25-11-2005 PP-00005 EMENT VOL-02215-1 PP-00058, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Data Publicação: 25/11/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-QO - QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Processo: 319 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036, Relator: MOREIRA ALVES, Data Publicação: 30/04/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: AI-AgR - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 241201 UF: SC - SANTA CATARINA, Fonte: DJ 20-09-2002 PP-00109 EMENT VOL-02083-03 PP-00589, Relator: Ministro Celso de Mello, Data Publicação: 20/09/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA, Processo: 20999 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 25-05-1990 PP-04605 EMENT VOL-01582-02 PP-00286 RTJ VOL-00131-03 PP-01101, Relator: Ministro Celso de Mello, Data Publicação: 25/05/1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 220906 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 14-11-2002 PP-00015, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Data Publicação: 14/11/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 62730 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 20-12-1967, Relator: Ministro Aliomar Baleeiro, Data Publicação: 20/12/1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 172816 UF: RJ – RIO DE JANEIRO, Fonte: DJ 13-05-1994 PP-11365 EMENT VOL-01744-07 PP-01374, Relator: Ministro Paulo Brossard, Data publicação: 09/02/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 422941 UF: DF - DISTRITO FEDERAL, Fonte: DJ 24-03-2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-04 PP-00654 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 273-302, Relator: CARLOS VELLOSO, Data Publicação: 24/03/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 349686 UF: PE – PERNAMBUCO, Fonte: DJ 05-08-2005 PP-00119 EMENT VOL-02199-06 PP-01118 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 309-314, Relator(a): ELLEN GRACIE, Data Publicação: 05/08/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 174645 UF: SP - SÃO PAULO, fonte: DJ 27-02-1998 PP-00018 EMENT VOL-01900-03 PP-00539, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data Publicação: 27/02/1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 363412 UF: BA - BAHIA, Fonte: DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008, Relator: Ministro Celso de Mello, Data Publicação: 19/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 203358 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 29-08-1997 PP-40229 EMENT VOL-01880-09 PP-01807, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data Publicação: 29/08/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Processo: 410715 UF: SP - SÃO PAULO, Fonte: DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RIP v.

7, n. 35, 2006, p. 291-300, Relator: CELSO DE MELLO, Data Publicação: 03/02/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RMS - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA, Processo: 11188 UF: PE – PERNAMBUCO, Fonte: DJ 24-06-1966 PP-***** EMENT VOL-00660-** PP-*****, Relator: Ministro Carlos Medeiros, Data Publicação: 24/06/1966.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 9501187470, Processo: 9501187470 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 27/8/1998 Documento: TRF100067131, Fonte: DJ DATA: 21/9/1998 PAGINA: 151, Relator: Desembargador Francisco de Assis Betti, Data Publicação: 21/09/1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 200038000349930, Processo: 200038000349930 UF: MG Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 25/10/2002 Documento: TRF100140394, Fonte: DJ DATA: 14/11/2002 PAGINA: 271, Relator: Desembargador João Batista Moreira, Data Publicação: 14/11/2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 200336000102750, Processo: 200336000102750 UF: MT Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Data da decisão: 5/6/2006 Documento: TRF100230951, Fonte: DJ DATA: 30/6/2006 PAGINA: 142, Relator: Desembargador Luciano Tolentino Amaral, Data Publicação: 30/06/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200601000337804, Processo: 200601000337804 UF: DF Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 20/4/2007 Documento: TRF100248650, Fonte: DJ DATA: 11/6/2007 PAGINA: 106, Relator: Desembargadora Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Data Publicação: 11/06/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 199901000278387, Processo: 199901000278387 UF: MA Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 6/3/2001 Documento: TRF100108923, Fonte: DJ DATA: 2/4/2001 PAGINA: 119, Relator Des. Juiz Aloisio Palmeira Lima, Data Publicação: 02/04/2001.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200501000235441, Processo: 200501000235441 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 5/10/2005 Documento:

TRF100219272, Fonte: DJ DATA: 27/10/2005 PAGINA: 94, Relator: Desembargadora Selene Maria De Almeida, Data Publicação: 27/10/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200201000153333, Processo: 200201000153333 UF: PA Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 30/4/2007 Documento: TRF100251846, Fonte: DJ DATA: 13/7/2007 PAGINA: 39, Relator: Desembargador Souza Prudente, Data Publicação: 13/07/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AGRAR - AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISORIA – 200401000449492, Processo: 200401000449492 UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 9/1/2007 Documento: TRF100241820, Fonte: DJ DATA: 9/2/2007 PAGINA: 7, Relator: Desembargador João Batista Moreira, Data Publicação: 09/02/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200001000827437, Processo: 200001000827437 UF: AP Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 10/6/2002 Documento: TRF100133040, Fonte: DJ DATA: 12/7/2002 PAGINA: 147, Relator: Desembargador Antonio Ezequiel, Data Publicação: 12/07/2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200034000269251, Processo: 200034000269251 UF: DF Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 14/08/2006 Documento: TRF100233980, Fonte: DJ DATA: 28/08/2006 PAGINA: 101, Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, Data Publicação: 28/08/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200134000134414, Processo: 200134000134414 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 26/2/2007 Documento: TRF100243777, Fonte: DJ DATA: 8/3/2007 PAGINA: 101, Relator: Desembargador João Batista Moreira, Data Publicação: 08/03/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200238000476758, Processo: 200238000476758 UF: MG Órgão Julgador: QUINTA TURMA,

Data da decisão: 14/3/2007 Documento: TRF100244878, Fonte: DJ DATA: 9/4/2007 PAGINA: 130, Relator: Desembargador João Batista Moreira, Data de Publicação: 09/04/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200140000063842, Processo: 200140000063842 UF: PI Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 17/8/2005 Documento: TRF100217586, Fonte: DJ DATA: 21/9/2005 PAGINA: 37, Relator: Desembargadora Selene Maria De Almeida, Data Publicação: 21/09/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 199801000545379, Processo: 199801000545379 UF: DF Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 13/10/1998 Documento: TRF100069557, Fonte: DJ DATA: 19/11/1998 PAGINA: 224, Relator: Desembargadora Eliana Calmon, Data Publicação: 19/11/1998.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 199934000341536, Processo: 199934000341536 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 29/9/2003 Documento: TRF100156532, Fonte: DJ DATA: 16/10/2003 PAGINA: 47, Relator: Desembargadora Selene Maria de Almeida, Data Publicação: 16/10/2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 199901000509153, Processo: 199901000509153 UF: MG Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 21/5/2007 Documento: TRF100251076, Fonte: DJ DATA: 25/6/2007 PAGINA: 97, Relator: Desembargador Daniel Paes Ribeiro, Data Publicação: 25/06/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 199801000928348, Processo: 199801000928348 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA SUPLEMENTAR, Data da decisão: 17/5/2005 Documento: TRF100212008, Fonte: DJ DATA: 9/6/2005 PAGINA: 58, Relator: Desembargador Marcelo Dolzany Da Costa, Data de Publicação: 09/06/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL, Processo: 9704496761 UF: SC Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 28/09/2000 Documento: TRF400079372, Fonte: DJU DATA:31/01/2001 PÁGINA: 527, Relator: Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, Data de Publicação: 31/01/2001.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL, Processo: 9704036710 UF: RS Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 07/11/2000 Documento: TRF400079341, Fonte: DJU DATA:24/01/2001 PÁGINA: 391, Relator: Desembargador Alcides Vettorazzi, Data Publicação: 24/01/2001.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 200104010641213 UF: SC Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 28/06/2005 Documento: TRF400109502, Fonte: DJU DATA:13/07/2005 PÁGINA: 418, Relator: Desembargador Luiz Carlos de Castro Lugon, Data Publicação: 13/07/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 203153, Processo: 200005000042630 UF: AL Órgão Julgador: Segunda Turma, Data da decisão: 26/03/2002 Documento: TRF500066844, Fonte: DJ - Data: 13/03/2003 - Página: 476, Relator: Desembargador Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data Publicação: 13/03/2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 375567, Processo: 200282000091875 UF: PB Órgão Julgador: Quarta Turma, Data da decisão: 21/03/2006 Documento: TRF500112499, Fonte: DJ - Data: 13/04/2006 - Página: 81 - Nº: 72, Relator: Desembargadora Margarida Cantarelli, Data Publicação: 13/04/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 374933, Processo: 200483000046042 UF: PE Órgão Julgador: Primeira Turma, Data da decisão: 19/01/2006 Documento: TRF500108503, Fonte: DJ - Data: 15/02/2006 - Página: 809 - Nº: 33, Relator: Desembargador Francisco Wildo, Data Publicação: 15/02/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 384065, Processo: 200605000162491 UF: PE Órgão Julgador: Primeira Turma, Data da decisão: 07/12/2006 Documento: TRF500130740, Fonte: DJ

- Data: 21/12/2006 - Página: 332 - Nº: 102, Relator(a): Desembargador Federal Francisco Wildo, Data Publicação: 21/12/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 369035, Processo: 200181000007961 UF: CE Órgão Julgador: Terceira Turma, Data da decisão: 25/01/2007 Documento: TRF500134624, Fonte: DJ - Data: 27/04/2007 - Página: 1027 - Nº: 81, Relator(a): Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, Data Publicação: 27/04/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AC - Apelação Cível – 351857, Processo: 200081000114281 UF: CE Órgão Julgador: Quarta Turma, Data da decisão: 24/10/2006 Documento: TRF500129346, Fonte: DJ - Data: 29/11/2006 - Página: 1286 - Nº: 228, Relator(a): Desembargador Federal Barros Dias, Data Publicação: 29/11/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AGRSEL - Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Liminar - 3582/01, Processo: 20050500018255201 UF: RN Órgão Julgador: Presidência, Data da decisão: 27/07/2005 Documento: TRF500099060, fonte: DJ - Data: 03/08/2005 - Página: 802 - Nº: 148, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data Publicação: 03/08/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: AMS - Apelação em Mandado de Segurança – 27765, Processo: 9305160271 UF: CE Órgão Julgador: Segunda Turma, Data da decisão: 03/08/1993 Documento: TRF500011422, Fonte: DJ - Data: 27/09/1993, Relator: Desembargador Jose Delgado, Data Publicação: 27/09/1993.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: Classe: AC - Apelação Cível – 386568, Processo: 200583000151322 UF: PE Órgão Julgador: Quarta Turma, Data da decisão: 11/07/2006, fonte: DJ - Data: 16/08/2006 - Página: 1073 - Nº: 157, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data Publicação: 16/08/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Quinta Região. Classe: EDAC - Embargos de Declaração na Apelação Cível - 413399/01, Processo: 20058300009726101 UF: PE Órgão Julgador: Primeira Turma, Data da decisão: 15/05/2008 Documento: TRF500159224, Fonte: DJ - Data: 13/06/2008 - Página: 640 - Nº: 112, Relator(a): Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, Data Publicação: 13/06/2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 249850, Processo: 200002010611996 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 05/09/2001 Documento: TRF200079041, Fonte: DJU DATA:25/10/2001, Relator: Desembargador Sergio Schwaitzer, Data Publicação: 25/10/2001.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL, Processo: 9502179323 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 18/12/1996 Documento: TRF200048545, Fonte: DJ DATA:10/04/1997 PÁGINA: 22214, Relator: Desembargadora Julieta Lídia Lunz, Data Publicação: 10/04/1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 212966, Processo: 199902010476705 UF: RJ Órgão Julgador: 5ª TURMA, Data da decisão: 18/12/2002 Documento: TRF200097359, Fonte: DJU DATA:03/06/2003 PÁGINA: 186, Relator: Desembargadora Vera Lúcia Lima, Data Publicação: 03/06/2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 126948, Processo: 200402010058383 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 16/06/2004 Documento: TRF200124855, Fonte: DJU DATA:12/07/2004 PÁGINA: 158, Relator: Desembargador: Rogério Carvalho, Data Publicação: 12/07/2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 165935, Processo: 200802010080758 UF: RJ Órgão Julgador: SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, Data da decisão: 13/10/2008 Documento: TRF200194178, Fonte: DJU - Data::22/10/2008 - Página::137, Relator(a): Desembargador Federal LEOPOLDO MUYLAERT, Data Publicação: 22/10/2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 6818, Processo: 9202152969 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 08/05/2002 Documento: TRF200084324, Fonte: DJU DATA:08/05/2002 PÁGINA: 375, Relator: Desembargador Juiz Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Data Publicação: 08/05/2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 23500, Processo:

9802388815 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 17/05/1999 Documento: TRF200066200, Fonte: DJ DATA:04/11/1999, Relator: Desembargador Fernando Marques, Data Publicação: 04/11/1999.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 43267, Processo: 200202010172122 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 02/12/2002 Documento: TRF200095048, Fonte: DJU DATA:08/04/2003 PÁGINA: 100, Relator: Desembargador Ney Fonseca, Data Publicação: 08/04/2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 667534, Processo: 199961180016565 UF: SP Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA, Data da decisão: 11/06/2007 Documento: TRF300120891, Fonte: DJU DATA:28/06/2007 PÁGINA: 390, Relator: Desembargadora Eva Regina, Data Publicação: 28/06/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1177761, Processo: 200561230018281 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 09/05/2007 Documento: TRF300117877, Fonte: DJU DATA:23/05/2007 PÁGINA: 722, Relator: Desembargador Carlos Muta, Data Publicação: 23/05/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 18712, Processo: 90030041067 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 14/03/2007 Documento: TRF300114847, Fonte: DJU DATA:03/04/2007 PÁGINA: 372, Relatora: Desembargadora Mairan Maia, Data Publicação: 03/04/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 389871, Processo: 97030620787 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA SEÇÃO, Data da decisão: 16/05/2007 Documento: TRF300121822, Fonte: DJU DATA:06/07/2007 PÁGINA: 289, Relator: Desembargador Marcio Mesquita, Data Publicação: 06/07/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Terceira Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 901690, Processo: 199961080014868 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 26/07/2006 Documento: TRF300106348, Fonte: DJU DATA:02/10/2006 PÁGINA: 334, Relator: Desembargadora Consuelo Yoshida, Data Publicação: 02/10/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. – Quarta Região. Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL, Processo: 9504102174 UF: RS Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data da decisão: 18/08/1998 Documento: TRF400063578, Forte: DJ DATA:16/09/1998 PÁGINA: 407, Relator: Desembargador José Luiz B. Germano da Silva. Data Publicação: 16/09/1998.

BRAVO, Jorge dos Reis. A tutela penal dos interesses difusos. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

BRUNA, Sergio Varela. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRUZZONE, Ginevra. La regolazione intrusiva oggi. Mercato, concorrenza, regole. n. 3, p. 467-484, Dec, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSTAMANTE, Jorge Eduardo. Desregulación: Entre el Derecho y la Economía. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

CABANA, Patricia Faraldo. Los delitos societarios (aspectos dogmáticos y jurisprudenciales). Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito administrativo. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1980, v. II.

_____. Manual de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1970, tomo II.

CALDAS, Geraldo Pereira. Concessões de serviços públicos de energia elétrica. Curitiba: Juruá, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito processual civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Breve introdução ao Direito econômico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAMPOS, Francisco. Direito administrativo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____ e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

- CAO, Christian Alberto. Constitución socioeconómica y derechos fundamentales: estudio comparado entre los casos de España e Argentina. Buenos Aires: Ediar, 2015.
- CARDOSO, José Lucas. Autoridades administrativas independientes e Constituição: contributo para o estudo da gênese, caracterização e enquadramento constitucional da administração independente. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- CARNEIRO, Maria Neuenschwander Escosteguy. Exame da possibilidade jurídica de modificação do “monopólio” postal. 2004, 211 laudas, Dissertação de Mestrado em Direito apresentada na Universidade Candido Mendes (Faculdade de Direito) – Rio de Janeiro, dez. de 2004.
- CARREAU, Dominique e JUILLARD, Patrick. Droit international économique. 2. ed. Paris: Dalloz, 2005.
- CARULLO, Antonio. Lezioni di Diritto pubblico dell’economia. 3. ed. Padova: CEDAM, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Nulo T. P. As concentrações de empresas no direito antitruste. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.
- CASSESE, Sabino. La nuova costituzione econômica. 4. ed. Roma-Bari: Laterza, 1997.
- _____. Lo spazio giuridico globale. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- _____. Il diritto amministrativo globale. Uma introduzione. Rivista trimestrale di diritto pubblico. Milano, n. 2, v. 54, p. 331-358, abr-jul, 2005.
- Castells, Manuel. A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del. Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Ámsterdam. In: CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del e NORIEGA, Antonio Estella de. Problemas de legitimación en la Europa de la Unión: las respuestas del Tratado de Ámsterdam. Madrid: Universidad Carlos III, 2000.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Regime jurídico e os princípios orientadores das agências de regulação. In: SARAVIA, Enrique; PECCI, Alketa;

BRASÍLICO, Edson Américo (Org.). Regulação, defesa da concorrência e concessões. Rio de Janeiro: ASEP, 2002.

CAUPERS, João. Introdução à ciência da administração pública. Lisboa: Âncora, 2002.

CAVARA, Pietro. Liberalismo e liberismo: un dibattito ancora aperto. Crítica del Diritto. Ancona, n. 1-2, p. 215-225, jan-jul, 2001.

CAWLEY, Richard. A. Universal service: specific services on generic networks - some logic begins to emerge in the policy area. 29th TPRC Conference. 2001.

CHEVALIER, Jacques. L'État post-moderne. Paris: LGDJ, 2003.

_____. Le droit Administratif en Mutation. Paris: PUF, 1993.

CHRISTIANSEN, T.; LAURIDSEN, J. e KAMPER-JOERGENSEN, F. Demand for Private Health Insurance and Demand for Health Care by Privately Insured in Denmark – With a Specific View to Equity. Odense: Department of Public Health, University of Southern Denmark, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Motivo e Motivação do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COCA, J. A. García de. Proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos (o Servicios de Interés Económico General). Versión de 14 de febrero de 1994. Revista de administración pública, n. 136, 1995, p. 523-535.

COKE, Edward. Institutes of the Lawes of England en Steve Sheppard (ed.). The selected writings and speeches of Sir Edward Coke. Indiana: Liberty Fund, 2003, v. II.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

CONFORTO, Glória. Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, p. 27-40, jan./fev.1998.

CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Court (chamber). Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden. Applications no. 10873/84, Date: 07/07/1989

CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Court (chamber). Fredin v. Sweden. Applications no. 12033/86, Date: 18/02/1991.

CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Court (Plenary). van Marle and Others v. The Netherlands. Applications no. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, Date: 26/06/1986.

CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Fourth Section. Posti and Rahko v. Finland. Applications no. 27824/95, Date: 24/09/2002.

CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Fourth Section. Appleby and Others v. the United Kingdom. Applications no. 44306/98, Date: 06/05/2003.

CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Second Section. Sidabras and Džiautas v. Lithuania. Applications nos. 55480/00 and 59330/00, Date: 27/07/2004.

CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights. Second Section. Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH v. Austria. Applications no. 32240/96, Date: 21/09/2000.

COOPER, Robert. The breaking of nations: order and chaos in the twenty-first century. London: Atlantic Books, 2003.

CORDEIRO, António Menezes. Direito da economia. Lisboa: Associação acadêmica faculdade de direito de Lisboa, 1994.

COSTA, Cássio. O estabelecimento dos correios no Brasil. Revista do Serviço Público. a. XXVI, v. 95, n. 4, p. 151-238, out/dez 1963.

COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Setor sucroalcooleiro: da rígida intervenção ao livre mercado. São Paulo: Método, 2003.

COSTA, Paolo Henrique Spilotros. Planejamento e Regulação do Transporte Metroviário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

COTRIN NETO, A. B. Da empresa pública no Direito administrativo comparado. Rio de Janeiro: [s. ed.], 1965.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. Manual de Direito administrativo. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Tratado de Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

CRETELLA NETO, José. Do contrato internacional de franchising. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

_____ e MOREIRA, Egon Bockmenn. Estudos de Direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CUNHA, Carolina. Controlo das concentrações de empresas (Direito Comunitário e Direito Português). Coimbra: Almedina, 2005.

CUNHA, Paulo César Melo. A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CUONZO, Lorenzo. Diritto pubblico dell'economia: profili generali. Bari: Cacucci, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O futuro do Estado. São Paulo: Saraiva, 2001.

DANTAS, Ivo. Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 1999.

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

DELMAS-MARSALET, J. Le controle juridictionnel des interventions économiques de l'État. In: Études et documents du Conseil d'État 1969. Paris: Journal officiel de la République française, 1970.

DERANI, Cristiane. Serviço público e privatização: atividades do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Discricioniedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Limites da Função Regulatória das Agências Diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). Direito Regulatório: Temas Polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, José L. de Mattos, QUAGLINO, Maria Ana. A questão do petróleo no Brasil: uma história da Petrobras. Rio de Janeiro: FGV, 1993.

DIEZ, Manuel Maria. Manual de Derecho administrativo. Bueno Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1980, Tomo II.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. La idea de servicios de interés económico general. Revista Española de Derecho Europeo. Madrid, n. 2, p. 249-258, 2002.

DOMENICHELLI, Vittorio. Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?. Diritto processuale amministrativo. Milano. v. 22, n. 1, p. 1-13, 2004.

DORMÍ, Roberto. Nuevo Estado nuevo Derecho. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

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

DUGUIT, Leon. Las transformaciones del Derecho público. Tradução com estudo preliminar de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Madrid: Francisco Beltrán, 1913.

_____. Les transformations du Droit public. Paris: A. Colin, 1913.

_____. Traité de Droit constitutionnel. 3. ed. Paris: Bocard, 1927, tomo I.

_____. Traité de Droit constitutionnel. 3. ed. Paris: Bocard, 1927, tomo II.

DUTRA, Pedro. A fiscalização dos serviços públicos privatizados. Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 20.10.98, p. A-3. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999.

ELY JR., James W. The guardian of every other right. Oxford: University Press, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDES, Tomás- Ramón. Curso de derecho administrativo II. 10. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. Curso de derecho administrativo I. 13. ed. Madrid: Civitas, 2006.

ESCRIBANO, Francisco de Borja López-Jurado. Alcance y aplicación del art. 90.2 (nuevo 86.2) del Tratado de la Comunidad Europea en la jurisprudencia comunitaria. Revista Española de Derecho Administrativo. Madrid, n. 102, p. 297-314, jul-ago,1999.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 109/2003. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 5/6/2003. Publicación BOE: 20030701 [«BOE» núm. 156]. Sala: Pleno. Ponente: Don Tomás S. Número registro: 3540/96, de 1492. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 111/1983. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 2/12/1983. Publicación BOE: 19831214 [«BOE» núm. 298]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Díez de Velasco, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Truyol y Pera. Ponente: don Jerónimo Arozamena Sierra. Número registro: 116/1983. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 112/1995. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 6/7/1995. Publicación BOE: 19950803 [«BOE» núm. 184]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez, Gabaldón, García-Mon, Gimeno, de Mendizábal, González, Cruz, Viver, Ruiz, Jiménez de Parga, Delgado y Vives. Ponente: don Vicente Gimeno Sendra. Número registro: 1170/1988. Recurso tipo: Conflicto positivo de competencia.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 119/1991. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 3/6/1991. Publicación BOE: 19910708 [«BOE» núm. 162]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Rubio, Díaz, Rodríguez-Piñero, de los Mozos, Rodríguez y Gabaldón. Ponente: don Alvaro Rodríguez Bereijo. Número registro: 1676/1988. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 126/2003. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 30/6/2003. Publicación BOE: 20030730 [«BOE» núm. 181]. Sala: Sala Primera. Ponente: don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Número registro: 5122/1998. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 127/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 5/5/1994. Publicación BOE: 19940531 [«BOE» núm. 129]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Vicente Gimeno Sendra. Número registro: 1363/1988, 1364. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 132/2001. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 8/6/2001. Publicación BOE: 20010703 [«BOE» núm. 158]. Sala: Sala Primera. Ponente: don Pablo Cachón Villar. Número registro: 1608/2000. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 133/1997. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 16/7/1997. Publicación BOE: 19970806 [«BOE» núm. 187]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez, Gabaldón, García-Mon, Gimeno, de Mendizábal, González, Cruz, Viver, Ruiz, Jiménez de Parga, Vives y García. Ponente: don Rafael de Mendizábal Allende. Número registro: 1712/1988, 1716. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 152/2003. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/7/2003. Publicación BOE: 20030813 [«BOE» núm. 193]. Sala: Pleno. Ponente: don Vicente Conde Martín de Hijas. Número registro: 3537/1999. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 17/1990. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 7/2/1990. Publicación BOE: 19900301 [«BOE» núm. 52]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rubio, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina, López, de los Mozos, Rodríguez y Gimeno. Ponente: don Carlos de la Vega Benayas. Número registro: 1077/1987. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 18/1984. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 7/2/1984. Publicación BOE: 19840309 [«BOE» núm. 59]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. García-Pelayo, Latorre, Díez de Velasco, Bugué, Gómez-Ferrer y Escudero. Ponente: don Rafael Gómez-Ferrer Morant. Número registro: 475/1982. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 181/1990. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 15/11/1990. Publicación BOE: 19901203 [«BOE» núm. 289]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. Tomás, García-Mon,

Leguina, López y Gimeno. Ponente: don Luis López Guerra. Número registro: 426/1988. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 186/1988. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/10/1988. Publicación BOE: 19881107 [«BOE» núm. 267]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García- Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina y López. Ponente: don Angel Latorre Segura. Número registro: 34, 430 y 503/1984 (acumulados). Recurso tipo: Conflicto positivo de competencia.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 206/1990. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/12/1990. Publicación BOE: 19910110 [«BOE» núm. 9]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Rubio, Díaz, Rodríguez-Piñero, de los Mozos y Rodríguez. Número registro: 434/1988, 761 acumulados). Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 21/1999. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 25/2/1999. Publicación BOE: 19990317 [«BOE» núm. 65]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Cruz, Viver, de Mendizábal, González, Jiménez de Parga, Vives, García, Cachón, Garrido Conde, Jiménez y Casas. Ponente: don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Número registro: 1078/1989 y 1079. Recurso tipo: Conflictos positivos de competências.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 213/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 14/7/1994. Publicación BOE: 19940818 [«BOE» núm. 197]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Pedro Cruz Villalón. Número registro: 1184/1988, 174. Recurso tipo: Conflicto positivo de competencia.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 225/1993. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 8/7/1993. Publicación BOE: 19930802 [«BOE» núm. 183]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Julio Diego González Campos. Número registro: 1418/1987, 421. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad. Cuestiones de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 227/1993. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 9/7/1993. Publicación BOE: 19930812

[«BOE» núm. 192]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Carlos de la Vega Benayas. Número registro: 884/1987. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 25/1989. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 3/2/1989. Publicación BOE: 19890228 [«BOE» núm. 50]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Begué, Latorre, García-Mon, de la Vega, Leguina y López. Ponente: doña Gloria Begué Cantón. Número registro: 833/1983. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 26/1981. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/7/1981. Publicación BOE: 19810813 [«BOE» núm. 193]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Arozamena, Rubio, Díez-Picazo, Tomás, Fernández y Truyol. Ponente: don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Número registro: 203 y 216/1980 (acumulados). Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 31/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 31/1/1994. Publicación BOE: 19940302 [«BOE» núm. 52]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. López, Díaz, Rodríguez, Gabaldón, González y Viver. Ponente: don Alvaro Rodríguez Bereijo. Número registro: 1513/1990. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 329/1993. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 12/11/1993. Publicación BOE: 19931210 [«BOE» núm. 295]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Número registro: 74/1986. Recurso tipo: Conflicto positivo de competencia.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 37/1987, Tipo: SENTENCIA, Fecha de Aprobación: 26/3/1987, Publicación BOE: 19870414 [«BOE» núm. 89], Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina y López. Ponente: don Jesús Leguina Villa, Número registro: 685/1984, Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 46/1983. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 27/5/1983. Publicación BOE: 19830617 [«BOE» núm. 144]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. García-Pelayo, Latorre,

Díez de Velasco, Begué, Gómez-Ferrer y Escudero. Ponente: don Angel Escudero del Corral. Número registro: 31/1981, 52. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 49/1988. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 22/3/1988. Publicación BOE: 19880413 [«BOE» núm. 89]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina y López. Ponente: don Angel Latorre Segura. Número registro: 990, 991 y 1007/1985 (acumulados). Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 52/1988. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 24/3/1988. Publicación BOE: 19880413 [«BOE» núm. 89]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero y López. Ponente: don Carlos de la Vega Benayas. Número registro: 480/1984. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 53/1986. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 5/5/1986. Publicación BOE: 19860520 [«BOE» núm. 120]. Sala: Sala Segunda: Excmos. Sres. Begué, Latorre, García-Mon, de la Vega, Leguina y López. Ponente: don Luis López Guerra. Número registro: 270/1985. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 6/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/1/1994. Publicación BOE: 19940217 [«BOE» núm. 41]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, García-Mon, Gimeno, de Mendizábal y Cruz. Ponente: don Fernando García-Mon y González-Regueral. Número registro: 690/1992. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 61/1997. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 20/3/1997. Publicación BOE: 19970425 [«BOE» núm. 99]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez, Gabaldón, García-Mon, Gimeno, de Mendizábal, González, Cruz, Viver, Ruiz, Jimenez de Parga, Vives y García. Ponente: don Enrique Ruiz Vadillo y don Pablo García Manzano, quienes expresan el parecer del Tribunal. Número registro: 2477/1990, 2479 488/1990. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 64/1991. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 22/3/1991. Publicación BOE: 19910424 [«BOE» núm. 98]. Sala: Sala Primera: Excmos. Sres. Tomás, García-Mon, de

la Vega Leguina, López y Gimeno. Ponente: don Jesús Leguina Villa. Número registro: 853/1988. Recurso tipo: Recurso de amparo.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 83/1984. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 24/7/1984. Publicación BOE: 19840824 [«BOE» núm. 203]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Latorre, Rubio, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Truyol y Pera. Ponente: don Francisco Rubio Llorente. Número registro: 80/1983. Recurso tipo: Cuestión de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 84/1993. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 8/3/1993. Publicación BOE: 19930415 [«BOE» núm. 90]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, González y Viver. Ponente: don Julio Diego González Campos. Número registro: 1891/1991. Recurso tipo: Cuestión de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 88/1986, Tipo: SENTENCIA, Fecha de Aprobación: 1/7/1986, Publicación BOE: 19860722 [«BOE» núm. 174], Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero y López. Ponente: don Carlos de la Vega Benayas, Número registro: 352/1983 y 367, Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 89/1994. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 17/3/1994. Publicación BOE: 19940414 [«BOE» núm. 89]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver. Ponente: don Luis López Guerra. Número registro: 2010/1989 y 969. Recurso tipo: Cuestiones de inconstitucionalidad.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Referencia número: 95/1986. Tipo: SENTENCIA. Fecha de Aprobación: 10/7/1986. Publicación BOE: 19860723 [«BOE» núm. 175]. Sala: Pleno: Excmos. Sres. Tomás, Begué, Latorre, Rubio, Díez-Picazo, Truyol, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina y López. Ponente: don Jesús Leguina Villa. Número registro: 744/1983. Recurso tipo: Conflicto positivo de competencia.

ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 30 de octubre de 1987.

ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 24 de noviembre de 2004.

ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 10 de octubre de 1989.

ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 17 de febrero de 1958

ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 25 de enero de 1960

ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 31 de diciembre de 1971.

ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 22 de febrero de 1962.

ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 9 de abril de 1962.

ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 16 de octubre de 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Addyston Pipe & Steel Co. v. US*, 175 US 211, 229-230 (1889). Argued April 26–27, 1899. Decided December 4, 1899. Full case name: *Addyston Pipe and Steel Company et al., Appts., v. United States*. Citations: 175 U.S. 211. Prior history: None. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Melville Fuller; Associate Justices John M. Harlan, Horace Gray, David J. Brewer, Henry B. Brown, George Shiras, Jr., Edward D. White, Rufus W. Peckham, Joseph McKenna. Laws applied: First, Fourteenth amendment, Commerce Clause.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Butchers' Union Co. v. Crescent City Co.*, 111 U.S. 746 (1884). Argued April 9-10, 1884. Decided May 5, 1884. Full case name: *Butchers' Union Slaughterhouse and Livestock Company v. Crescent City Livestock Landing and Slaughterhouse Company*. Citations: 111 U.S. 746. Prior history: None. Subsequent history: None. Laws applied: U.S. Const.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *California Retail Liquor Dealers Assn v. Midcal Aluminium*, 445 US 97 (1980). Argued January 16, 1980. Decided March 3, 1980. Full case name:

California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc.. Citations: 445 U.S. 97 (1980). Prior history: None. Subsequent history: None. Laws applied: U.S. Const.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Charles River Bridge v. Warren Bridge, 36 US (11 Pet) 419 (1837). Argued January 19, 1837. Decided February 14, 1837. Full case name: The Proprietors of Charles River Bridge, Plaintiffs in Error v. The Proprietors of Warren Bridge, and others. Citations: 36 U.S. 420; 36 U.S. 420. Prior history: None. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Roger B. Taney, Associate Justices, Joseph Story, Smith Thompson, John McLean, Henry Baldwin, James M. Wayne, Philip P. Barbour. Laws applied: Article One of the United States Constitution.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Dartmouth College v. Woodward, 17 US (4 Wheat.) 518 (1819). Decided February 2, 1819. Full case name: Trustees of Dartmouth College v. Woodward. Citations: 17 U.S. 518; 4 L. Ed. 629. Prior history: ERROR to the Superior Court of the State of New Hampshire. Court membership: Chief Justice: John Marshall; Associate Justices: Bushrod Washington, William Johnson, Henry B. Livingston, Thomas Todd, Gabriel Duvall, Joseph Story. Laws applied: U.S. Const. Art. 1, Sec. 10.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Ferguson v. Skrupa, 372 US 726, 730-731 (1963). Argued March 20, 1963. Decided April 22, 1963.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Fisher v. City of Berkeley, 475 US 260 (1986). Argued February 12, 1985. Decided February 26, 1985. Full case name: Fisher v. City of Berkeley. Citations: 475 U.S. 260. Prior history: None. Subsequent history: None. Laws applied: U.S. Const.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Fletcher v. Peck, 10 US (6 Cr) 87 (1810). Argued February 15, 1810. Decided March 16, 1810. Full case name: Robert Fletcher v. John Peck. Citations: 10 U.S. 87; 10 U.S. (6 Cranch) 87; 3 L. Ed. 162; 1810 U.S. LEXIS 322. Prior history: Demurrer overruled, D. Mass. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice John Marshall; Associate Justices: William Cushing, Samuel

Chase, Bushrod Washington, William Johnson, Henry B. Livingston. Laws applied: U.S. Const. art. I, § 10, cl. 1.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 US 602 (1935). Argued May 1, 1935. Decided May 27, 1935. Full case name: *Humphrey's Executor v. United States*. *Rathbun v. Same*. Citations: 295 U.S. 602 (more). Prior history: None. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Charles E. Hughes; Associate Justices Willis Van Devanter; James C. McReynolds; Louis Brandeis; George Sutherland; Pierce Butler; Harlan F. Stone; Owen J. Roberts; Benjamin N. Cardozo. Laws applied: U.S. Const. art. I; U.S. Const. art. II; Federal Trade Commission Act.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Lochner v. People of State of New York*, 198 U.S. 45 (1905). Argued February 23–24, 1905. Decided April 17, 1905. Full case name: *Joseph Lochner, Plaintiff in Error v. People of the State of New York*. Citations: 198 U.S. 45; 25 S. Ct. 539; 49 L. Ed. 937; 1905 U.S. LEXIS 1153. Prior history: Defendant convicted, Oneida County Court, New York, 2-12-1902; affirmed, 76 N.Y.S. 396 (N.Y. App. Div. 1902); affirmed, 69 N.E. 373 (N.Y. 1904). Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Melville Fuller; Associate Justices, John M. Harlan, David J. Brewer, Henry B. Brown, Edward D. White, Rufus W. Peckham, Joseph McKenna, Oliver W. Holmes, Jr., William R. Day. Laws applied: U.S. Const. amend. XIV; 1897 N.Y. Laws art. 8, ch. 415, § 110.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946). Argued December 7, 1945. Decided January 7, 1946. Full case name: *Marsh v. State of Alabama*. Citations: 326 U.S. 501. Prior history: None. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Harlan F. Stone. Laws applied: U.S. Const., amend. I, amend. XIV.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Morehead v. New York*, 298 US 587 (1936). Decided June 1, 1936. Full case name: *Warden Morehead v. People of the State of New York*. Citations: 298 U.S. 587. Prior history: None. Subsequent history: None. Laws applied: U.S. Const.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *National Cable & Telecommunications Association et al. v. Brand X Internet Services et al.*, 545 U.S. 967 (2005). Argued March 29, 2005. Decided June 27, 2005. Full case name: *National Cable & Telecommunications Association et*

al. v. Brand X Internet Services et al. Citations: 545 U.S. 967. Prior history: FCC order affirmed in part, vacated in part, remanded, Brand X Internet Servs. v. FCC, 345 F.3d 1120 (9th Cir. 2003); rehearing, rehearing en banc denied, 2004 U.S. App. LEXIS 8023 (9th Cir. Mar. 31, 2004); cert. granted, sub nom. Nat'l Cable & Telecomms. Ass'n v. Brand X Internet Servs., 543 U.S. 1018 (2004). Subsequent history: On remand, sub nom. Brand X Internet Servs. v. FCC, 2006 U.S. App. LEXIS 1573 (9th Cir., Jan. 23, 2006). Court membership: Chief Justice William Rehnquist; Associate Justices: John P. Stevens; Sandra Day O'Connor; Antonin Scalia; Anthony Kennedy; David Souter; Clarence Thomas; Ruth Bader Ginsburg; Stephen Breyer. Laws applied: Telecommunications Act of 1996.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Pruneyard Shopping Center v. Robbins, 447 US 74 (1980). Argued March 18, 1980. Decided June 9, 1980. Full case name: Pruneyard Shopping Center v. robins. Citations: 447 U.S. 74; 100 S. Ct. 2035, 64 L. Ed. 2d 741. Prior history: Writ of certiorari to the Supreme Court of California. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Warren E. Burger. Laws applied: U.S. Const.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Slaughter-House, 83 US (16 Wall) 36 (1873). Argued January 11, 1872. Reargued February 3–5, 1873. Decided April 14, 1873. Full case name: The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company; Paul Esteben, L. Ruch, J. P. Rouede, W. Maylie, S. Firmberg, B. Beaubay, William Fagan, J. D. Broderick, N. Seibel, M. Lannes, J. Gitzinger, J. P. Aycock, D. Verges, The Live-Stock Dealers' and Butchers' Association of New Orleans, and Charles Cavaroc v. The State of Louisiana, ex rel. S. Belden, Attorney-General; The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company. Citations: 83 U.S. 36; 83 U.S. (16 Wall.) 36; 21 L. Ed. 394; 1872 U.S. LEXIS 1139. Prior history: Error to the Supreme Court of Louisiana. Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Salmon P. Chase. Laws applied: U.S. Const. Art. IV. sec. 2, 13th, 14th, 15th Amendments.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. United States v. Carolene Products Co, 304 U.S. 144 (1938). Argued April

6, 1938. Decided April 25, 1938. Full case name: United States v. Carolene Products Company. Citations: 304 U.S. 144; 58 S. Ct. 778; 82 L. Ed. 1234; 1938 U.S. LEXIS 1022. Prior history: Demurrer to indictment sustained, 7 F. Supp. 500 (S.D. Ill. 1934). Court membership: Chief Justice Charles E. Hughes; Associate Justices James C. McReynolds, Louis Brandeis, Pierce Butler. Harlan F. Stone, Owen J. Roberts, Benjamin N. Cardozo, Hugo Black, Stanley F. Reed. Laws applied: U.S. Const. art. I; U.S. Const. amend. V; 21 U.S.C. § 61-63 (1938) (Filled Milk Act § 61-63).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. West Coast Hotel Co v. Parrish, 300 US 379 (1937). Argued December 16–17, 1936. Decided March 29, 1937. Full case name: West Coast Hotel Company v. Ernest Parrish, et ux. Citations: 300 U.S. 379; 57 S. Ct. 578; 81 L. Ed. 703; 1937 U.S. LEXIS 1119; 1 Lab. Cas. (CCH) P17,021; 8 Ohio Op. 89; 108 A.L.R. 1330; 1 L.R.R.M. 754; 7 L.R.R.M. 754. Prior history: Judgment for defendant, Chelan County Superior Court, Nov. 9, 1935; reversed, 55 P.2d 1083 (Wash. 1936). Subsequent history: None. Court membership: Chief Justice Charles E. Hughes; Associate Justices Willis Van Devanter; James C. McReynolds, Louis Brandeis; George Sutherland, Pierce Butler, · Harlan F. Stone, Owen J. Roberts; Benjamin N. Cardozo. Laws applied: U.S. Const. amend. XIV; Minimum Wages for Women Act, 1913 Wash. Laws 174.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Williamson v. Lee Optical, 348 US 483 (1955). Argued March 2, 1955. Decided March 28, 1955. Full case name: Mac Q. Williamson, Attorney General of Oklahoma, et al. v. Lee Optical of Oklahoma, Incorporated, et al. Citations: 348 U.S. 483; 75 S. Ct. 461; 99 L. Ed. 563; 1955 U.S. LEXIS 1003. Prior history: Appeal from the United States District Court for the Western District of Oklahoma. Court membership: Chief Justice Earl Warren; Associate Justices Hugo Black, Stanley F. Reed, Felix Frankfurter, William O. Douglas, Harold H. Burton, Tom C. Clark, Sherman Minton, John M. Harlan II.

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

FALLA. F. Garrido *¿Crisis de la noción de servicio público?* In: MONTANER, Luis Cosculluela (coord.). Estudios de Derecho público económico: libro

homenaje al Prof. Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Endesa-Ibercaja-Civitas, 2003.

FARIA, José Eduardo. Direito e economia na democratização brasileira. São Paulo: Malheiros, 1993.

FARIA, José Eduardo. Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, Werter R. Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

FARIAS, Sara Jane Leite de. Regulação jurídica dos serviços autorizados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FARJAT, Gérard. Droit économique. 2. ed. Paris: PUF, 1982.

FARRERES, Germán Fernández. En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: especial referencia al principio de subsidiariedad. Revista de Administración Pública. Madrid, n. 80, p. 127-167, may/ago, 1976.

_____. La subvención: concepto y régimen jurídico. Madrid: IEF, 1983.

FELDMAN, R.; ESCRIBANO, C. e PELLISE, L. The role of government in health insurance markets with adverse selection. Health Economics. n. 8, v. 7, p. 659-670, ago, 1998.

FELIPE, M. Beltrán de. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid: Tecnos, 1995 (Temas clave de la Constitución Española).

FELIÚ, José Maria Gimeno. Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas. Revista de Administración Pública. Madrid, n. 135, p. 149-212, sep/dic, 1994.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Empresa pública y servicio público: el final de una época. Madrid. Revista Española de Derecho Administrativo. n. 89, 1996, p. 48. In: RUIZ, Matilde Carlón. El servicio universal de telecomunicaciones. Madrid: Civitas, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, a. 8, n. 35, p. 143-158, nov/dez 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição brasileira. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

- _____. Curso de Direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. Direito constitucional econômico. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Eduardo Paz. Direito da economia. Lisboa: Associação acadêmica faculdade de direito de Lisboa, 2001.
- _____. (org.). Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado. Lisboa: Almedina, 2000.
- _____.; MORAIS, Luís Silva. A regulação sectorial da economia: introdução e perspectiva geral. In: FERREIRA, Eduardo Paz; MORAIS, Luís Silva; ANASTÁCIO, Gonçalo (coords.). Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo? Coimbra: Almedina, 2009.
- FERREIRA, Pinto. Comentários à constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.
- FERREIRA, Sergio de Andréa. Eficácia jurídica dos planos de desenvolvimento econômico. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 140, p. 16-35, abr/jun, 1980.
- FERRER, Juan de la Cruz. La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- _____. Principios de regulación económica en la Unión Europea. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.
- FILELLINI, Alfredo. Economia do setor público. São Paulo: Atlas, 1990.
- FONSECA, João Bosco Leopaldino da. Direito econômico. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FONSECA, Rui Guerra da. Autonomia estatutária das empresas públicas e descentralização administrativa. Coimbra: Almedina, 2005.
- FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FORURIA, Eduardo Vírjala. La Constitución y las comisiones reguladoras de los servicios de red. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004.
- FRANÇA, Susete Barboza. A presença do Estado no setor saúde no Brasil. Revista do Serviço Público. n. 3, v. 49, p. 85-100, jul-set, 1998.
- FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision n.º 97-388DC. Loi créant les plans d'épargne retraite. NOR: CSCL9701972S. Votos: MM Roland DUMAS,

président, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean CABANNES, Maurice FAURE, Yves GUÉNA, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR et M Jacques ROBERT. Data: Jeudi 20 mars 1997.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2000-433DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, NOR : CSCL0004281S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M. Pierre MAZEAUD et Mmes Monique PELLETIER et Simone VEIL. Data: jeudi 27 juillet 2000.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2000-439DC. Loi relative à l'archéologie préventive. NOR: CSCL0104635S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M. Pierre MAZEAUD et Mmes Monique PELLETIER et Simone VEIL. Data: mardi 16 janvier 2001.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2001-451DC. Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles. NOR : CSCL0105227S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: mardi 27 novembre 2001.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2001-455DC. Loi de modernisation sociale. NOR: CSCL0205314S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: samedi 12 janvier 2002.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2002-460DC. Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure. NOR: CSCL0205850S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: jeudi 22 août 2002.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2003-474DC. Loi de programme pour l'outre-mer. NOR: CSCL0306762S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de

LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: jeudi 17 juillet 2003.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2003-477DC. Loi pour l'initiative économique. NOR: CSCL0306806S. Votos: MM. Yves GUÉNA, Président, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, Pierre JOXE, Pierre MAZEAUD, Mmes Monique PELLETIER, Dominique SCHNAPPER et Simone VEIL. Data: jeudi 31 juillet 2003.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 2004-497DC. Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle. NOR : CSCL0407440S. Votos: M. Pierre Mazeaud, président, MM. Jean-Claude Colliard, Olivier Dutheillet de Lamothe, Valéry Giscard d'Estaing, Mme Jacqueline de Guillenchmidt, MM. Pierre Joxe et Jean-Louis Pezant, Mme Dominique Schnapper, M. Pierre Steinmetz et Mme Simone Veil. Data: jeudi 1 juillet 2004.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 81-132DC. Loi de nationalisation. Data: samedi 16 janvier 1982.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 82-141DC. Loi sur la communication audiovisuelle. NOR: [s. n.]. Votos: [s. relator]. Data: mardi 27 juillet 1982.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 85-198DC. Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle. NOR: [s. n.]. Votos: [s. relator]. Data: vendredi 13 décembre 1985.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 89-254DC. Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations. NOR: CSCX8910293S. Data: mardi 4 juillet 1989.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 89-268DC. Loi de finances pour 1990. NOR: CSCX8910544S. Votos: [s. relator]. Data: vendredi 29 décembre 1989.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 90-283DC. Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme. NOR: CSCX9010118S. Votos: [s. relator]. Data: mardi 8 janvier 1991.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 90-287DC. Loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales. NOR : CSCX9100002S. Votos: [s. relator]. Data: mercredi 16 janvier 1991.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 92-316DC. Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. NOR: CSCX9310836S. Votos: [s. relator]. Data: mercredi 20 janvier 1993.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 94-345DC. Loi relative à l'emploi de la langue française. NOR: CSCX9400346S. Votos: [s. relator]. Data: vendredi 29 juillet 1994.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 98-401DC. Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. NOR: CSCL9803034S. Votos: MM Roland DUMAS, président, Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Yves GUÉNA, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M Pierre MAZEAUD et Mme Simone VEIL. Data: mercredi 10 juin 1998.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision N° 99-423DC. Loi relative à la réduction négociée du temps de travail. NOR: CSCL9903933S. Votos: M. Yves GUÉNA, MM. Georges ABADIE, Michel AMELLER, Jean-Claude COLLIARD, Alain LANCELOT, Mme Noëlle LENOIR, M. Pierre MAZEAUD et Mme Simone VEIL. Data: jeudi 13 janvier 2000.

FRANÇA. Conseil d'État. Arrêt Association du Personnel Relevant des Etablissements pour Inadaptés (APREI). N° 264541. Publié au recueil Lebon. Section du Contentieux. M. Stirn, président, Mme Fabienne Lambolez, rapporteur, Mlle Verot, commissaire du gouvernement, LE PRADO; SCP NICOLAY, DE LANOUELLE; SCP BOULLEZ, avocats. Lecture du jueves 22 febrero 2007.

FRANÇA. Conseil d'État. Arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers. Statuant au contentieux N° 06781. Publié au recueil Lebon. SECTION M. Romieu, président; M. Delfau, rapporteur; M. Josse, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 30 mayo 1930.

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

FRANÇA. Conseil d'Etat. Arrêt Monpeurt. Statuant au contentieux. N° 71398. Publié au recueil Lebon. ASSEMBLEE. M. Porché, président, M.

Chatenet, rapporteur, Ségalat, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 31 julio 1942.

FRANÇA. Conseil d'Etat. Arrêt Société dès concerts du conservatoire. Statuant au contentieux. N° 92004. Publié au recueil Lebon. SECTION. M. Rouchon-Mazerat, président, M. Heumann, rapporteur, M. Letourneur, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 9 marzo 1951.

FRANÇA. Conseil d'Etat. Arrêt Société Frampar. Statuant au contentieux. N° 42289. Publié au recueil Lebon. ASSEMBLEE. M. Ordonneau, rapporteur. M. Heumann, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 24 junio 1960.

FRANÇA. Conseil d'Etat. Arrêt Société KPMG et autres. N° 288460. Publié au recueil Lebon. Assemblée. M. Denoix de Saint Marc, président, M. Bertrand Dacosta, rapporteur, M. Aguila, commissaire du gouvernement, SCP CELICE, BLANCPAIN, SOLTNER; SPINOSI; SCP DEFRENOIS, LEVIS ; SCP LYON-CAEN, FABIANI, THIRIEZ, avocats. Lecture du viernes 24 marzo 2006.

FRANÇA. Conseil d'Etat. Arrêt Terrier. Statuant au contentieux. N° 07496. Publié au recueil Lebon. M. Soulié, rapporteur, M. Romieu, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 6 febrero 1903.

FRANÇA. Conseil d'Etat. Arrêt Vezia. Statuant au contentieux. N° 39234. Publié au recueil Lebon. ASSEMBLEE. M. Blondeau, rapporteur, M. Latournerie, commissaire du gouvernement. Lecture du viernes 20 diciembre 1935.

FRANÇA. Tribunal des conflits. Arrêt Blanco. N° 00012. Publié au recueil Lebon. M. Mercier, rapporteur, M. David, commissaire du gouvernement. Lecture du sábado 8 febrero 1873.

FRANÇA. Tribunal des conflits. Arrêt Société Commerciale de l'Ouest Africain. N° 00706. Publié au recueil Lebon. M. Pichat, rapporteur, M. Matter, commissaire du gouvernement. Lecture du sábado 22 enero 1921.

FRANCO, António L. Sousa. Noções de Direito da economia. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 1982-1983.

_____. Verbo – Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura (VELBC). Lisboa: Verbo, In: nacionalização, vol. XX, vol. 606.

_____. Notas sobre o princípio da liberdade económica. Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, n. 355, p. 11-40, abr, 1986.

- _____. e MARTINS, Guilherme D'Oliveira. A Constituição económica portuguesa: ensaio interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993.
- FRANZESE, Lucio. Ordine economico e ordinamento giuridico: la sussidiarietà delle istituzioni. Padova: Cedam, 2004.
- FREITAS, Juarez. Discricioniedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo Malheiros Editores, 2007.
- FROMONT, Michel. Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative. Actualité Juridique Droit Administrative. Paris, nov, 1966.
- FURTADO, Clarissa. ECT notifica concorrentes para garantir seu monopólio. Gazeta Mercantil. Entregas. 21, 22 e 23/06/02, p. A7.
- GANDRA, Ives. Comentário à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, tomo 1.
- GAVÍN, Juan Pemán. La nueva ordenación de los servicios postales. Liberalización y servicio universal en el sector de las comunicaciones postales. In: MONTANER, Luis Cosculluela. Estudios de derecho público económico. Madrid: Civitas, 2003.
- GEERTZ, Clifford. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: Koogan, 1989.
- GIANI, Loredana. Attività amministrativa e regolazione di sistema. Torino: Giappichelli, 2002.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras. Direito.com.br. Disponível em: <http://www.direito.com.br/Doutrina.ASP?O=1&T=3090>. Acesso em: 19 de junho de 2003.
- GOMES, Nuno Sá. Nacionalizações e privatizações. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1988.
- GOMES, Orlando e VARELA, Antunes. Direito económico. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GONÇALVES, Pedro. Direito das telecomunicações. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. Direito administrativo da regulação. MIRANDA, Jorge (coord.). Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, 2 vol.

GORDILLO, Agustín. Princípios gerais de Direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

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

GOUVEIA, Rodrigo. Os serviços de interesse geral em Portugal. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. Planejamento econômico e regra jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003 (Coleção temas de direito administrativo n.º 6).

_____. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUASTINI, Riccardo. La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

HESSE, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 17. ed. Heidelberg, 1990.

HUBRECHT, Hubert-Gérald. Droit public économique. Paris: Dalloz, 1997.

Huntington, Samuel. Le choc des civilisations. Paris: O. Jacob, 1966.

IANNOTTA, Lucio. Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare). Diritto processuale amministrativo. Milano, v. 23, n. 1, p. 1-51, 2005.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 103 de 25 GIUGNO 1957, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito

in cancelleria: 8 luglio 1957. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 174 del 13 luglio 1957. Pres. AZZARITI - Rel. GABRIELI, Massime: 454, 455, 456 e 457.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 1066 de 24 NOVEMBRE-6 DICEMBRE 1988, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 06 dicembre 1988. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” dell’14 dicembre 1988. Pres. SAJA, Massime: 13289.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 107 de 24 MAGGIO 1977, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 2 giugno 1977. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 155 dell’8 giugno 1977. Pres. ROSSI - Rel. ROSSANO, Massime: 8897, 8898, 8899 e 8900.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 11 de 15 MARZO 1960, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 23 marzo 1960. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 75 del 26 marzo 1960. Pres. AZZARITI - Rel. GABRIELI, Massime: 967, 968, 969 e 970.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 111 de 5 APRILE 1974, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 23 aprile 1974. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 107 del 24 aprile 1974. Pres. BONIFACIO - Rel. AMADEI, Massime: 7200 e 7201.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 116 de 22 de MARZO 2006, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Principale. Deposito in cancelleria: 17 de marzo 2006. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” del 22 de marzo 2006. Pres. MARINI - Rel. DE SIERVO, Massime: 30272, 30273, 30274, 30275 e 30276.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 133 de 16 DICEMBRE 1968, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 20 dicembre 1968. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 329 del 28 dicembre 1968.. Pres. SANDULLI - Rel. OGGIONI, Massime: 3051 e 3052.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 14 de 24 FEBBRAIO 1964, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 07 marzo 1964. Pres. AMBROSINI, Massime: 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 155 de 24 aprile-7 maggio 2002, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 7 de maggio 2002. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 19

del 15 maggio 2002. Pres. RUPERTO - Rel. CAPOTOSTI, Massime: 26962, 26963 e 26964.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 175 anno 2005, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Principale. Deposito in cancelleria: 04 de maggio 2005. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" del 11 de maggio 2005. Pres. CONTRI - Rel. VACCARELLA, Massime: 29375 e 29376.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 176 de 10 - 22 giugno 2004, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Principale. Deposito in cancelleria: 22 de giugno 2004. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" del 30 giugno 2004. Pres. ZAGREBELSKY - Rel. QUARANTA, Massime: 28525 e 28526.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 190 de 6 - 14 giugno 2001, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 14 de giugno 2001. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 24 del 20 giugno 2001. Pres. RUPERTO, Massime: 26317 e 26330.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 202 de 14 LUGLIO 1981, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 29 de Luglio 1981. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale". Pres. GIONFRIDA, Massime: 9462, 9463, 9464, 9465.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 202 de 15 LUGLIO 1976, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 28 de Luglio 1976. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale". Pres. ROSSI, Massime: 8512, 8513.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 21 de 26 FEBBRAIO 1964, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 14 marzo 1964. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 73 del 21 marzo 1964. Pres. AMBROSINI - Rel. PAPALDO, Massime: 2075, 2076, 2077 e 2078.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 223 de 2 DICEMBRE 1982, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 16 dicembre 1982. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 351 del 22 dicembre 1982. Pres. ELIA - Rel. SAJA, Massime: 9535.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 226 de 9 LUGLIO 1974, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 10 luglio 1974. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 187 del 17

luglio 1974. Pres. BONIFACIO - Rel. DE MARCO, Massime: 7416, 7417, 7418, 7419, 7420 e 7421.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 237 de 22 OTTOBRE 1975, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 30 ottobre 1975. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 293 del 5 novembre 1975. Pres. BONIFACIO - Rel. AMADEI, Massime: 8103, 8104, 8105, 8106, 8107 e 8108.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 24 de 28 FEBBRAIO 1967, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 9 marzo 1967. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 64 dell'11 marzo 1967. Pres. AMBROSINI - Rel. VERZÌ, Massime: 4535 e 4536.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 241 de 3-15 MAGGIO 1990, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 15 maggio 1990. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" dell'23 maggio 1990. Pres. SAJA, Massime:16003, 16005 e 16006.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 243 20 de giugno 2005, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Principale. Deposito in cancelleria: 24 de giugno 2005. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" del 29 de giugno 2005. Pres. CONTRI - Rel. FLICK, Massime: 29474, 29475, 29476 e 29477.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 268 de 22-30 GIUGNO 1994, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 30 de Giugno 1994. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" dell' 06 luglio 1994. Pres. CASAVOLA, Massime: 20554, 20555, 20556, 20557, 20558.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 279 03 de luglio 2006, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 07 de luglio 2006. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" del 12 de luglio 2006. Pres. MARINI - Rel. TESAURO, Massime: 30596, 30597 e 30598.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 29 de 22 Gennaio 1957, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 26 gennaio 1957. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 27 del 30 gennaio 1957. Pres. DE NICOLA - Rel. GABRIELI, Massime: 232.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 312 de 30 SETTEMBRE 1983, Giudizio: Giudizio Di Legittimità' Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in

cancelleria: 18 ottobre 1983. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 27 del 30 gennaio 1957. Pres. ELIA, Massime: 9628, 9629, 9630, 9631, 9632, 9633, 9634.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 33 de 23 Gennaio 1957, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 26 gennaio 1957. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 27 del 30 gennaio 1957. Pres. DE NICOLA - Rel. AZZARITI, Massime: 241 e 242.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 35 de 15 GIUGNO 1959, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 27 giugno 1959. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 155 del 2 luglio 1959. Pres. AZZARITI - Rel. PETROCELLI, Massime: 828.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 388 de 21-30 LUGLIO 1992, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 30 de luglio 1992. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” dell’05 agosto 1992. Pres. CORASANITI, Massime: 18799, 18800 e 18801.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 4 de 6 FEBBRAIO 1962, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 14 febbraio 1962. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 44 del 17 febbraio 1962. Pres. CAPPI - Rel. MORTATI, Massime: 1419, 1420, 1421 e 1422.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 46 de 4 APRILE 1963, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 9 aprile 1963. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 101 del 13 aprile 1963. Pres. AMBROSINI - Rel. CASSANDRO, Massime: 1767, 1768, 1769 e 1770.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 5 de 8 FEBBRAIO 1962, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 14 febbraio 1962. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 44 del 17 febbraio 1962. Pres. CAPPI - Rel. SANDULLI, Massime: 1423, 1424 e 1425.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 50 de 5 APRILE 1957, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 13 aprile 1957. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 104 del 23 aprile 1957. Pres. AZZARITI - Rel. PETROCELLI, Massime: 298.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 60 de 22 GIUGNO 1965, Giudizio: Giudizio Di Legittimita’ Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in

cancelleria: 6 *luglio* 1965. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 171 del 10 *luglio* 1965. Pres. AMBROSINI - Rel. JAEGER, Massime: 2409.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 63 de 28 GENNAIO-8 FEBBRAIO 1991, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 02 de febbraio 1991. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” dell’13 febbraio 1990. Pres. CONSO, Massime: 17120, 17122, 17123 e 17124.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 70 de 6-17 MARZO 2000, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 17 de marzo 2000. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” dell’22 marzo 2000. Pres. MIRABELLI, Massime: 25208.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 78 de 16 DICEMBRE 1958, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 30 dicembre 1958. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 316 del 31 dicembre 1958. Pres. AZZARITI - Rel. COSATTI, Massime: 707, 708, 709 e 710.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 9 de 6 FEBBRAIO 1973, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 20 febbraio 1973. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 55 del 28 febbraio 1973. Pres. CHIARELLI - Rel. OGGIONI, Massime: 6551, 6552, 6553, 6554, 6555, 6556 e 6557.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n. 97 de 22 MAGGIO 1969, Giudizio: Giudizio Di Legittimità Costituzionale In Via Incidentale. Deposito in cancelleria: 10 giugno 1969. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 152 del 18 giugno 1969. Pres. BRANCA - Rel. BONIFACIO, Massime: 3301, 3302, 3303, 3304, 3305, 3306, 3307, 3308 e 3309.

JACQUEMIN, Alex. Le droit économique. Paris: PUF, 1970.

JÈZE, Gaston. Principes generaux du Droit administrative. 2. ed. Paris: M. Giard & E. Briere, 1914.

_____. Principes generaux du Droit administrative. Paris: Dalloz, 1925-36, 6 vols.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

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

KATZAROV, K. Théorie de la nationalisation. Neuchatel: Éditions de la Baconnière, 1960.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. As agências reguladoras no direito brasileiro. Jus Navigandi. Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8101>. Acesso em: 09 de junho de 2008.

KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. Granada: Comares, 2002.

_____. Teoria pura do direito. São Paulo. Martins Fontes, 1987.

KEYNES, John Maynard. The end of laissez-faire. London: L. & Virginia Woolf, 1926.

KINDLEBERGER, Charles P. Economic law and economic history. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

LAGADEC, P. La civilisation du risque. Paris: Du Seuil, 1981.

LASO, Enrique Sayagués. Tratado de Derecho administrativo. Montevideo, [s.a], [s.v] e [s.m], 1953, tomo I.

LAUBADÈRE, André de. Manual de Droit administratif. Paris: Dalloz, 1976.

_____. Direito Público econômico. Tradução de Maria Teresa Costa, revisada por Evaristo Mendes. Coimbra: Almedina, 1985.

_____ e DELVOLVÉ, Pierre. Droit public économique. Paris: Dalloz, 1986.

LEÃES, L. G. Paes de Barros. Estudos e pareceres sobre sociedade anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

LEHFELD, Lucas de Souza. ANATEL e as novas tendências na regulação das telecomunicações no Brasil. In: MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. São Paulo: Atlas, 2002.

LEITE, Valdecy Faria. Adoção do sistema de franquia nos correios do Brasil: um estudo sobre a qualidade e produtividade no setor público, 1996, 358 f. Tese (Doutorado) – UFRJ/COPPEAD, Rio de Janeiro.

LOCKE, John. Two treatises of government. London: Whitmore and Fenn, and C. Brown, 1821.

LONGO, Carlos Alberto e TROSTER, Roberto Luis. Economia do setor público. São Paulo: Atlas, 1993.

- LUCESOLE, Eduardo. Poder tributario municipal: ¿Alcanza a las empresas prestatarias de servicios públicos? Diagnóstico – propuestas. La Plata: Universitaria de La Plata, nov, 1999.
- LUCIA, Luca de. La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità. Torino: Giappichelli, 2002.
- MACALOSS, Joaquim. O serviço postal e o privilégio exclusivo. Revista de Direito Público. São Paulo, a. XVI, n. 68, out/dez 1983.
- MACHADO, Santiago Muñoz. Servicio público y mercado. Madrid, Civitas, 1998, T. I.
- MAGALHÃES, Roberto Barcellos. Comentários à Constituição Federal de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- MALLÉN, Beatriz Tomás. El derecho fundamental a una buena administración. Madrid: Instituto Nacional del Administración Pública, 2004.
- MAQUIAVELO, Nicolás. El principio [comentado por Napoleón Bonaparte]. Tradução e notas Eli Leonetti Jungl. Madrid: Espasa-Calpe, 2006.
- MARCHAND, M. e SCHROYEN, F. Markets for Public and Private Health Care: Redistribution Arguments for a Mixed System. Discussion Paper 23. Louvain: Center for Operations Research and Econometrics, Université Catholique de Louvain, 2001.
- MARIA, José Serpa de Santa. Sociedade de economia mista e empresas públicas. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1979.
- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho administrativo. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, Tomo VI.
- MARÍN, Carmen Chinchilla. Servicio público, ¿crisis o renovación? In: Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998.
- MARINHO, Josaphat. Sistema normativo e serviço postal no Brasil. Revista de Direito Público. São Paulo, a. XVIII, n. 74, p. 70-78, abr/jun 1985.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. Agências Reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado. São Paulo: ABAR, 2003.

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

_____. Reestruturação do setor postal brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo. [s. a.], v. 19, p. 149 – 169, jul/set 1997.

_____; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 51-68, out. 2010.

MARQUES, Rui Cunha. Regulação de serviços públicos. Lisboa: Sílabo, 2005.

MARSHALL, Carla C. A regulação para a competição. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. Direito Empresarial Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MARTÍN, Eduardo Ortega. Derecho administrativo-económico. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial. Revista de Administración Pública. Madrid, a. 33, n. 100-102, ene/dic, 1983.

MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre las privatizaciones. Revista de Administración Pública. Madrid, n. 144, p. 7-44, set-dez, 1997.

MARTÍNEZ, J. Pérez. Nuevo diseño europeo de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet. Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, 2002.

MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 3, tomo II.

MAS, Joaquín Tornos. Discrecionalidad e intervención administrativa económica. In: AAVV. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Civitas-Junta de Andalucía, 1996.

MASAGÃO, Mário. Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MASTROBUONO, Cristina M. Wagner. Agências reguladoras e agências executivas. Revista Trimestral de Advocacia Pública. Rio de Janeiro, a. VII, n. 13, p. 11-18, mar/2001.

MATEO, Ramón Martín. Administración monetaria. Madrid: IEAL, 1968.

- _____. e WAGNER Francisco Sosa. Derecho administrativo económico. 2. ed. Madrid: Pirámide, 1977.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MCCONNELL, Grant. Private power and american democracy. New York: Alfred A. Knopf, 1966.
- MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. O Direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.). Uma avaliação das tendências do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MEILÁN GIL, J. L. La “cláusula de proceso” en los servicios públicos. Madrid: IEA, 1968.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Controle judicial dos atos administrativos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 65, v. 16, p. 27-38, jan/mar, 1983.
- _____. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. Prestação de serviços públicos e Administração indireta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito internacional econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agência reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENEZELLO, Maria D' Assunção Costa. Comentários a lei do petróleo: lei federal nº 9.478, de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000.

MERKL, Adolfo. Teoría general del Derecho administrativo. Granada: Comares, 2004.

MERLONI, Francesco. Amministrazione 'neutrale' e amministrazione imparziale: a proposito dei rapporti tra 'politica' e 'amministrazione'. Diritto Pubblico. Padova, a. 3, n. 2, p. 289-317, mag/ago, 1997.

MILLON-DELSOL, Chantal. L'État subsidiaire. Paris: PUF, 1992. In: CHEVALIER, Jacques. L'État post-moderne. Paris: LGDJ, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, Tomo 1.

MIRANDA, Jorge. Direito da economia. Coimbra: Coimbra editora, 1988.

_____. Direito da economia: segundo as lições. Lisboa: Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, 1982-1983.

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

MOITINHO, Alvaro Pôrto. Ciência da administração. 2. ed. Rio de Janeiro: P. de Azevedo, 1950.

MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito econômico. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Sécondat, Baron de la Brede et de. De l'esprit des lois. Paris: Didot, 1803.

MORAIS, Luís D. S. Privatização de empresas públicas: as opções de venda. Lisboa: Associação acadêmica faculdade de direito de Lisboa, 1990.

MORAS, Juan Martin Gonzáles. Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

- _____. Direito político: uma democracia em vias de transformação. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. VI – Direito Político, p. 165-185, 2000.
- _____. Interferências entre Poderes do Estado. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 26, n. 103, p. 5-26, jul/set, 1989.
- _____. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. Mutações do Direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Mutações do Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. Natureza Jurídica, Competência Normativa e Limites de Atuação. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 215, p. 71-83, jan./mar., 1999.
- _____. Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988. Rio de Janeiro: APEC, 1989.
- MOREIRA, Vital (org.). Estudos de regulação pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, v. 1.
- _____. Administração autónoma e associações públicas. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- _____. Auto-regulação profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997.
- _____. Autoridades e instrumentos de regulação. Aula no VI Curso de Pós-graduação Regulação Pública e Concorrência. Universidade de Coimbra (CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). Outubro de 2006 – Junho de 2007.
- _____. Economia e constituição. Coimbra: Coimbra editora, 1979.
- _____. Estudos de Regulação Pública – I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____ e FORTES, André Matos. Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público: a “Declaração de Condeixa”. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 249-259, jan./mar. 2003.
- _____ e MAÇÃS, Fernanda. Autoridades reguladoras independentes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORÓN, Miguel Sánchez. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994.

MOTTA, Massimo. Competition policy: theory and practice. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2004.

MUKAI, Toshio. Participação do estado na atividade econômica: limites jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. Responsabilidade Civil Objetiva - Previsão Legal – Parecer. Doutrina ADCOAS. v. 2, n. 12, p. 406-413, dez, 1999.

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

MUYLAERT, Sérgio Ribeiro. Estado, empresa pública, mercado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. A ordem econômica e financeira e a nova constituição. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

NEUDECK, W. e PODEZECK, K. Adverse selection and regulation in health insurance markets. Journal of Health Economics. Bristol, n. 4, v. 15, p. 387-408, ago, 1996.

NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Barcelona: Ariel, 2000.

_____. Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria. Revista de Administración Pública. Madrid, a. 14, n. 44, may/ago, 1964.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA FILHO, Luiz Carlos e PINHEIRO, Armando Castelar. Privatização no Brasil: passado, planos e perspectivas. Texto para discussão n.º 230, IPEA, 1991.

ONOFRE, Thaiz Rodrigues. A natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2785, 15 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18488>>. Acesso em: 9 fev. 2013.

ORDÓNEZ, Miguel Angel Fernández. La competencia. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Economía y Estado: crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 1993.

- _____. El socialismo y las nacionalizaciones: con un epílogo sobre RUMASA. Cuenta y Razón del Pensamiento Actual. nº 10: p. 61, 1983.
- _____. La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión. Revista de Administración Pública. Madrid, n. 88, p. 55-106, ene/abr, 1979.
- _____. Las tarifas de los servicios públicos: poder tarifario, poder de tasación y control judicial. Sevilla: Instituto García Oviedo, 1976.
- _____. Principios de derecho público económico: modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. 3. ed. Granada: Comares, 2004.
- OSORIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.
- OTERO, Paulo. Privatizações, reprivatizações e transferência de participações sociais no interior do sector público. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- PABLO, Marco M. Fernando. Derecho general de las telecomunicaciones. Madrid: Colex, 1998.
- PARADA, Ramón. Derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- PASCUAL, Juan José Monteiro. Derecho de las telecomunicaciones. Valencia: tirant lo Blanch, 2007.
- _____. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005.
- PASTOR, Javier Viciano. Libre competencia e intervención pública en la economía. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Principios de derecho administrativo general. Madrid: Iustel, 2004, v. I.
- _____. Principios de derecho administrativo general. Madrid: Iustel, 2004, v. II.
- PATRÍCIO, José Simões. Bases gerais das empresas públicas. 3. ed. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 1991.
- _____. Curso de direito econômico. 2. ed. Lisboa: Associação académica faculdade de direito de Lisboa, 1981.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Agências reguladoras. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, (Série Coleção Síntese Jurídica, nº 2).

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano, A posição dominante relativa no direito da concorrência. Coimbra: Almedina, 2001.

PEREIRA, Affonso Insuela. O direito econômico na ordem jurídica. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Derecho Penal Económico. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

PETERSON, Mark A. Political Influences in the 1990's, from the Iron Triangle to Political Networks. Journal of Health Politics, Policy and Law. Durham, v. 18, n. 2, p. 395-438, 1993.

PETTER, Lafayette Josué. Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Direito económico português: desenvolvimento recentes. Coimbra: Almedina, 1982.

PINTO, Maria da Glória Ferreira. Serviço público. Lisboa: Verbo, 1987, v. 5.

POLIGNANO, M. V. História das políticas de saúde no Brasil: uma pequena revisão. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

POLIZELLI, Demerval e OZAKI, Adalton. Sociedade da Informação: Desafios da Era da Colaboração e da Gestão do Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2007.

POLLITT, Christopher. Managerialism and the public services: the Anglo-American experience. Oxford: Blackwell, 1990.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 114/00, Proc. n.º 300/1997, 1.ª Secção, Relator: Cons. Tavares da Costa, Data: 22 de Fevereiro de 2000.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 144/05, Proc. n.º 875/04, 1.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria Helena Brito, Data: 16 de Março de 2005.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 148/2004, Proc. n.º 88/00, Plenário, Relatora: Cons^a Maria Fernanda Palma, Data: 10 de Março de 2004.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 15/2005, Processo n.º 862/04, 3.ª Secção, Relatora: Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, Data: Lisboa, 18 de Janeiro de 2005.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 159/2007, Proc. n.º 537/99, Plenário, Relator: Conselheira Maria Helena Brito, Data: 6 de Março de 2007.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 166/94, Proc. n.º 314/92, 2ª Secção, Relator: Cons Bravo Serra, Data: 16 de Fevereiro de 1994.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 186/88, Processo: n.º 344/88, Plenário, Relator: Conselheiro Cardoso da Costa, Data: 11 de Agosto de 1988, Publicado no Diário da República, II serie, de 5 de setembro de 1988.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 187/2001, Processo: n.º 120/1995, Plenário, Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto, Data: 2 de Maio de 2001.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 199/2005, Proc. n.º 117/04, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues, Data: 19 de Abril de 2005.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 249/90, Processo: n.º 102/89, 1ª Secção, Relator: Conselheiro Monteiro Diniz, Data: 12 de Julho de 1990.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 254/2007, Processo: n.º 158/07, 3ª Secção, Relator: Conselheiro Gil Galvão, Data: 30 de Março de 2007.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 257/92, Processo: n.º 60/90, 1ª Secção, Relator: Conselheiro Monteiro Diniz, Data: 13 de Julho de 1992.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 289/2004, Processo: n.º 578/99, Plenário, Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto, Data: 27 de Abril de 2004.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 328/94, Processo: n.º 641/92, 2ª Secção. Relator: Conselheiro BRAVO SERRA, Data: 13 de Abril de 1994.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 329/99, Processo: n.º 492/98, Plenário. Relator: Conselheiro Messias Bento, Data: 2 de Junho de 1999.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 358/05, Processo: n.º 138/05, 1ª Secção, Relator: Conselheira Maria Helena Brito, Data: 6 de Julho de 2005.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 360/2004, Processo: n.º 589/03, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Mário Torres, Data: 19 de Maio de 2004.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39/88, Proc. n.º 136/88, Plenário, Relator: Cons. Messias Bento, Data: 09 de Fevereiro de 1988.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 392/89, Processo: n.º 200/88, 2ª Secção, Relator: Conselheiro Messias Bento, Data: 17 de Maio de 1989.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 423/2008, Processo: n.º 592/08, Plenário, Relator: Conselheira Ana Guerra Martins, Data: 4 de Agosto de 2008.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 444/93, Processo: n.º 403/88, Plenário, Relator: Conselheiro Messias Bento, Data: 14 de Julho de 1993, Publicado no Diário da República, II serie, de 19 de outubro de 1993.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 491/02, Processo: n.º 310/99, Plenário, Relator: Cons. Paulo Mota Pinto, Data: 26 de Novembro de 2002.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 494/03, Processo: n.º 140/03, 3ª Secção, Relator: Cons. Gil Galvão, Data: 22 de Outubro de 2003.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 517/99, Processo: n.º 61/95, Relator: Messias Bento, Data: 22 de Setembro de 1999.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 76/2005, Proc. n.º 766/03, 2ª Secção, Relator: Cons. Paulo Mota Pinto, Data: 15 de Fevereiro de 2005.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 76/85, Processo: n.º 72/84, Relator: Conselheiro Monteiro Dinis, Data: 06 de Maio de 1985.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 85/2003, Proc. n.º 330/2000, Plenário, Relator: Consª Maria Fernanda Palma, Data: 12 de Fevereiro de 2003.

POSNER, Eric A. Law and economics. Aldershot: Ashgate, 2001.

POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 7. ed. Austin: Wolters Kluwer for Aspen Publishers, 2007.

_____. El análisis económico del derecho. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2000.

- _____ e PARISI, Francesco. Law and economics. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 1997.
- POSNER, Tony. Law and the regulators. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- PRADO, Maurício. Concessão pública: Um empreendimento público comercial. Revista do BNDES. Rio de Janeiro, v. 3, ano V, p. 105-126, jun. 1996.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O limite do poder discricionário das autoridades administrativas. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, n. 41, p. 83-96, 1965.
- RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. Direito econômico. Brasília: Fortium, 2005.
- RAMOS, Vasco Moura. O direito fundamental à iniciativa económica privada (art. 61.º, n.º 1, da CRP): termos da sua consagração no direito constitucional português. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, v. LXXVII, p. 833-871, jan-dez, 2001.
- REBOLLO, Luis Martíns. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. Revista de Administración Pública. n. 100-102, p. 2471-2542, enero-diciembre, 1993.
- REINO UNIDO. England and Wales High Court (Queen's Bench Division). Darcy v. Allein [1602] 77 Eng. Rep. 1260.
- REINO UNIDO. House of Lords Decisions. Pirelli Cable Holding NV & Ors v Inland Revenue [2006] UKHL 4 - 8 February 2006. On appeal from [2003] EWCA Civ 1849.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RIANI, Flávio. Economia do setor público: uma abordagem introdutória. São Paulo: Atlas, 1986.
- RITTNER, F. Wirtschaftsrecht. Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965.
- RIVERO, Jean. Direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1981.
- _____. Hauriou et l'avènement de la notion de service publique. In: MESTRE, Melanges. L'evolution du droit public: etudes em l'honneur d'Achilles Mestre. Paris: Sirey, 1956.

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

ROLIM, Maria João C. Pereira. Direito econômico da energia elétrica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROLLAND, L. Précis de Droit administratif. 11. ed. Paris: Dalloz, 1957.

ROQUE, Ana. Tópicos de direito econômico. Lisboa: Universidad Autónoma, 2002.

RUIZ, Matilde Carlón. El servicio universal de telecomunicaciones. Madrid: Civitas, 2007.

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

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Intervenção direta do Estado na economia: Uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 269, p. 107-138, mai./ago., 2015.

SALLES, Pedro. História da medicina no Brasil. Belo Horizonte: G. Holman, 1971.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

SANTAMARÍA, Jaime Abella. La ordenación jurídica de la actividad económica. Madrid: Dykinson, 2003.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito econômico. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

SAVY, Robert. Droit public économique. Paris: Dalloz, 1972.

SCAFF, Fernando Facury. Responsabilidade civil do Estado intervencionista. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia. Porto Alegre: sergio antonio fabris, 2000.

- SEOANE, Antonio Mozo. La discrecionalidad de la Administración Pública en España: análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983. Madrid: Montecorvo, 1985.
- SFEZ, Lucien. Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administrative français. Paris: LGDJ, 1966.
- SIEGAN, Bernard. Economic liberties and the Constitution. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1980.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Monopólio do serviço postal. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. São Paulo, a. 23, v. 171, p. 65-77, jul/ago, 1999.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito constitucional econômico. São Paulo: LTr, 2001.
- SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Direito urbanístico brasileiro. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil: processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.
- SILVIA A., Frego Luppi. L'amministrazione regolatrice. Torino: Giappichelli, 1999.
- SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Dublin: N. Kelly for P. Wogan, 1801, v. II.
- SOLÉ, Juli Ponce. Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- SORRENTINO, Federico. Legalità e delegificazione. In: PINELLI, C. Amministrazione e legalità: fonti normative e ordinamenti (Atti del convegno – Macerata, 21-22 maggio 1999). Milano: Giuffrè, 2000.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de Matos. Direito Administrativo Geral: Introdução e Princípios Fundamentais. Lisboa: Don Quixote, 2004, Tomo I.

SOUTO, Carlos Fernando e LOUREIRO, Gustavo Kaercher Loureiro. O novo modelo do setor elétrico brasileiro e as cooperativas de eletrificação rural. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos jurídicos do planejamento econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____. Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Direito administrativo da economia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Direito administrativo das concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Direito administrativo em debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Direito administrativo regulatório. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Direito empresarial público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA FILHO, J. A. O ensino da clínica obstétrica na Universidade da Bahia. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1967.

SOUZA, Horácio Algusto Mendes de. Regulação jurídica do transportador rodoviário de passageiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Neomésio José de. Intervencionismo e direito. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

SPASIANO. Funzione amministrativa e legalità di risultato. Torino: Giappichelli, 2003.

SPÍNOLA, Moacyr Roberto de Pinho e TROSTER, Roberto Luis. Manual de economia: equipe de professores da USP. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

STASSINOPOULOS, Michel D. Traité des actes administratifs. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

STELZER, Joana. União Européia e supranacionalidade: desafios ou realidade? Curitiba: Juruá, 2001.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science. v. 2, n. 1 p. 3-21, Spring, 1971.

- STRAUSS, David A. Why Was Lochner Wrong. University of Chicago Law Review. Chicargo, v. 70, n. 1, p. 373-386, 2003.
- STRAUSS, Peter L. The place of agencies in Government: separation of powers and the fourth branch. Columbia Law Review. v. 84, n. 3, p. 573-669, apr., 1984.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. Direito global. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.
- TÁCITO, Caio. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975.
- _____. Concessões – Entrega de Contas – Monopólio Postal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 155, p. 341-344, jan/mar 1984.
- _____. Temas de direito público (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 3.
- _____. Temas de Direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1.
- TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003.
- TETTINGER, Peter. Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht. Munich: Verlag Vahlen, 1980.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito processual civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1.
- TIMSIT, M. Gérard. La régulation: la notion et le phénomène. Revue française d'administration publique. Paris, n. 109, v. 1, p. 5-12, jan, 2004.
- TOLEDO, Gastão Alves de. O direito constitucional econômico e sua eficácia. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TOLMASQUIM, Mauricio Tiommo e SZKLO, Alexandre Salem (coordenadores). A Matriz Energética Brasileira na Virada do Milênio. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ; ENERGE 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, Et Al. Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61990J0041. Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 23 de Abril de 1991. Processo C-41/90. Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH. Colectânea da Jurisprudência 1991 página I-01979.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61982J0323. Acórdão de 14 de Novembro de 1984. Processo 323/82. SA Intermills contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 1984 página 03809.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61976J0078. Acórdão do Tribunal de 22 de Março de 1977. Processo 78-76. Steinike & Weinlig contra República Federal da Alemanha. Colectânea da Jurisprudência 1977 página 00595. Edição especial portuguesa página 00203.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61973J0004. Acórdão de 14 de maio de 1974. Processo 4-73. J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 1974 página 00491.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61979J0044. Acórdão de 13 de Dezembro de 1979. Processo 44/79. Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz. Colectânea da Jurisprudência 1979 página 03727.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61978J0230. Acórdão de Justiça de 27 de Setembro de 1979. Processo 230/78. SpA Eridania - Zuccherifici nazionali e SpA Società italiana per l'industria degli zuccheri contra Ministro da Agricultura e das Florestas, Ministro da Indústria, do Comércio e do Artesanato e SpA Zuccherifici meridionali. Colectânea da Jurisprudência 1979 página 02749.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61987J0265. Quinta Secção. Acórdão de 11 de Julho de 1989. Processo 265/87. Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Gronau. Colectânea da Jurisprudência 1989 página 02237.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61993J0280. Acórdão de 5 de Outubro de 1994. Processo C-280/93. República Federal da Alemanha contra Conselho da União Europeia. Colectânea da Jurisprudência 1994 página I-04973.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61988J0331. Quinta Secção. Acórdão de 13 de Novembro de 1990. Processo C-331/88. The Queen contra Minister of Agriculture, Fisheries and Food e Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e o. Colectânea da Jurisprudência 1990 página I-04023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61994J0084. Acórdão de 12 de Novembro de 1996. Processo C-84/94. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte contra Conselho da União Europeia. Colectânea da Jurisprudência 1996 página I-05755.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61996J0200. Acórdão do Tribunal de 28 de Abril de 1998. Processo C-200/96. Metronome Musik GmbH contra Music Point Hokamp GmbH. Colectânea da Jurisprudência 1998 página I-01953.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61976J0027. Acórdão de 14 de Fevereiro de 1978. Processo 27/76. United Brands Company e United Brands Continentaal BV contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 1978 página 00207. Edição especial portuguesa página 00077 e UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância. 61996A0041. Quinta Secção Alargada. Acórdão de 26 de Outubro de 2000. Processo T-41/96. Bayer AG contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 2000 página II-03383.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61979J0044. Acórdão de Justiça de 13 de Dezembro de 1979. Processo 44/79. Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz. Colectânea da Jurisprudência 1979 página 03727.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61987J0265. Quinta Secção. Acórdão de 11 de Julho de 1989. Processo 265/87. Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Gronau. Colectânea da Jurisprudência 1989 página 02237.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61988J0005. Terceira Secção. Acórdão de 13 de Julho de 1989. Processo 5/88. Hubert Wachauf contra Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft. Colectânea da Jurisprudência 1989 página 02609.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61973J0004. Acórdão de 14 de maio de 1974. Processo 4-73. J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 1974 página 00491.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61991J0320. Acórdão de 19 de Maio de 1993. Processo C-320/91. Processo-crime contra Paul Corbeau. Pedido de decisão prejudicial: Tribunal correctionnel de Liège - Bélgica. Concorrência - Monopólio postal - Alcance. Colectânea da Jurisprudência 1993 página I-02533.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61992J0393. Acórdão de 27 de Abril de 1994. Processo C-393/92. Commune d'Almelo e outros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij. Pedido de decisão prejudicial: Gerechtshof Arnhem - Países Baixos. Concorrência - Acordo que restringe a importação de electricidade - Serviço de interesse geral. Colectânea da Jurisprudência 1994 página I-01477.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61994J0159. Acórdão de 23 de Outubro de 1997. Processo C-159/94. Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa. Incumprimento pelo Estado - Direitos exclusivos de importação e exportação de gás e electricidade. Colectânea da Jurisprudência 1997 página I-05815.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61988J0202. Acórdão de 19 de Março de 1991. Processo C-202/88. República Francesa contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 1991 página I-01223.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61992J0393. Acórdão de 27 de Abril de 1994. Processo C-393/92. Commune d'Almelo e outros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij. Pedido de decisão prejudicial: Gerechtshof Arnhem - Países Baixos. Concorrência - Acordo que restringe a importação de electricidade - Serviço de interesse geral. Colectânea da Jurisprudência 1994 página I-01477.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61983J0231. Quinta Secção. Acórdão de 29 de Janeiro de 1985. Processo 231/83. Henri Cullet e Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers contra Centre Leclerc em Toulouse e Centre Leclerc em Saint-Orens-de-Gameville. Colectânea da Jurisprudência 1985 página 00305.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61959J0030. Acórdão de 23 de Fevereiro de 1961. Processo 30-59. De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Colectânea da Jurisprudência Edição especial portuguesa página 00551.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 61979J0061. Acórdão de 27 de Março de 1980. Processo 61/79. Amministrazione delle finanze dello Stato contra Denkavit italiana Srl. Colectânea da Jurisprudência 1980 página 01205.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62004J0154. Acórdão de 12 de Julho de 2005. Processo apensos C-154/04 e C-155/04. The Queen, a pedido da Alliance for Natural Health e Nutri-link Ltd contra Secretary of State for Health (C-154/04) e The Queen, a pedida da National Association of Health Stores e Health Food Manufacturers Ltd contra Secretary of State for Health e National Assembly for Wales (C-155/04). Colectânea da Jurisprudência 2005 página I-06451.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62002J0184. Primeira Secção. Acórdão de 9 de setembro de 2004. Processos apensos C-184/02 e C-223/02, Reino de Espanha (C-184/02) e República da Finlândia (C-223/02) contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Colectânea da Jurisprudência 2004 página I-07789.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62001J0243. Acórdão de 6 de Novembro de 2003. Processo C-243/01. Processo-crime contra Piergiorgio Gambelli e outros. Colectânea da Jurisprudência 2003 página I-13031.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62003J0295. Segunda Secção. Acórdão de 30 de Junho de 2005. Processo C-295/03 P. Alessandrini Srl e outros contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 2005 página I-05673.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62002J0037. Segunda Secção. Acórdão de 15 de Julho de 2004. Di Lenardo Adriano Srl (C-37/02) e Dilexport Srl (C-38/02) contra Ministero del Commercio con l'Estero. Processos apensos C-37/02 e C-38/02. Colectânea da Jurisprudência 2004 página I-06911.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62006J0120. Grande Secção. Acórdão de 9 de Setembro de 2008. Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P), Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America, Inc. (C-121/06 P) contra Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias. Processos apensos C-120/06 P e C-121/06 P. Colectânea da Jurisprudência 2008 página 00000.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62000J0280. Acórdão de 24 de Julho de 2003. Processo C-280/00. Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, e Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht. Colectânea da Jurisprudência 2003 página I-07747.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. 62001J0418. Quinta Secção. Acórdão de 29 de Abril de 2004. Processo C-418/01. IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG. Colectânea da Jurisprudência 2004 página I-05039.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância. 61996A0041. Quinta Secção Alargada. Acórdão de 26 de Outubro de 2000. Processo T-41/96. Bayer AG contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 2000 página II-03383.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância. 61996A0125. Segunda Secção. Acórdão de 1 de Dezembro de 1999. Processos apensos T-125/96 e T-152/96. Boehringer Ingelheim Vetmedica GmbH e C.H. Boehringer Sohn contra Conselho da União Europeia (T-125/96) e Comissão das Comunidades Europeias (T-152/96). Colectânea da Jurisprudência 1999 página II-03427.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância. 62002A0193. Quarta Secção. Acórdão de 26 de Janeiro de 2005. Processo T-193/02. Laurent Piau contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 2005 página II-00209.

- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância. 62004A0201. Grande Secção. Acórdão de 17 de Setembro de 2007. Processo T-201/04. Microsoft Corp. contra Comissão das Comunidades Europeias. Colectânea da Jurisprudência 2007 página II-03601.
- UREBA, Alberto Alonso. La empresa pública: aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico. Madrid: Montecorvo, 1985.
- VALOIS, Paulo. A evolução do monopólio estatal do petróleo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- _____. Direito econômico das propriedades. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- VAZ, Manuel Afonso. Direito econômico: a ordem económica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- VECCHIO, Giorgio Del. Teoria do Estado. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.
- VELA, César David Ciriano. Administración económica y discrecionalidad: un análisis normativo y jurisprudencial. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- VENANCIO FILHO, Alberto. A intervenção do estado no domínio económico. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- VERDEGAY, E. e FISCOWICH, E. Historia del correo desde sus orígenes hasta nuestros días. París-Valencia: Facsímil, 1894.
- VIANNA, Gaspar. Os Serviços de Telecomunicações na Constituição Brasileira de 1988. Revista de Informação Legislativa. v. 27, n. 107, p. 19-42, jul-set 1990.
- VIANNA, Luiz Werneck, Et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Teoria geral do direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- VILLA, Jesús Leguina. A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo. Revista de Direito Administrativo Aplicado. a. 2, n. 6, p. 637, jul-set, 1995.
- VISCUSI, W Kip; VERNON, John M. e HARRINGTON, Joseph E. Economics of regulation and antitrust. 3. ed. Cambridge: MIT Press, 2001.
- VITORIA, Ignacio García. La libertad de empresa: ¿un terrible derecho? Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

VOGEL, Steven K. Free markets, more rules: regulatory reform in advanced industrial economies. Ithaca: Cornell University Press, 1996.

WALD, Arnaldo. MORAES, Luiza Rangel de. WALD, Alexandre de M. O Direito de parceria e a nova lei de concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Agências Reguladoras. Revista de Informações Legislativas. Brasília, v. 36, n. 141, p. 143-171, jan./mar. 1999.

WEBER, Max. On law, economy and Society. New York: Simon and Schuster, 1954.

WERNECK, Rogério L. F. Empresas estatais e política macroeconômica. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

WHISH, Richard. Competition Law. 5. ed. London/Edinburgh: LexisNexis, 2003.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Responsabilidade civil das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

WINKLER, Günther. Der Bescheid. Ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt. Manz'sche, Wien; Auflage: Unveränd. Nachdr, 1956.

WUILLAUME, Patrice Charles. Brasil: o desafio da abertura econômica. Rio de Janeiro: FGV, 1992.

ZACHER, Hans F. Aufgaben einer Theorie der wirtschaftsverfassung. Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Il diritto mite: legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi, 1992.

ZIMMERMANN, Augusto. Curso de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhild. Teoria geral do Estado. 3. ed. Tradução de COUTINHO, Karin Praefke-Aires. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Índice Remissivo

1

1º teorema do bem-estar, 119

A

absolutas, 101, 122, 403, 442, 460

absolutismo, 451

absorção completa, 295, 303, 309

absorção exclusiva, 294, 295, 296, 300, 309, 329

absorção parcial, 249, 295, 311

absorsiva, 2, 7, 27, 249, 251, 294, 295, 300, 301, 302, 303, 304, 310, 313, 325, 329, 331, 493, 498

absorsiva completa, 303, 310, 329, 498

abuso do poder de mercado, 416

abuso do poder econômico, 45, 91, 94, 210, 214, 330, 391, 435, 497

ação cautelar, 354

ação condenatória, 353, 357

ação constitutiva, 353

ação de cognição, 352

ação de conhecimento, 354

ação de defesa da concorrência, 438

ação de execução, 353, 354

ação declaratória, 15, 16, 352

ação deontica, 359, 416

ação deontica incitativa, 416

ação monitoria, 353

ação não-deontica, 359

accountability, 409, 410

accountability gap, 409

ações administrativas, 368, 387, 496, 499

ações cognitivas, 352

ações de bem-estar econômico, 442

ações de poder de mercado, 435, 440

ações de restrição à concorrência, 439

ações deonticas, 2, 250, 257, 265, 359, 360, 362, 381, 397, 452, 496, 499

ações impositivas, 397

ações integradas de saúde, 202,

ações não-deonticas, 250, 265, 359, 360, 362, 397, 499

ações não-normativas, 345

ações normativas, 345

acordo substitutivo, 385, 386, 466

acordos multilaterais dos países desenvolvidos, 53, 120

acordos substantivos, 385, 466, 496

adjudicação, 378, 381, 496

administração, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 18, 20, 21, 25, 27, 28, 29, 32, 34, 36, 42, 44, 47, 51, 53, 55, 57, 58, 59, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 104, 108, 110, 114, 122, 130, 141, 145, 150, 154, 170, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 183, 188, 197, 198, 202, 203, 204, 206, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 231, 237, 249, 252, 253, 254, 256, 258, 259, 260, 264, 265, 266, 268, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 292, 294, 295, 302, 325, 327, 328, 331, 334, 335, 336, 338, 339, 359, 360, 361, 362, 366, 367, 369, 370, 374, 379, 380, 385, 386, 387, 388, 394, 395, 399, 400, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 417, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 427, 428, 429, 430, 432, 433, 439, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 459, 460, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 473, 475, 477, 478, 489, 494, 495, 496, 498, 499, 501

administração desgovernamentalizada, 411

administração pública, 7, 8, 10, 11, 17, 18, 20, 21, 32, 42, 44, 51, 59, 65, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 104, 108, 130, 150, 154, 173, 176, 177, 178, 188, 197, 220, 222, 226, 231, 252, 253, 256, 259, 260, 264, 265, 268, 280, 284, 285, 287, 289,

290, 292, 325, 327, 328, 334, 339, 360, 362, 366, 367, 374, 385, 386, 388, 395, 399, 402, 404, 413, 422, 423, 424, 428, 429, 432, 453, 456, 457, 462, 463, 465, 466, 469, 477, 494, 495, 499

administração pública burocrata, 413

administração pública indireta, 197, 231, 253, 328, 334

administrações públicas, 54, 389

administrativa, 2, 7, 9, 17, 33, 39, 42, 44, 46, 48, 50, 51, 58, 61, 62, 65, 66, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 77, 79, 98, 115, 119, 147, 154, 155, 162, 180, 181, 183, 186, 199, 204, 206, 207, 209, 235, 250, 252, 253, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 267, 268, 269, 271, 272, 274, 275, 278, 279, 284, 286, 287, 289, 290, 292, 294, 316, 325, 326, 335, 337, 339, 342, 345, 358, 359, 360, 361, 362, 366, 367, 368, 373, 374, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 392, 394, 395, 397, 398, 399, 400, 401, 403, 404, 407, 409, 411, 412, 416, 418, 419, 420, 425, 426, 427, 429, 445, 449, 451, 452, 454, 455, 461, 463, 464, 465, 466, 468, 469, 477, 485, 494, 495, 496, 498, 499, 500, 501

agência executiva, 398

agência independente, 400

agência nacional de energia elétrica, 114, 235, 236

agência nacional de telecomunicações, 164

agência nacional do petróleo, 219, 230, 408, 456

agência reguladora, 387, 390, 391, 398, 400, 401, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 434

agências autônomas, 399

agências executivas, 399

agências reguladoras, 114, 363, 369, 370, 371, 384, 385, 387, 390, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 405, 407, 409, 410, 411, 429, 466

agências reguladoras de serviços públicos, 384

agente normativo, 99, 102, 103, 106, 107, 108, 212, 251, 292, 480, 486, 498

agente político, 271, 349, 378, 407, 495, 501

agente público, 66, 67, 74, 76, 77, 204, 259, 262, 267, 272, 275, 279, 281, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 294, 335, 361, 362, 402, 418, 465, 500

agente regulador, 102, 106, 146, 377, 395, 407

agentes, 13, 58, 79, 85, 86, 87, 95, 97, 98, 108, 109, 120, 146, 189, 219, 229, 235, 236, 237, 239, 240, 241, 250, 264, 265, 283, 284, 287, 290, 291, 337, 338, 339, 387, 389, 391, 396, 398, 402, 403, 405, 406, 407, 408, 413, 414, 416, 418, 436, 437, 441, 443, 461, 494, 496, 499

agentes econômicos regulados, 387, 496

agentes públicos, 13, 97, 283, 287, 413, 414, 418

ajuda estatal, 432

álea extraordinária, 379

áleas ordinárias, 379

alocativa, 46, 306, 425, 426, 435

alto interesse nacional, 213

ampla, 9, 18, 28, 30, 40, 53, 66, 67, 68, 69, 85, 102, 114, 126, 131, 140, 148, 151, 153, 157, 166, 187, 189, 210, 212, 215, 265, 269, 287, 299, 304, 305, 313, 321, 354, 365, 369, 377, 385, 398, 399, 402, 407, 416, 452, 463, 466, 486, 487, 488, 490, 496, 500

amplíssima, 452

ANACOM, 162

análise econômica do direito, 350

analítica, 105, 212, 487

anormalidades econômico-financeiras graves, 384

ANP, 219, 220, 222, 223, 224, 225, 226, 230, 408, 456

antagonismo, 11, 61

antecipação da tutela, 354, 357

anticoncorrencial, 445

antitrust, 94, 263, 436, 439

antitruste, 147, 435, 439, 440, 443, 445

anulação, 68, 150, 156, 179, 278, 483

apreciação, 79, 89, 100, 124, 147, 167, 213, 259, 261, 262, 266, 284, 399, 400, 436, 444, 460, 489

apropriação coletiva dos meios de produção, 109,

aquisição compulsória/coativa, 297

arbitragem, 114, 225, 284, 349, 387, 401
arcana praxis, 409
previsões, 61, 122, 379, 417, 422, 448, 449
aspecto extrínseco do processo, 352
aspecto político, 419
aspecto técnico, 419
aspectos da concessão, 174, 327
associação por colaboração, 310
atividade absorviva, 294, 295, 325
atividade absorviva do Estado, 294, 295
atividade absorviva do estado na economia, 294
atividade administrativa, 17, 72, 77, 206, 253, 259, 262, 275, 279, 366, 367, 385, 427, 449, 452, 477
atividade concorrencial do estado na economia, 329
atividade de fiscalização, 381, 496
atividade de interesse geral, 250
atividade de natureza econômica, 111, 143
atividade de regulação, 390
atividade econômica, 2, 5, 6, 7, 10, 18, 23, 35, 37, 38, 80, 82, 83, 87, 90, 91, 92, 97, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 117, 118, 119, 134, 141, 142, 143, 144, 146, 152, 153, 154, 155, 157, 165, 168, 169, 170, 182, 183, 184, 187, 188, 190, 192, 193, 196, 198, 199, 200, 201, 206, 207, 208, 210, 212, 213, 215, 216, 217, 219, 223, 224, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 238, 241, 243, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 254, 255, 258, 278, 282, 292, 293, 294, 295, 297, 302, 303, 305, 313, 320, 326, 328, 329, 330, 332, 333, 335, 340, 341, 362, 375, 378, 385, 394, 396, 408, 416, 418, 424, 434, 441, 442, 446, 456, 465, 480, 481, 482, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 492, 493, 497, 498
atividade econômica e sentido estrito, 227
atividade econômica em sentido amplo, 2, 111, 117, 141, 143, 201, 251, 294, 481
atividade econômica em sentido estrito, 2, 5, 6, 7, 37, 110, 111, 117, 118, 119, 141, 142, 143, 144, 146, 153, 157, 165, 182, 190, 199, 200, 201, 206, 208, 210, 215, 216,

217, 219, 223, 228, 229, 230, 231, 232, 238, 241, 243, 245, 248, 250, 251, 255, 305, 326, 328, 480, 481, 484, 485, 486, 487, 488, 489

atividade econômica em sentido estrito monopolizada, 144, 210, 215, 229, 486, 487, 489

atividade econômica em sentido estrito não-monopolizada, 144, 200, 229, 230, 231, 241, 243, 485, 486, 489

atividade econômica explorada, 193

atividade econômica monopolizada, 320

atividade empresarial, 23, 91, 142, 295, 304, 389, 459

atividade fiscalizadora, 385

atividade impositiva do estado, 332

atividade incitativa, 415, 497

atividade indicativa, 414

atividade legisferante do estado, 368

atividade não-prestacional, 2, 250, 337, 497

atividade não-prestacional do estado na economia, 337

atividade participativa, 324, 325

atividade participativa do estado na economia, 324

atividade postal, 180, 183, 188, 191, 317, 324

atividade regulatória, 236, 330, 363, 392, 396, 397, 406, 407, 409

atividades de ordem econômica, 119

atividades econômicas, 23, 33, 37, 39, 96, 102, 103, 110, 111, 112, 118, 119, 128, 131, 132, 136, 139, 142, 143, 144, 154, 158, 168, 170, 182, 187, 193, 196, 198, 199, 201, 216, 217, 222, 226, 228, 232, 243, 244, 245, 251, 254, 274, 300, 303, 310, 313, 363, 378, 396, 398, 415, 474, 480, 481, 482, 483, 484, 487, 490, 491, 502

atividades econômicas e financeiras, 378

atividades econômicas em sentido amplo, 111, 118, 244, 483

atividades econômicas em sentido estrito, 111, 118, 143, 168, 196, 198, 216, 228, 245, 254, 313, 363, 396, 481, 484, 487

atividades econômicas em sentido estrito monopolística, 228

atividades econômicas em sentido estrito não-monopolizadas, 487

atividades econômicas monopolizadas em sentido estrito, 310
atividades prestadas em regime de monopólio, 173
atividades privadas, 158, 211, 243, 395, 418, 429, 460, 464, 465, 483
ativismo judicial, 271, 501
ato administrativo unilateral, 154, 176, 226
ato de autoridade, 299, 465
ato de polícia, 224, 465, 469
ato de polícia administrativa, 465
ato formal da permissão, 178
ato jurídico complexo, 385, 466
ato normativo, 16, 370, 446, 456
ato único, 124, 489
ato vinculado, 154, 170, 483
atos administrativos, 77, 105, 154, 177, 212, 222, 223, 226, 247, 256, 267, 280, 290, 294, 359, 378, 379, 386, 395, 417, 451, 463, 483
atos interventivos, 421
atos políticos, 347, 494
atos processuais decisórios, 355
atuação administrativa, 9, 65, 286, 289, 290, 397, 407, 416
atuação não-prestacional, 257
atualidade, 41, 44, 55, 72, 86, 151, 154, 161, 162, 193, 207, 238, 242, 244, 271, 349, 395, 396, 402, 410, 477, 481, 483, 495, 501
aumento de preço, 307
autarquia, 114, 220, 230, 235, 302, 335, 398, 399, 400, 405, 444, 469
autarquia clássica, 400
autarquia do regime especial, 400
autarquia especial, 220, 399
autarquias, 78, 79, 104, 114, 173, 189, 253, 327, 399, 400, 411
autarquias brasileiras, 400
autarquias de regime especial, 399

autarquias especiais, 399, 411
autocrática, 58
autogestão, 203, 204
autonomia, 21, 24, 29, 30, 48, 62, 64, 80, 162, 180, 183, 204, 259, 268, 269, 270, 278, 294, 319, 335, 341, 359, 384, 385, 390, 392, 393, 398, 399, 400, 401, 405, 407, 410, 411, 420, 436, 445, 459, 474, 503
autonomia contratual, 30, 474
autonomia financeira, 400, 405, 411
autonomia jurídica, 80
autonomias territoriais, 268
autonomização, 48
autoprodutor, 235, 239
autoridade reguladora, 172, 368, 387, 391, 395, 407, 409, 496
autoridade reguladora independente, 368, 387, 496
autoridades administrativas, 270, 350, 364, 387, 392
autoridades da concorrência, 445
autoridades reguladoras, 370, 371, 373, 398, 399, 409, 410
autoridades reguladoras independentes,
autorização, 373, 398, 399, 409, 410
autorização administrativa, 154, 463, 464
autorização de polícia, 155, 226
autorização de serviço público, 155, 168, 169
autorização de serviço público de telecomunicações, 169
autorização de serviços públicos, 155
autorização discricionária, 154
autorização expressa, 315
autorização vinculada, 146, 156, 157, 158, 244, 483
autorizações, 59, 112, 147, 150, 151, 154, 155, 156, 157, 165, 169, 226, 268, 329, 375, 395, 483
autorizações administrativas, 154

autorizações de serviço público discricionárias, 156
autorizações discricionárias, 154, 155
autorizações vinculadas, 154, 155, 157, 483
autorizados, 113, 120, 155, 157, 167, 169, 341, 396
autorizatório, 154
autorregulação, 237, 392, 393, 502, 503
autorregulação delegada, 392
autorregulação espontânea, 392, 393
autorregulação obrigatória, 393
autorregulação pública, 393
autorregulação regulada, 503
autorregulatório, 394

B

banco postal, 186
barreiras, 63, 113, 389, 441, 442, 443, 452,
bem do estado, 64
bem-estar coletivo, 31, 465, 474
benchmark regulation, 377
beneficiários da regulação, 394
bens do patrimônio fiscal, 222
bens dominicais, 221, 227
bens e serviços de interesse geral, 395
bens e serviços públicos, 62, 378
bens patrimoniais disponíveis, 222
bens públicos, 81, 166, 175, 222, 224, 378, 405
bens públicos de uso especial, 222
bens públicos dominicais, 224
boa administração, 75, 76, 258, 272, 273, 275, 287, 295, 361, 367, 394, 424, 433,
453, 478, 499, 501
boa administração de instituições públicas, 76

boa administração pública, 76
bom governo, 76
burocracia, 42, 48, 424
burocratas, 412

C

CADE, 113, 167, 398, 409, 444, 445
caducidade, 150, 156, 179, 340, 375, 376, 483
câmara de gestão da crise de energia elétrica, 236
câmara de gestão da crise no setor elétrico, 236
capacidade técnica, 395, 406
capital humano, 63, 476
captura regulatória, 390, 411
características da permissão, 178
carta, 23, 24, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 118, 127, 129, 134, 183, 194, 195, 201, 212, 215, 216, 232, 265, 307, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 321, 369, 370, 487, 490
carta dos direitos fundamentais da união europeia, 134, 490
casos concretos, 9, 152, 267, 276, 350, 351, 480, 495, 500
cassação, 150, 156, 226, 345, 483
centralização, 48, 258, 285, 402, 492
ciclo regulatório, 367, 368, 374, 387, 495, 496
ciclo regulatório do Estado brasileiro na economia, 368, 387
cidadãos, 21, 23, 24, 32, 39, 40, 44, 53, 57, 58, 59, 60, 65, 73, 75, 78, 79, 82, 123, 127, 130, 131, 132, 136, 138, 139, 168, 180, 198, 205, 242, 279, 298, 301, 307, 311, 349, 362, 365, 366, 394, 412, 435, 452, 453, 454, 476, 490, 491
ciência da administração, 17, 122, 374, 489
ciência do direito administrativo, 17, 18, 122, 489
ciência jurídica-econômica, 415
civismo, 61, 503
clarificação política, 78
clássicas funções estatais, 57

cláusula de reajuste, 381
cobrança, 166, 290, 316, 317, 374, 375, 384, 405
código brasileiro de telecomunicações, 159, 164, 169
código de águas, 233
códigos de boa conduta administrativa, 75
códigos de conduta, 393, 477
coisa julgada, 270, 350, 352, 357, 358
coisa julgada formal, 352, 358
coisa julgada material, 352, 358
colaboração, 46, 54, 161, 194, 206, 252, 256, 258, 301, 302, 310, 313, 325, 326, 331, 436, 492, 493, 494
coletivização, 296, 297
comando de polícia, 455, 456
comercialização, 90, 103, 108, 165, 220, 221, 226, 230, 235, 237, 238, 239, 240, 243, 276, 300, 310, 341, 428, 436, 460, 468
comercializador de energia, 240
comércio internacional, 64, 100, 183
comissões reguladoras ad hoc, 35
comitê de revitalização do modelo do setor elétrico, 236
common calling, 35
common carrier, 35
compensação hipotética, 120
competência fiscalizatória, 385
competição, 2, 25, 62, 64, 81, 98, 103, 121, 122, 123, 133, 144, 147, 148, 151, 152, 153, 157, 164, 166, 168, 174, 181, 182, 183, 185, 187, 203, 216, 220, 229, 230, 235, 236, 237, 239, 241, 249, 322, 324, 325, 326, 327, 428, 436, 439, 451, 483, 486, 488, 489, 493
competição ampla e justa, 187
competição direta, 183
competição entre governantes, 62
competição entre sociedades, 62

competição imediata e total, 324
completa, 2, 6, 7, 9, 130, 163, 182, 196, 249, 251, 294, 295, 302, 303, 309, 310, 329, 417, 420, 447, 490, 493, 498
composição da agência, 405
comunicação, 30, 63, 74, 79, 99, 101, 125, 127, 128, 129, 133, 135, 159, 162, 163, 164, 166, 167, 179, 180, 182, 188, 191, 241, 243, 276, 301, 316, 317, 321, 329, 443, 490
comunicações eletrônicas, 162, 172
comunidade autônoma, 158, 373
concedidos, 113, 167, 169, 173, 196, 233, 327, 428, 430
conceito de constituição, 50, 61
concentração, 19, 61, 67, 77, 96, 99, 166, 182, 291, 307, 400, 428, 439, 440, 443, 445, 446, 471, 497, 502
concentração do mercado, 443
concentrações excessivas de mercado, 391
concepção clássica do Estado de direito, 21
concessão, 10, 16, 36, 37, 49, 82, 93, 99, 107, 117, 119, 133, 141, 142, 145, 146, 147, 151, 152, 154, 155, 156, 158, 159, 162, 164, 165, 167, 169, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 187, 190, 195, 197, 198, 199, 200, 206, 209, 219, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 239, 240, 241, 242, 253, 254, 256, 260, 264, 274, 283, 301, 307, 310, 312, 313, 315, 317, 322, 325, 326, 327, 329, 330, 334, 342, 364, 374, 375, 377, 378, 380, 381, 387, 401, 432, 436, 444, 454, 462, 463, 485, 498
concessão com exclusividade, 174
concessão da atividade petrolífera, 222
concessão da discricionariedade, 260
concessão de exploração de atividade econômica, 224
concessão de geração de energia elétrica, 241
concessão de polícia, 462, 463
concessionárias, 155, 230, 233, 234, 235, 237, 254, 290, 316, 377, 387, 438
concessionário, 37, 80, 142, 149, 173, 174, 175, 176, 177, 219, 223, 225, 226, 239, 279, 308, 316, 327, 377, 378, 379

concessões, 59, 112, 113, 147, 148, 151, 156, 164, 169, 218, 222, 233, 235, 268, 314, 329, 356, 378, 467, 503

conciliação, 35, 228, 277, 284, 349, 356, 387, 407, 412

conciliação do interesse público, 407

concorrência, 30, 33, 35, 40, 41, 45, 55, 81, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 105, 107, 108, 109, 113, 115, 121, 122, 123, 124, 128, 132, 134, 136, 139, 143, 147, 150, 157, 158, 160, 167, 174, 182, 194, 206, 211, 212, 214, 221, 227, 229, 230, 231, 235, 237, 238, 239, 242, 255, 263, 268, 280, 289, 292, 297, 305, 312, 314, 315, 318, 321, 322, 323, 324, 326, 327, 330, 332, 338, 341, 346, 362, 364, 373, 374, 376, 389, 391, 392, 394, 396, 409, 412, 422, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 450, 457, 458, 459, 460, 474, 478, 479, 480, 481, 486, 487, 489, 491, 497, 502

concorrência desleal, 231

concorrência efetiva, 442

concorrência eficaz praticável, 95, 437

concorrência perfeita, 305, 437

concorrência potencial, 441

concorrencial, 2, 8, 41, 78, 94, 98, 105, 109, 119, 121, 135, 144, 170, 212, 232, 235, 238, 247, 249, 251, 252, 258, 291, 311, 324, 326, 327, 328, 329, 330, 333, 346, 433, 438, 443, 488, 489, 493, 498

concorrente potencial, 440

concorrentes, 21, 210, 250, 305, 306, 321, 373, 374, 433, 438, 439, 440, 441

condicionamento, 98, 295, 339, 385, 460

conduta colusiva, 439

condutas colusivas, 439

condutas excludentes, 439

Confisco, 109, 110, 297, 457

conflitos de competência, 409

conglomerados, 54, 440

congresso, 94, 184, 190, 192, 213, 233, 234, 400, 401, 412

congresso nacional, 190, 192, 233, 400

consciência social, 60
conselho administrativo de defesa econômica, 113, 167, 398, 409, 444
conselho de saúde suplementar, 204
conselho nacional de águas e energia elétrica, 233
conselho tarifário, 391, 405
conselhos consultivos, 391
consentimento de polícia, 454, 455, 461, 463, 464, 465, 498
consequências dos monopólios, 307
constatação da existência dos fatos, 272
constitucionalismo, 21, 22, 49, 88
constituição da ordem econômica, 85
constituição econômica, 78, 84, 85, 345
constituições pós-modernas, 75
contábil, 220, 233
continuidade, 50, 59, 92, 123, 129, 131, 139, 150, 154, 168, 169, 170, 171, 172, 175, 176, 237, 244, 290, 378, 384, 396, 412, 461, 482, 483, 490, 491
contratação forçosa, 84
contrato de concessão, 119, 151, 174, 175, 177, 224, 226, 241, 253, 254, 310, 327, 330, 375, 378
contrato de direito econômico, 223
contrato de serviço público, 222
contrato de trabalho, 87, 97, 403
contratos administrativos, 177, 222, 223, 378
contratos de concessão, 165, 225, 256, 301, 377, 378
contratos de concessão de serviço público, 378
contratos onerosos, 379
controle da Administração, 9, 417, 424
controle da produção e de preços, 210, 305, 321, 486
controle de constitucionalidade das nacionalizações, 299
controle de políticas públicas, 421, 424

controle do poder executivo, 15
controle do poder legislativo, 16, 17
controle jurídico, 272, 273, 424
controle recíproco, 14
controle social, 100, 390, 408
controle social da livre iniciativa privada, 100
cooperação, 11, 43, 44, 45, 48, 52, 54, 61, 69, 79, 109, 122, 124, 325, 390, 409, 445, 476
coordenar, 159, 418, 420, 424, 440, 465
correção monetária, 285, 380
corregedores, 406
corregedoria, 405, 406
correio aéreo nacional, 191, 193, 195
correios, 103, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 191, 193, 195, 196, 197, 232, 254, 314, 316, 317, 318, 320, 321, 324, 366, 375
corrente constitucionalista, 36, 168, 192, 209, 240, 475
corrente convencionalista-legalista, 36, 209, 475
corrente essencialista, 36, 111, 209, 475
corrente essencialista de legitimação de um serviço público, 111
corrente essencialista-legalista, 38, 158, 170, 193, 200, 240, 243, 245, 475, 483, 484, 486
corrente procedimentalista, 271, 349
corrente substancialista, 271, 349
corrente-essencialista, 475
correspondência, 27, 167, 179, 183, 184, 185, 188, 189, 314, 316, 317, 322, 323, 341, 373
corrupção, 57, 59, 82, 400, 476
corrupção pública, 57
cortesia, 59, 151, 207, 242, 244, 395, 396, 483
crise da estatalidade, 343

crise da generalidade, 343
crise da territorialiedade do Estado, 51
cumulação sucessiva de pedidos, 352
custos da iniciativa, da liberdade e da criatividade, 58

D

década perdida, 219
decaimento, 150, 156, 483
decisão, 6, 30, 61, 67, 68, 70, 73, 76, 77, 87, 94, 99, 103, 108, 125, 133, 147, 152, 157, 163, 180, 185, 196, 225, 231, 243, 258, 262, 264, 265, 268, 270, 271, 272, 273, 276, 281, 284, 290, 291, 298, 319, 321, 326, 335, 341, 345, 346, 348, 352, 355, 356, 357, 358, 361, 371, 372, 374, 376, 386, 387, 390, 401, 405, 407, 408, 422, 429, 447, 448, 450, 453, 459, 461, 463, 467, 478, 490, 503
decisão commune d'álmelo, 243, 490
decisão corbeau, 490
decisão de fomentar, 429
decisão discricional, 272, 273
decisões administrativas, 73, 261, 264, 360, 361, 371
decisões das agências reguladoras, 400
decisões discricionais, 266, 272, 449
decisões discricionais da administração, 266
decisões interlocutórias, 356, 358
decisões judiciais, 74, 79, 321, 350, 368, 387, 496
decisões meramente declaratórias, 356
declaração de comercialidade, 225
decorrências naturais do planejamento, 425
defesa da concorrência, 35, 93, 94, 113, 157, 167, 409, 435, 438, 440, 442, 444, 445, 497
defrontação, 11
delegação, 36, 119, 142, 143, 144, 145, 152, 154, 155, 167, 173, 177, 178, 179, 189, 190, 195, 197, 198, 199, 200, 201, 206, 209, 210, 217, 222, 223, 237, 239, 242,

245, 256, 257, 287, 302, 314, 319, 325, 326, 327, 333, 363, 368, 369, 370, 371, 377, 396, 482, 484, 485, 496

delegação com exclusividade, 327

delegação da atividade petrolífera, 222

delegação de poder, 369, 371

delegação por colaboração, 326

delegação por outorga, 326

delegação receptícia, 369

delegação remissiva, 369

delegações legislativas, 368

delegatárias, 255

delegificação, 58

delegificados, 58

democracia, 50, 54, 59, 60, 61, 64, 66, 73, 78, 82, 122, 124, 127, 271, 279, 280, 297, 349, 365, 409

democracia ateniense, 59

democracia contemporânea, 66

democracia direta, 279, 280

democracia econômica participativa, 78

democracia formal, 59

democracia material, 60, 66, 73

democracia participativa, 60, 82

democracia procedimental, 409

democracia substantiva, 50, 60, 61

departamento nacional de águas e Energia, 234

desapropriabilidade, 231

desapropriação, 231, 428, 465

descentralização, 48, 49, 145, 190, 195, 207, 252, 253, 256, 258, 287, 290, 301, 302, 309, 310, 313, 326, 328, 331, 334, 336, 408, 429, 469, 492, 494

descentralização administrativa, 287

descentralização de função administrativa, 326
descentralização funcional, 49
descentralização por colaboração, 256, 302, 310, 313, 331, 494
descentralização por outorga, 252, 253, 301, 309, 310, 313, 328, 494
descentralizações administrativas, 252, 494
descentralizada, 119, 205, 206, 207, 319, 336, 410, 424, 469
descentralizando por colaboração, 326, 331
descentralizando por outorga, 326, 331
desconcentração, 48, 49, 252, 369, 398
desconcentração dos poderes, 369
desconcentração funcional, 49
desenho de carreiras, 406
desenvolvimento da liberdade econômica, 92
desestatização, 44, 112, 114, 155, 164, 219, 227, 234, 330, 331, 335, 362, 364, 374, 379
desestatizando, 219
deslegalização, 58, 359, 369, 370, 372, 496
deslegalização generalizada, 370
deslegalização legal, 370
deslegalizadas, 373
deslegalizados, 58
deslegalizar, 372
desmonopolização, 114, 162, 163, 442
despesas públicas, 422
despojamento da regulação, 364
desvio de finalidade, 197, 434, 446
dever de observância ao interesse público, 74
dever de zelar pela saúde, 206
dever do Estado, 99, 200, 207, 209, 479
dever estatal, 207, 366

- dever jurídico, 267, 284, 450, 500
- deveres de continuidade, 172
- deveres de universalização, 169, 171
- diagnóstico, 292, 418, 421, 423
- dignidade da pessoa humana, 37, 110, 131, 166, 198, 205, 274, 275, 277, 397
- direção-fiscal, 384
- direção-técnica, 384
- direito, 1, 3, 5, 8, 9, 10, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 42, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 55, 56, 58, 61, 62, 65, 66, 68, 69, 70, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 101, 102, 104, 105, 108, 109, 111, 114, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 129, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 145, 146, 147, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 162, 165, 166, 168, 169, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 189, 193, 194, 195, 196, 197, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 221, 222, 223, 225, 226, 231, 237, 240, 241, 242, 244, 245, 246, 250, 252, 253, 254, 256, 259, 261, 262, 263, 264, 265, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 292, 293, 295, 302, 307, 309, 311, 312, 315, 317, 318, 319, 320, 325, 327, 333, 334, 335, 337, 341, 344, 345, 346, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 356, 357, 359, 361, 362, 364, 365, 369, 372, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 382, 383, 384, 385, 387, 389, 390, 392, 393, 394, 395, 397, 398, 399, 400, 404, 406, 407, 409, 411, 414, 415, 417, 418, 421, 422, 428, 429, 430, 431, 434, 435, 436, 437, 438, 443, 444, 445, 446, 448, 449, 451, 452, 454, 457, 458, 460, 461, 462, 463, 465, 466, 467, 468, 469, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 483, 484, 485, 487, 488, 489, 490, 492, 495, 496, 498, 501, 503
- direito à empresa, 80, 92, 97
- direito à iniciativa econômica privada, 97, 273
- direito à livre iniciativa, 10, 93, 109, 145, 242, 480
- direito administrativo, 1, 17, 18, 25, 27, 29, 31, 33, 34, 38, 42, 44, 47, 50, 51, 65, 70, 120, 122, 140, 146, 152, 169, 274, 286, 287, 292, 465, 473, 474, 475, 488, 489, 501, 503
- direito administrativo global, 51
- direito administrativo regulador global, 503

direito administrativo sem Estado, 44, 51, 503
direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público, 378
direito comum, 28, 51, 56
direito comunitário, 9, 24, 44, 92, 101, 121, 123, 128, 132, 134, 135, 140, 263, 431, 443, 489, 492
direito concorrencial, 443
direito da concorrência, 147, 268, 389, 437, 438
direito da liberdade de empresa, 101
direito de desistência, 225
direito de liberdade de iniciativa econômica privada, 89, 269
direito de participação, 372
direito de princípios, 69
direito de propriedade, 19, 23, 24, 78, 82, 85, 86, 88, 89, 101, 109, 122, 277, 376, 382, 383, 384, 434, 436, 437, 452, 461, 471, 479
direito de propriedade privada, 82, 89, 376, 382
direito de regras, 69
direito derivado da supranacionalidade, 55
direito difuso, 208
direito dos cidadãos, 24
direito formal, 351
direito material, 351, 467
direito nacional ou interno, 55, 56
direito natural, 12, 446
direito premial, 250
direito processual, 351
direito subjetivo, 150, 178, 226, 259, 284, 352, 379, 462, 463
direito supranacional e global, 56
direitos, 10, 12, 18, 20, 21, 23, 24, 30, 31, 32, 40, 41, 45, 49, 50, 51, 53, 56, 59, 61, 73, 75, 78, 79, 82, 84, 85, 86, 88, 89, 93, 97, 98, 100, 101, 105, 122, 124, 127, 133, 134, 135, 147, 148, 153, 157, 162, 163, 166, 170, 175, 176, 177, 179, 183, 187, 204,

206, 211, 222, 227, 235, 242, 252, 254, 255, 261, 265, 270, 271, 274, 275, 276, 277, 280, 285, 286, 289, 292, 294, 295, 298, 306, 307, 325, 327, 338, 348, 349, 350, 362, 365, 366, 382, 385, 389, 401, 412, 424, 438, 442, 451, 452, 453, 454, 456, 457, 460, 463, 467, 468, 469, 474, 477, 479, 488, 490, 493, 501

direitos fundamentais, 21, 23, 24, 49, 50, 61, 78, 82, 85, 86, 89, 97, 127, 134, 135, 242, 265, 270, 271, 275, 349, 469, 479, 490

direitos humanos, 10, 23, 45, 265, 274, 275, 276, 277, 295, 501

diretiva, 2, 162, 163, 181, 182, 183, 190, 221, 250, 322, 323, 343, 359

diretiva de acesso, 163

diretiva de autorização, 163

diretiva de competência, 163

diretiva de privacidade, 163

diretiva de serviços universais, 163

diretiva marco, 163

diretivas, 123, 135, 162, 163, 181, 182, 343

diretoria colegiada, 402

dirigentes das agências reguladoras, 402, 410

dirigismo econômico, 46, 108

disciplina jurídica, 165, 208, 481

discricionariedade, 1, 38, 40, 58, 64, 74, 109, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 272, 274, 276, 292, 294, 335, 344, 359, 361, 371, 380, 390, 395, 407, 419, 429, 447, 448, 449, 450, 453, 458, 499, 500, 501

discricionariedade administrativa, 259, 260, 265, 274, 419, 449, 499, 500

discricionariedade advinda, 449

discricionariedade de atuação, 261, 390, 499

discricionariedade de eleição, 499

discricionariedade do administrador, 429

discricionariedade do Estado, 258, 263, 499

discricionariedade efetiva, 260

discricionariedade judicial, 499

discricionariedade legislativa, 258, 499, 500

discricionariedade legislativa e judicial, 258
discricionariedade no caso concreto, 267
discricionariedade potencial, 259, 260, 267, 449, 500
discricionariedade técnica, 64, 371
discricionariedades, 499, 501
discriminação de preços, 439, 440
disjuntiva exclusiva, 295
distribuição, 30, 46, 60, 67, 81, 96, 113, 120, 125, 187, 188, 190, 203, 210, 219, 221, 224, 226, 227, 228, 230, 233, 235, 237, 238, 239, 240, 242, 243, 273, 279, 287, 297, 299, 300, 306, 310, 311, 321, 393, 426, 456, 459, 474, 490, 494
distributiva, 46, 63, 81, 258, 298, 306, 425, 437, 493
distritalização, 297
dominação dos mercados, 62, 91, 95, 214
domínio econômico, 10, 91, 102, 103, 104, 211, 212, 223, 248, 250, 284, 311, 313, 314, 320, 412, 415, 416, 451, 487
doutrina do efeito útil, 264

E

economia autárquica, 19, 471
economia concorrencial, 119
economia da globalização, 63
economia de cunho centralizado, 106
economia de mercado, 57, 84, 94, 106, 129, 273, 280, 375, 411, 442, 445
economia de mercado pura, 106
economia industrial, 62
efeitos nocivos à ordem econômica, 444
efetividade, 76, 289, 315, 378, 478
eficácia após a homologação pelo juiz, 355
eficácia imediata, 355
eficiência, 59, 60, 61, 62, 64, 67, 69, 75, 76, 96, 112, 119, 120, 123, 146, 148, 151, 152, 154, 157, 181, 197, 207, 224, 233, 236, 239, 242, 244, 258, 264, 272, 273, 275, 278, 287, 288, 290, 291, 295, 306, 307, 308, 330, 338, 361, 362, 363, 364,

367, 372, 377, 386, 394, 395, 396, 406, 407, 408, 435, 437, 441, 442, 478, 483, 488, 495, 499, 501, 503

eficiência de Pareto, 119, 120

eficiência dinâmica, 119

eficiência econômica, 62, 119

eficiência na afectação dos recursos, 119

eficiência produtiva, 119, 306

eficiência técnica, 119

elaboração do edital, 374, 496

elemento da subsidiariedade, 138

eletricidade, 35, 63, 232, 234, 238, 243

eletrobrás, 232, 233, 234, 237, 366

embargos, 353, 438

emenda constitucional, 36, 106, 113, 114, 115, 164, 215, 216, 219, 227, 229, 318, 330, 370, 475

empresa, 10, 23, 24, 32, 39, 74, 80, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 97, 98, 99, 101, 105, 109, 131, 134, 137, 142, 145, 147, 148, 158, 159, 160, 173, 174, 175, 179, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 193, 195, 196, 210, 213, 219, 227, 229, 231, 233, 240, 253, 254, 255, 263, 266, 273, 274, 276, 277, 280, 281, 282, 293, 297, 298, 299, 301, 302, 308, 310, 311, 313, 314, 315, 316, 317, 320, 321, 322, 324, 326, 327, 328, 329, 330, 333, 335, 340, 342, 345, 365, 366, 373, 374, 375, 376, 378, 382, 383, 384, 389, 392, 403, 427, 428, 429, 430, 431, 433, 436, 438, 440, 441, 444, 456, 460, 465, 478, 486, 494

empresa brasileira de telecomunicações S.A., 159

empresa estatal, 148, 195, 219, 227, 229, 253, 254, 310, 320, 322, 366

empresa pública, 87, 134, 160, 181, 183, 186, 193, 196, 231, 253, 254, 255, 297, 299, 301, 302, 313, 317, 320, 326, 328, 329, 335, 345, 389, 429, 494

empresas, 2, 23, 29, 35, 40, 55, 63, 64, 75, 80, 82, 84, 86, 88, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 109, 112, 113, 114, 132, 144, 146, 158, 159, 160, 164, 166, 167, 173, 180, 181, 183, 184, 185, 188, 190, 191, 192, 204, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 219, 220, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 237, 238, 247, 249, 250, 253, 254, 255, 256, 265, 273, 280, 281, 282, 292, 294, 297, 299, 300,

301, 302, 305, 307, 308, 309, 310, 311, 316, 317, 321, 322, 325, 327, 328, 329, 330, 333, 338, 341, 345, 366, 373, 374, 375, 382, 383, 387, 389, 390, 391, 393, 403, 405, 406, 407, 412, 422, 427, 428, 429, 431, 432, 433, 436, 437, 438, 440, 441, 444, 445, 459, 486, 493, 494

empresas de remessa expressa, 184, 185

empresas estatais, 29, 102, 112, 146, 173, 223, 227, 229, 230, 249, 250, 253, 254, 299, 300, 301, 310, 327, 330

empresas globalizadas, 64

empresas municipais, 253

empresas privadas, 2, 35, 96, 98, 103, 105, 109, 113, 114, 173, 180, 181, 183, 184, 191, 211, 212, 215, 219, 227, 229, 230, 249, 254, 256, 297, 299, 300, 301, 310, 317, 322, 325, 328, 382, 427, 428, 493

empresas públicas, 40, 55, 109, 213, 231, 247, 253, 254, 255, 256, 297, 309, 310, 389, 428, 429, 432

empresas públicas em sentido estrito, 253

energia elétrica, 113, 114, 125, 146, 156, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 279, 290, 315, 316, 490

ente administrativo técnico, 57, 400

ente independente, 57

ente regulador, 119, 223, 380, 382, 383, 390, 396, 408, 442, 488

entes reguladores, 57, 219, 268, 372, 391, 392, 444, 445

entes reguladores independentes, 57, 372, 391, 392

entidade administrativa independente, 79, 411

entidade reguladora da saúde, 206

entidades globais, 54

entidades públicas empresariais, 253

entidades reguladoras, 385, 400, 410, 411

enunciado, 282, 360

enunciado normativo, 360

equilíbrio atuarial originário, 381

equilíbrio econômico, 173, 254, 378

equilíbrio econômico-financeiro, 37, 151, 169, 374, 378, 379, 380
equilíbrio econômico-financeiro da concessão, 380
equilíbrio econômico-financeiro do contrato, 37, 378, 379
equilíbrio econômico-financeiro inaugural, 379
equilíbrio financeiro, 378, 381, 384
equilíbrio financeiro do contrato, 381
equilíbrio orçamentário, 422
equilíbrio-financeiro, 380
escola de Bordeaux, 25, 473, 474
esfera privada, 47
esfera pública, 47, 48
essencialidade-legalidade, 199
essential facilities, 240, 436
estabilidade social, 58
estado, 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 127, 128, 131, 134, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 153, 154, 156, 158, 160, 161, 164, 165, 166, 170, 173, 179, 180, 181, 183, 184, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 199, 200, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 238, 242, 244, 245, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 259, 262, 263, 265, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 320, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 340, 341, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 355, 356, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 374, 382, 383, 384, 386, 387, 388, 389, 391, 392, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 401, 403, 405, 406, 407, 409, 410, 411, 412, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 423, 424, 425, 426, 427, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 442, 451, 452, 453, 454, 456, 457, 458, 459, 464, 465, 468, 469, 471, 472, 473, 474, 476,

477, 478, 479, 480, 481, 482, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 492, 493, 494, 495, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503

estado absolutista, 20, 472

estado absoluto, 451

estado associado, 46

estado Banalizado, 43, 47, 476

estado bem-estar, 30, 33, 39, 41, 110, 474, 476, 495

estado competência, 43, 44, 476

estado constitucional de direito, 21, 472

estado contemporâneo, 42

estado da arte, 410

estado de direito, 21, 31, 50, 61, 66, 74, 86, 89, 124, 279, 281, 409, 417, 451, 472, 477

estado de direito democrático, 409

estado de direito moderno, 21

estado de direito pré-moderno, 21

estado de justiça, 22, 50, 61, 65, 66, 74, 194, 320, 414, 472, 477

estado de justiça democrático de direito, 22, 50, 61, 65, 66, 74, 194, 320, 414, 472, 477

estado de polícia, 21, 451, 472

estado democrático, 50, 66, 74, 395, 477

estado democrático de direito, 50, 395

estado desmitificado, 43, 47, 476

estado distributivo, 46, 426

estado englobado, 43, 45, 476

estado enquadrado, 43, 44, 476

estado garantia, 43, 46, 476

estado intervencionista, 29, 82, 473, 474

estado legalizado, 21, 472

estado legislativo de direito, 21, 472

estado liberal, 22, 25, 30, 41, 45, 91, 451, 473, 474
estado liberal clássico, 30
estado liberal de direito, 22
estado moderno, 20, 21, 48, 472, 476
estado na economia, 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10, 18, 19, 22, 25, 29, 30, 32, 50, 56, 65, 74, 78, 81, 82, 94, 98, 102, 104, 109, 110, 112, 115, 117, 118, 123, 143, 154, 192, 214, 215, 234, 244, 247, 251, 257, 258, 259, 262, 274, 278, 279, 280, 281, 283, 284, 287, 288, 289, 290, 292, 293, 294, 303, 310, 324, 329, 337, 338, 341, 344, 355, 362, 363, 366, 396, 415, 416, 425, 427, 436, 437, 472, 473, 478, 480, 481, 486, 492, 494, 499
estado nacional, 55
estado no Direito Comunitário, 431
estado paternalista, 69
estado policêntrico, 43, 48, 476
estado pós-moderno, 1, 6, 7, 11, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 49, 65, 416, 476, 481, 497
estado produtor, 46, 111, 362
estado propulsivo, 46, 425
estado protetor, 43, 47, 476
estado reformado, 43, 48, 476
estado regulador, 43, 46, 111, 363, 391, 394, 411, 451, 476
estado segmentado, 43, 48, 476
estado social, 22, 30, 33, 39, 41, 46, 85, 139, 473
estado social de direito, 30, 33
estado social e democrático de direito, 22, 139
estado territorial, 43, 48, 476
estado-empresário, 231, 364
estado-interventor, 111
estado-nação, 43, 44, 54
estados, 13, 22, 29, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 52, 53, 54, 55, 57, 64, 79, 120, 122, 132, 156, 162, 181, 191, 192, 202, 203, 227, 228, 240, 254, 265, 312, 422, 430, 431, 452, 476, 493, 502

estados associados, 64
estados modernos, 13, 64
estados-nação, 54
estadualização, 297
estatal, 5, 10, 28, 29, 31, 36, 38, 43, 45, 48, 49, 56, 59, 60, 62, 77, 80, 82, 83, 85, 98, 100, 102, 104, 105, 110, 114, 117, 118, 119, 121, 124, 135, 139, 142, 143, 144, 145, 148, 151, 152, 164, 170, 179, 180, 181, 188, 189, 190, 192, 193, 195, 202, 207, 208, 211, 212, 216, 217, 218, 219, 222, 223, 227, 228, 229, 234, 246, 248, 251, 253, 254, 256, 258, 263, 264, 269, 278, 284, 287, 291, 292, 293, 299, 300, 302, 304, 307, 310, 313, 314, 315, 316, 320, 322, 323, 326, 329, 330, 333, 339, 341, 348, 349, 359, 365, 366, 367, 369, 387, 392, 397, 408, 415, 424, 429, 432, 434, 451, 467, 474, 476, 482, 484, 486, 498, 499, 502, 503
estatização, 106, 211, 212, 249, 258, 294, 296, 299, 300, 301, 303, 309, 492, 493
estatização da economia privada, 211
estatuição, 267, 343, 360, 447, 448, 457, 458, 500
estatuições válidas, 266, 267, 361, 500
estatuto do serviço nacional de saúde, 205
estímulo positivo, 416, 433
estímulos positivos, 257, 381, 416, 424, 425, 427, 496, 497
estruturas clássicas, 305
estruturas clássicas básicas, 305
estruturas de mercado, 81, 305, 330
ethos, 446
excesso de intervenção, 392
excesso de investimentos, 308
exclusiva, 2, 7, 45, 46, 78, 93, 94, 118, 167, 169, 170, 189, 200, 217, 229, 231, 249, 251, 294, 295, 296, 300, 301, 302, 303, 308, 309, 311, 312, 329, 363, 371, 407, 444, 459, 485, 493, 495, 503
exclusividade, 39, 75, 147, 157, 171, 174, 194, 199, 210, 211, 224, 227, 229, 231, 255, 305, 307, 311, 312, 313, 318, 324, 327, 338, 354, 355, 389, 399, 442, 486, 489
execução, 15, 16, 18, 28, 32, 33, 36, 37, 59, 62, 77, 91, 114, 121, 129, 130, 131, 145, 159, 165, 173, 174, 176, 179, 190, 197, 198, 204, 206, 207, 209, 218, 222, 223,

233, 251, 252, 256, 257, 269, 287, 292, 293, 325, 326, 327, 330, 334, 340, 347, 352, 353, 354, 356, 362, 363, 366, 371, 378, 379, 380, 381, 384, 386, 390, 396, 399, 405, 409, 417, 419, 420, 421, 423, 424, 430, 433, 435, 444, 454, 474, 494, 496

execução direta, 145, 179

execução indireta, 145

execução orçamentária, 421

executivo, 7, 13, 15, 16, 17, 31, 42, 58, 65, 121, 159, 165, 171, 172, 194, 264, 271, 278, 279, 283, 290, 324, 335, 337, 343, 353, 359, 363, 368, 369, 384, 391, 392, 398, 400, 401, 402, 404, 405, 406, 410, 412, 413, 414, 421, 422, 424, 444, 451, 468, 474

exercício da administração, 77

exercício da atividade econômica, 92, 216, 251, 282, 341, 416

exercício da regulática, 58

exercício do poder, 12, 19, 65, 67, 77, 256, 366, 384, 405, 409, 451, 452, 469

exoneração imotivada, 404

exploratório mínimo, 225

expropriação, 109, 110, 296, 298, 299, 301, 461, 465

expropriação por utilidade pública, 109, 110

expropriação sui generis, 298

extensões incalculáveis, 379

extinção do processo, 355, 356, 357

F

falência, 39, 40, 179, 337, 383

falhas de mercado, 338, 389

falhas do mercado, 364, 365

fase da avaliação do menor prejuízo, 450

fase da identificação, 450

fase da produção, 225

fase da valoração, 450

fase decisória, 354, 355

fase do controle, 424

fase do planejamento, 423
fase do sancionamento, 385, 496
fase instrutória, 354
fase postulatória, 354, 355
fase saneadora, 354
fato gerador, 384, 385
federalismo cooperativo, 48
federativo, 13, 34, 82, 191, 253, 278, 319, 372, 448, 475
fenômenos coletivos, 393
finalidade administrativa, 73
finalidade pública e precípua, 38
fins conjunturais, 427
fins públicos, 58, 99, 339, 479
fiscalização, 67, 99, 103, 107, 108, 148, 154, 164, 165, 173, 176, 185, 187, 199, 202, 204, 206, 207, 215, 221, 233, 235, 241, 251, 258, 278, 292, 322, 336, 371, 381, 382, 384, 385, 389, 391, 399, 401, 405, 407, 411, 444, 454, 455, 464, 465, 469, 480, 485, 492, 496, 498, 503
fiscalização de polícia, 384, 454, 455, 464, 498
fiscalização vertical, 503
fiscalizações da polícia administrativa, 464
fomento, 33, 46, 109, 202, 247, 258, 325, 392, 393, 416, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 433, 442, 474
fomento científico-tecnológico, 46, 426
fomento da concorrência, 442
fomento econômico, 109, 426, 427
fomento financeiro, 46, 426
fomento laboral, 46, 426
fomento polêmico, 428
fomento público, 425, 426, 427, 430
fomento público econômico, 427

fomentos, 426

força obrigatória absoluta, 417

força vinculante, 49, 216

forma de atuação, 2, 8, 146, 216, 244, 309, 338, 364, 454, 486, 487

forma de intervenção indicativa, 2, 250, 497

formal, 28, 32, 33, 36, 42, 51, 59, 67, 69, 75, 80, 89, 149, 178, 225, 262, 265, 272, 275, 342, 343, 351, 352, 358, 369, 465, 473, 474, 475, 494, 499

formalidade administrativa, 389

formas de atuação do Estado, 7, 50, 112, 117, 119, 143, 201, 481, 492

formas de intervenção, 2, 5, 7, 8, 19, 22, 25, 32, 107, 109, 232, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 257, 300, 329, 338, 345, 355, 397, 471, 473, 487, 488, 493, 499

formas de intervenção do estado na economia, 8, 22, 32, 247, 251, 499

formas de intervenção na economia, 25, 329, 473

formas de intervenção participativa concorrencial, 232, 488

formas de intervenção pública excepcionais, 109

formulação de políticas, 60, 399

fragmentação da estrutura estatal, 43, 48, 476

fraude privada, 57

função administrativa, 2, 44, 70, 250, 316, 326, 335, 337, 358, 359, 360, 362, 366, 367, 368, 373, 374, 387, 388, 395, 397, 425, 495, 496

função administrativa regulatória, 358, 366, 368, 373, 374, 387, 388, 395, 397, 495, 496

função administrativa regulatória de feição multifacetária, 397

função administrativa regulatória executiva, 373, 496

função administrativa regulatória judicante, 387, 496

função administrativa regulatória normativa, 368, 373, 496

função alocativa, 46, 425, 426

função concorrencial, 258, 493

função constituinte reguladora, 341, 494

função da Administração, 25, 473

função da lei, 61
função de jurisdicional reguladora, 495
função de operacionalizar, 446
função de recuperação do interesse público, 73, 361
função de redução, 360
função decisória administrativa, 73, 360
função distributiva, 258, 493
função do Estado, 26, 111
função estatal típica, 36, 228
função excepcional, 326
função executiva, 11, 17, 73, 271, 349, 361
função executiva das decisões, 73, 361
função federativa, 13
função judicante, 43, 73, 361, 387
função jurisdicional, 270, 337, 348, 349, 350, 354, 495, 501
função jurisdicional reguladora, 349
função jurisdicional regulatória, 350, 354
função legislativa, 43, 337, 341, 370, 494
função legislativa reguladora, 341, 494
função normativa reguladora, 341, 494
função política, 270, 337, 346, 347, 494, 495, 501
função política regulatória, 346, 347, 494, 495
função propulsiva, 258, 493
função quase judicante, 387
função quase-judicial, 400
função quase-jurisdicional, 387
função reformadora reguladora, 341, 494
função regulatória, 258, 330, 374, 380, 382, 395, 405, 407, 451, 493, 496
função regulatória executiva, 382
função regulatória na polícia administrativa, 395

função regulatória nos serviços públicos, 380
função típica, 326, 328
funcionalismo público, 128
funções administrativas regulatórias, 374
funções básicas do Estado, 14
funções da Administração, 388, 395, 429
funções distributivas, 46, 425
funções do Estado, 13, 364, 392
funções estatais, 32, 43, 45, 54, 57, 338, 369, 476, 494
funções normativas, 358, 367
funções quase-judiciais, 363
funções quase-regulamentares, 363
fundamento teológico do poder, 12
fundo de financiamento, 172, 312, 482
fundo nacional de telecomunicações, 159
fundo público de fomento, 429
fundos públicos, 422, 429, 432

G

G8, 53
garantia constitucional, 49, 273, 276, 340
garantia de acesso ao serviço de telecomunicações, 165
garantias, 49, 79, 85, 89, 92, 98, 113, 122, 176, 263, 272, 273, 274, 275, 325, 341, 384, 401, 404, 406, 427, 428, 442, 460, 478, 479, 480
garantias do equilíbrio financeiro, 384
garantias formais, 274
gás natural, 114, 118, 142, 217, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230
Geração, 1, 47, 188, 233, 234, 235, 237, 238, 239, 240, 241, 243, 353, 425
geração de energia, 234, 235, 239, 241
gestão empresarial, 137, 291
gestão indireta, 147

globalização, 45, 55, 62, 63, 183, 476
goals, 447
governante, 12, 26
governo, 12, 16, 42, 51, 54, 60, 62, 71, 76, 112, 127, 159, 160, 162, 187, 191, 207, 214, 233, 234, 236, 253, 278, 279, 283, 324, 329, 335, 347, 364, 390, 392, 409, 410, 411, 417, 419, 420, 421, 428, 446, 453, 460, 464, 477
governos, 44, 51, 54, 55, 56, 59, 67, 184, 202, 227, 338, 413
grau de indeterminação, 448
Grupo dos Sete e a Rússia, 53
Grupos Coordenadores para Operação Interligada, 237
grupos de interesse, 414
grupos de interesses, 390, 406, 412, 413

H

habilitação técnica da agência, 407
hard law, 343, 393
harmonização, 67, 135, 162, 182, 216, 236, 452, 468
heterorregulação, 392
homogeneização das sociedades e dos países, 63

I

ideologia de serviço público, 38, 39, 136, 311, 475
ilícita, 456
ilicitude, 284, 309, 424, 432
impedimento, 229, 230, 231, 355, 443, 487
imperatividade, 19, 118, 232, 343, 446, 471, 487, 498
imperativos de segurança nacional, 104, 108, 232, 480
imposição constitucional/legal, 2, 250, 326, 331, 493
impositiva, 2, 8, 110, 232, 250, 251, 252, 257, 285, 310, 311, 326, 331, 332, 336, 343, 345, 355, 386, 458, 480, 487, 493, 497, 498, 503
imprevisibilidade do fato, 379, 380
improbidade administrativa, 68, 403

inamovibilidade, 404
incentivo, 99, 107, 108, 215, 251, 292, 307, 377, 386, 416, 425, 433, 434, 480, 498
incentivo público, 433
incentivos, 46, 247, 250, 274, 308, 377, 393, 409, 417, 425, 426, 427, 428, 430, 431, 433, 443
incentivos regionais, 427
incerteza semântica da vagueza, 214
incompatibilidade das ajudas de Estado, 432
incompatibilidade do outorgamento das ajudas de Estado, 430, 431
indelegáveis, 167, 169
independência administrativa, 399, 400, 404
independência decisória, 404, 405, 406
independência dos órgãos reguladores, 400
independência orgânica, 280, 401
independência partidária, 403
indesapropriabilidade, 231
individualismo jurídico, 31, 474
indivíduo, 20, 58, 88, 119, 137, 222, 270, 280, 333, 451, 465, 491
indústria elétrica, 239
informações de interesse específico, 317
INFRAERO, 255
ingerência administrativa, 411
ingerências pontuais, 420
iniciativa econômica, 10, 23, 73, 78, 80, 82, 87, 88, 89, 92, 94, 96, 97, 98, 100, 101, 104, 105, 117, 231, 269, 273, 274, 277, 311, 340, 341, 342, 376, 382, 383, 384, 412, 459, 460, 461, 462, 464, 465, 479
iniciativa econômica privada, 23, 73, 78, 80, 82, 88, 89, 92, 94, 96, 97, 98, 100, 101, 105, 231, 269, 273, 311, 340, 376, 384, 412, 460, 462, 464, 465
insolvência civil, 383
instituições globais, 55

instituições jurídicas internacionais, 55
instituições políticas, 12, 52
instituições privadas, 206, 207, 209
instrumento de intervenção do Estado na economia, 338, 425, 437
instrumento de regulação, 374, 382
instrumentos interventivos, 33, 382, 416, 452, 474, 497, 499
interesse coletivo, 69, 70, 91, 104, 108, 118, 140, 152, 155, 166, 169, 170, 171, 173, 192, 213, 219, 230, 232, 250, 253, 298, 311, 319, 335, 391, 407, 418, 429, 480, 487, 488
interesse coletivo geral, 70
interesse de grupo, 71
interesse difuso, 70, 213
interesse do rei, 69
interesse econômico geral, 6, 7, 41, 56, 120, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 146, 147, 152, 168, 188, 243, 431, 489, 490, 491
interesse essencial, 147
interesse estatal, 424
interesse geral, 27, 34, 35, 40, 69, 73, 74, 82, 88, 92, 101, 109, 122, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 141, 155, 168, 174, 196, 198, 243, 250, 268, 269, 273, 304, 327, 340, 346, 362, 382, 385, 395, 407, 412, 442, 464, 465, 490, 491, 498
interesse público específico, 72, 74, 104, 386, 477
interesse público genérico, 387
interesse público geral, 72, 477
interesse público legislado, 74,
interesse público relevante, 213, 290
interesse social, 50, 74, 172, 188, 297, 482
interesses difusos, 70, 208
interesses individuais, 60, 69, 72, 127, 285, 325, 477
interesses metaindividuais, 208

interesses primários da Administração, 77
interesses públicos, 17, 47, 70, 76, 77, 157, 260, 262, 264, 366, 369, 386, 390, 412, 425, 466
interesses secundários, 77
internacionalização, 51, 123, 218
interpretação de mutação constitucional, 215, 318
interpretação regulatória, 382
intervenção absorviva, 295, 300
intervenção absorviva exclusiva, 295
intervenção completa, 303, 329
intervenção concorrencial, 105, 212, 311
intervenção concorrencial do Estado, 105, 212
intervenção direta, 74, 82, 109, 123, 214, 219, 234, 278, 320, 346, 364
intervenção direta do Estado na economia, 74, 82, 123, 214, 265, 278
Intervenção do Estado na gestão das empresas privadas, 109
intervenção do Estado no domínio econômico, 104, 223
intervenção do Estado sobre e no domínio econômico, 416
intervenção é subótima, 392
intervenção econômica, 5, 97, 104, 248, 262, 264, 492
intervenção estatal, 10, 45, 80, 83, 98, 102, 104, 208, 248, 293, 307, 341, 365, 502
intervenção estatal na economia, 10, 293, 341
intervenção imperativa, 344, 357, 358, 397, 416, 446, 451, 498
intervenção impositiva, 498
intervenção incitativa, 344, 355, 397, 415
intervenção indicativa, 2, 250, 344, 355, 357, 358, 397, 414, 497
intervenção indirecta, 339
intervenção indirecta, 451
intervenção mínima, 289, 345
intervenção monopolística, 311
intervenção na economia, 6, 25, 29, 268, 269, 291, 329, 473, 500

intervenção não associativa, 253
intervenção não-associativa, 302, 494
intervenção não-prestacional, 8, 25, 251, 257, 268, 327, 344, 346, 362, 363, 397, 473, 494, 498, 502
intervenção não-prestacional do Estado na economia, 344, 362, 363
intervenção não-prestacional na economia, 25, 473
intervenção participativa concorrencial, 232, 327, 488
intervenção participativa do estado na economia, 310
intervenção participativa impositiva, 232, 310, 311, 336, 487
intervenção participativa impositiva do Estado, 336
intervenção participativa impositiva é associativa, 311
intervenção permissiva, 458
intervenção prestacional, 2, 7, 27, 143, 249, 252, 268, 301, 303, 310, 329, 330, 331, 362, 493
intervenção prestacional absorviva, 27, 301, 303, 310, 493
intervenção prestacional absorviva completa, 310
intervenção prestacional absorviva exclusiva, 301, 303, 493
intervenção prestacional de forma absorviva completa, 329
intervenção prestacional do estado na economia, 143, 362
intervenção prestacional participativa, 329, 330, 331, 493
intervenção prestacional participativa concorrencial, 329, 330
intervenção prestacional participativa impositiva, 331
intervenção pública, 10, 30, 78, 109, 136, 198, 199, 205, 338, 366, 376, 442, 491
intervenção pública na economia e nos mercados, 366
intervenção regulatória, 247, 367, 383, 398
intervenção regulatória específica, 367
intervenção sancionatória, 468
intervenção sobre o domínio econômico, 250
intervencionismo direto do Estado na economia, 366
intervencionismo econômico, 102, 108

intervencionismo econômico direto, 102
intervencionismo público, 104
intervencionista, 29, 30, 39, 41, 82, 263, 271, 349, 451, 473, 474
intervensões, 19, 20, 105, 109, 212, 257, 258, 263, 313, 338, 345, 354, 358, 397, 416, 427, 471, 472, 494, 497, 498
intervensões não-prestacionais, 258, 354, 497
intervensões não-prestacionais na economia, 354, 497
intervensões prestacionais, 257, 258, 313
intervensões públicas, 263
interventiva da absorção completa, 309
interventivo da descentralização, 252, 494
interventivos regulatórios, 382
Investimentos estratégicos, 439, 440
irredutibilidade, 404

J

judicialização das políticas públicas, 271, 349
juiz administrativo, 51
juízo técnico, 382
julgamento antecipado da lide, 355, 356
juridicização do Estado, 66
jurisdição voluntária, 349, 350
juspolítica-moral, 71, 72, 74, 77, 477
juspolíticas-morais, 78

L

lavra, 16, 113, 114, 142, 219, 220, 223, 225, 228
legalidade, 21, 42, 44, 50, 60, 61, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 82, 105, 251, 258, 259, 265, 267, 270, 278, 279, 281, 284, 285, 286, 346, 359, 362, 370, 375, 406, 424, 443, 452, 456, 468, 472, 476, 477, 478, 495, 499, 500, 503
legalidade administrativa, 42, 66, 69, 359, 362, 452, 495
legalidade ampla, 66

legalidade do resultado, 69
legalidade em sentido amplo, 42
legislação setorial, 57, 204, 442
legislador formal, 342
legislador ordinário, 37, 38, 62, 69, 75, 76, 100, 102, 118, 119, 168, 190, 196, 212, 215, 290, 313, 315, 317, 319, 345, 463, 464, 477, 487
legitimidade, 12, 21, 35, 36, 47, 50, 59, 60, 61, 65, 66, 67, 68, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 90, 192, 193, 216, 217, 258, 259, 261, 265, 267, 269, 280, 281, 285, 286, 309, 318, 320, 330, 362, 367, 372, 387, 400, 409, 420, 424, 441, 444, 475, 476, 477, 478, 499, 500, 501, 503
legitimidade aferível, 67
legitimidade corrente, 67
legitimidade democrática, 261, 372, 387
legitimidade do exercício da competência normativa dos entes reguladores independentes, 372
legitimidade eleitoral, 67
legitimidade finalística ou teleológica, 67
legitimidade finalísticas, 60
legitimidade formal, 67
legitimidade material, 67
legitimidade originária, 60, 66, 67
legitimidade plena, 66
legitimidade pragmática, 67
legitimidade processual, 67
lei antitruste, 435
lei de bases da saúde, 205
lei de concessões, 113, 235, 325
lei de defesa da concorrência, 113, 167
lei de diretrizes orçamentárias, 422
lei geral de telecomunicações, 151, 164, 167, 168, 488
lei orçamentária anual, 405, 422

leis orçamentárias, 421, 431, 433
liberalismo, 123, 124, 153, 160, 492
liberalização, 41, 56, 123, 128, 135, 136, 161, 162, 163, 165, 168, 182, 221, 323, 442
liberdade contratual, 277, 435
liberdade de atuação, 6, 265, 499
liberdade de concorrência, 95, 105, 442
liberdade de contratação ou liberdade negocial, 97
liberdade de expressão e comunicação, 74
liberdade de iniciativa, 10, 23, 80, 82, 88, 89, 91, 92, 94, 96, 98, 100, 101, 103, 105, 214, 231, 266, 269, 277, 311, 312, 340, 341, 342, 376, 383, 424, 459, 460, 461, 502
liberdade de iniciativa econômica, 23, 80, 82, 88, 89, 92, 94, 96, 98, 100, 105, 231, 269, 277, 311, 340, 341, 342, 376, 383, 459, 460, 461
liberdade de iniciativa econômica privada, 23, 80, 82, 88, 89, 92, 94, 96, 98, 100, 105, 231, 269, 311, 340, 376, 460
liberdade de iniciativa privada, 80, 89, 92, 98, 101, 214, 312, 461
liberdade de iniciativa privada econômica, 98
liberdade de iniciativa pública, 214
liberdade de investimento, 97
liberdade de investimento ou de acesso, 97
liberdade de lucro, 90, 280
liberdade de organização, 97
liberdade de organização e liberdade de contratação, 97
liberdade discricional, 267, 500
liberdade discricionária, 267
liberdade econômica, 38, 80, 92, 106, 123, 273, 340, 341, 431
liberdade empresarial, 139, 407
liberdade legislativa, 38
liberdade negocial, 97
liberdade para exercer uma atividade econômica, 91

liberdade para organizar seus serviços, 405
liberdades econômicas, 89, 94, 308, 456
licença, 98, 119, 222, 224, 274, 322, 375, 385, 436, 439, 441, 454, 455, 462, 463, 498
licitação pública, 224
licitações, 151, 223, 374
licitude, 61, 65, 66, 68, 72, 74, 76, 77, 258, 259, 265, 267, 281, 285, 286, 362, 476, 477, 478, 499, 500, 503
licitude vinculadora da moralidade administrativa, 68
lide, 349, 355, 356
liquidação administrativa, 383
liquidação extrajudicial, 382, 383
liquidações judiciais, 383
litígio, 276, 287, 349, 467
livre à iniciativa privada, 206, 334
livre acordo dos homens, 12
livre competição, 81, 103, 168, 185, 220, 239, 322, 324
livre concorrência, 45, 55, 81, 90, 91, 94, 95, 96, 107, 108, 115, 136, 139, 150, 158, 167, 194, 231, 255, 280, 289, 292, 315, 318, 321, 323, 326, 338, 396, 422, 434, 435, 439, 442, 443, 444, 445, 457, 458, 478, 479, 481, 491, 502
livre exercício da atividade econômica, 92, 341
livre exercício das atividades profissionais, 101, 346
livre iniciativa econômica, 10, 23, 73, 104, 382, 465
livre iniciativa empresarial, 129
livre iniciativa privada, 88, 94, 100, 109, 161, 304, 314
lobby, 414
lucro, 35, 87, 90, 101, 117, 134, 201, 210, 215, 280, 302, 305, 325, 331, 334, 341, 373, 378, 379, 391, 432, 433, 486, 491

M

malefícios do monopólio, 306

mandato, 80, 220, 279, 344, 347, 391, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 409, 421, 444, 447, 458

manifestação da vontade da sociedade, 38

manifestações impositivas, 498

mão invisível, 350

marco regulatório, 168, 235, 245, 381, 385, 386, 396, 408, 484, 496

margem de atuação, 30, 82, 272

margem de eleição, 272

margem de liberdade, 43, 74, 258, 259, 260, 261, 262, 265, 270, 271, 386, 499, 501

margem de liberdade dos Estados, 43

margem de livre decisão, 68, 70

margens de liberdade de ação, 265, 499

market power, 441

market share, 440, 441

mecanismo regulador a priori, 374

mecanismos de compensação, 312

mecanismos de intervenção, 247, 382, 502

mecanismos de oferta e procura, 442

mediação, 284, 349, 387

médica supletiva, 203

medidas de polícia, 465

meios a utilizar, 417

mercado atacadista de energia, 237

mercado atacadista de energia elétrica, 237

mercado comum, 123, 162

mercado de fatores, 87

mercado de produto, 443

mercado de produtos, 86, 87

mercado de saúde privada, 204, 208, 210

mercado de seguros, 203
mercado geográfico, 443
mercado material, 443
mercado postal, 182, 188
mercado relevante, 308, 321, 432, 443, 444
mercado temporal, 444
mercados nacionais, 54, 63, 181
mínimo existencial, 277
ministério das minas e energia, 220, 233, 234
missão de interesse geral, 127, 132, 133, 134, 141, 491
modalidades de normas, 447
modelo de agência compradora, 239
modelo de integração vertical, 239
modelo de organização do poder, 58
modelo econômico concorrencial, 121, 489
modelo postal mundial, 322
moderno Estado de direito, 50, 61
moderno princípio da legalidade, 42
modicidade tarifária, 150
modificação do preço, 379
moeda, 46, 64, 78, 106, 113, 380
monopólio, 21, 35, 39, 47, 57, 81, 95, 103, 118, 128, 142, 160, 164, 173, 180, 181, 189, 190, 193, 195, 196, 198, 210, 211, 212, 215, 216, 217, 218, 219, 223, 224, 227, 228, 229, 235, 236, 238, 239, 240, 241, 247, 251, 255, 265, 268, 299, 300, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 329, 330, 331, 338, 339, 364, 366, 389, 392, 407, 436, 442, 486, 487, 493
monopólio constitucional, 315, 321
monopólio da atividade postal, 324
monopólio da união, 195, 196, 198, 310, 314, 316, 321
monopólio de atividades, 211

monopólio de direito, 317
monopólio de fato, 81, 247, 308, 309, 317, 321, 322
monopólio do estado, 47, 309
monopólio dos correios, 316
monopólio estatal, 181, 189, 193, 211, 216, 217, 218, 223, 304, 313, 314, 315, 316, 323, 329
monopólio estatal absoluto, 323
monopólio estatal do petróleo, 223
monopólio legal, 211, 212, 217, 309, 312, 320
monopólio natural, 235, 236, 238, 239, 240, 241, 308, 309, 321, 338, 392, 407, 436
monopólio postal, 314, 315, 316, 317, 318, 320
monopólios, 40, 41, 43, 45, 81, 102, 106, 113, 118, 121, 135, 163, 181, 211, 212, 215, 216, 234, 238, 297, 304, 307, 308, 313, 317, 318, 439, 486, 487, 489
monopólios de atividades essenciais, 211
monopólios estatais, 102, 113, 215, 216, 304, 313, 487
monopólios legais, 118, 215, 487
monopólios naturais, 81, 238, 308
monopolista, 94, 109, 118, 142, 162, 189, 216, 239, 305, 306, 307, 309, 312, 313, 314, 435, 442
monopolistas, 193, 217, 307, 309, 412
monopolização, 166, 193, 247, 249, 258, 294, 300, 303, 306, 307, 315, 391, 492, 493
monopolizada, 7, 144, 210, 211, 215, 217, 229, 254, 313, 320, 322, 486, 487, 489
moral, 22, 49, 50, 66, 67, 72, 74, 272, 365, 417, 424, 446, 477, 478
motivação expressa, 279, 450
motivo, 21, 57, 64, 65, 70, 85, 86, 103, 120, 127, 153, 166, 169, 180, 191, 192, 200, 205, 211, 212, 216, 220, 239, 241, 247, 259, 264, 274, 282, 284, 286, 287, 292, 304, 312, 316, 324, 333, 338, 340, 350, 356, 360, 372, 376, 395, 400, 410, 430, 431, 434, 436, 442, 472, 480, 485, 494, 502
movimento absolutista, 20
movimento de Pareto, 120
mudanças constitucionais, 43, 119

multinacionais, 64
multipolaridade, 502
municipalização, 297
mutação constitucional, 43, 215, 318, 319

N

nacional de saúde suplementar, 204, 206
nacionalidade, 51, 113
nacionalização, 98, 109, 249, 258, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 303, 309, 389, 492, 493
nacionalização como ato jurídico, 296
nacionalização confisco, 297
nacionalização em sentido amplo, 296
nacionalização em sentido restrito, 296
nacionalização-retaliação, 297
nacionalização-sanção, 297
nacionalizações, 32, 40, 78, 109, 298, 299, 300, 301
não-deônticas, 250, 265, 359, 360, 362, 381, 397, 415, 495, 496, 499
não-monopolista, 118, 142
não-prestacional, 2, 8, 25, 91, 248, 250, 251, 257, 268, 326, 327, 330, 331, 337, 338, 344, 346, 362, 363, 397, 473, 492, 494, 497, 498, 502
não-privativo, 117, 199, 200, 209, 210, 485
natureza jurídica da livre iniciativa, 88
natureza jurídica do serviço de telecomunicação, 167
necessidades coletivas, 28, 70, 72, 141, 155, 264, 473, 477
neoconstitucionalismo, 21, 22, 49, 50, 61, 75, 472, 478
neoliberal, 110, 123
neoliberalismo, 44, 153, 362, 492
new public management, 47
níveis de serviços, 167, 169
níveis e tipos de governo, 54

noção de interesse público, 47, 73, 477
noção de serviço público, 25, 26, 28, 32, 33, 34, 36, 39, 42, 56, 109, 120, 122, 124, 136, 140, 141, 145, 146, 153, 228, 473, 474, 475, 480, 488, 489, 491, 492
norma de decisão, 361
norma de princípio, 447, 448
norma delegada, 368, 369
norma habilitante, 499
norma legal indicativa, 415
norma regra, 447, 448
norma reguladora, 372
norma regulatória, 382
normas anticoncorrenciais, 435, 442
normas antitrust, 436
normas de defesa da concorrência, 435
normas de intervenção por direção, 250
normas de intervenção por indução, 250, 251
normas de prevalência, 450
normas de princípio, 448, 449
normas diretivas, 343
normas essenciais, 337
normas garantidoras, 343
normas goals, 447
normas impositivas, 343, 456, 458, 499
normas indutivas, 415
normas jurídicas, 31, 49, 158, 260, 261, 269, 271, 288, 337, 343, 344, 345, 347, 348, 349, 448, 474, 494, 495, 500, 501
normas materiais, 343
normas organizatórias, 343
normas permissivas, 261, 343, 458
normas preceitos, 43

normas princípios, 43, 343, 397
normas proibitivas, 343, 458, 461
normas regras, 43, 448
normas reguladoras, 371
normas regulatórias, 373, 381, 390, 391, 496
normatividade imperativa, 447
normatividade principialista, 69
normatização, 184, 185, 221, 343, 371
nota da precariedade, 178
nova configuração contemporânea, 42, 476
nova teoria do direito, 22, 49, 472
novo constitucionalismo, 49, 472
novo estado, 22, 43, 47, 50, 472
novo estado pós-moderno, 43, 47
novo feudalismo jurídico, 53
novo-constitucionalismo, 472
núcleo estratégico, 399

○

objectivos, 97, 101, 122, 339, 412, 416, 417
objeto social, 186, 213
obrigação de contratar, 84, 457
obrigações de interesse público, 35
opções políticas, 214, 269, 270, 348, 495, 501
operador deôntico, 260, 261, 360, 450
operador nacional do sistema elétrico, 237, 240
operadores deônticos, 343, 344, 345
orçamento fiscal, 422
ordem de polícia, 454, 455, 456, 461, 462, 464, 465, 498
ordem econômica, 1, 5, 7, 10, 11, 18, 34, 37, 38, 42, 59, 66, 78, 81, 82, 83, 84, 85, 89, 90, 91, 94, 96, 101, 102, 103, 105, 106, 108, 119, 165, 166, 167, 170, 188, 211,

212, 213, 216, 236, 241, 274, 275, 277, 280, 283, 289, 290, 292, 293, 313, 319, 341, 407, 430, 444, 451, 475, 478, 479, 487

ordem ético-jurídica, 65, 476

ordem ético-moral, 66, 477

ordem ético-política, 65, 476

ordem juspolítica-moral, 71, 72, 74, 477

ordenação geral da economia, 82

ordenamento econômico, 17, 18, 388, 395, 396, 425, 426

ordenamento jurídico infraconstitucional, 452

ordenamento social, 17, 205, 363, 388, 395, 396, 397, 426

organização da economia, 85

organização da indústria elétrica, 239

organização da instrução, 356

organização das nações unidas, 44

organização do setor petrolífero e de gás natural, 221

organização dos serviços públicos, 290

organização neutra, 401

organização policêntrica, 57

organizações burocráticas, 20, 472

órgão administrativo técnico, 409

órgão de defesa da concorrência, 440

órgãos colegiados, 402

órgãos de defesa da concorrência, 409, 445

orientações políticas, 367, 368, 496

ouvidor, 406

P

pactual, 67

papel da iniciativa privada, 115, 481

parapostal, 188

parceria, 33, 145, 186, 206, 325, 430, 493

parcial, 2, 7, 23, 34, 162, 163, 167, 169, 170, 182, 249, 251, 295, 302, 303, 311, 313, 314, 444, 475, 493, 498

parte política, 77

participação, 2, 40, 55, 56, 59, 60, 73, 96, 127, 130, 154, 159, 160, 169, 181, 196, 200, 203, 207, 208, 210, 223, 226, 233, 234, 241, 248, 249, 250, 252, 253, 254, 278, 279, 280, 287, 300, 301, 325, 326, 328, 329, 331, 334, 336, 339, 342, 372, 379, 390, 391, 399, 403, 408, 420, 434, 436, 460, 485, 490, 493

participação concorrencial, 2, 249, 326, 328, 493

participação concorrencial não-associativa, 328

participação impositiva, 2, 250, 326, 331

participação popular, 60, 280, 372, 391

participação será impositiva, 493

participações governamentais, 226

participativa, 2, 7, 27, 60, 78, 82, 232, 249, 251, 310, 311, 324, 325, 326, 327, 329, 330, 331, 336, 487, 488, 493, 498

participativamente, 325

patrimônio disponível, 221, 224

período cooperativo, 394

permeabilidade, 114, 390, 391, 398, 400

permissão, 36, 37, 99, 109, 117, 119, 141, 145, 146, 148, 151, 152, 154, 155, 156, 164, 165, 167, 169, 172, 176, 177, 178, 179, 187, 190, 195, 197, 198, 199, 200, 209, 240, 241, 256, 315, 317, 322, 325, 326, 329, 334, 364, 374, 377, 387, 393, 454, 458, 462, 463, 485, 498

permissão condicionada, 178

permissão qualificada, 178

permitidos, 167, 169

petrobras, 218, 219, 220, 229, 230, 311

petróleo, 114, 118, 142, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 229, 230, 300, 301, 310, 311, 408, 456

petróleo brasileiro S. A., 218, 229, 311

planeja o estado, 421

planejado o setor, 424, 434, 497

planejamento, 33, 66, 78, 99, 107, 108, 109, 187, 215, 233, 235, 237, 238, 247, 251, 252, 256, 258, 292, 297, 326, 336, 381, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 430, 431, 433, 464, 474, 480, 492, 496, 497, 498

planejamento ao ordenamento jurídico, 417

planejamento econômico, 417

planejamento imperativo, 107

planejamento técnico, 420

planificação, 418

plano diretor da reforma do estado, 399

plano econômico, 384, 416, 417

plano econômico, 107, 284, 417

plano nacional de desenvolvimento, 422

planos de saúde, 203

planos econômicos, 107

pluralidade de iniciativas, 97

pluralismo de expressão sociocultural, 100

pluralista, 19, 20, 39, 99, 214, 471, 472

poder constituinte do povo, 21

poder de fiscalização, 401

poder de império estatal, 121, 429

poder de mercado, 416, 435, 438, 439, 440

poder de polícia, 108, 175, 247, 258, 280, 290, 292, 366, 384, 385, 395, 401, 405, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 466, 469, 492, 498

poder de polícia no Estado regulador, 451

poder de restrição, 89

poder econômico, 45, 64, 81, 91, 94, 98, 99, 109, 113, 139, 160, 210, 214, 258, 297, 307, 330, 391, 435, 438, 444, 464, 493, 497

poder estatal, 20, 77, 85, 192, 287

poder executivo, 7, 15, 16, 17, 31, 42, 65, 121, 159, 171, 172, 194, 278, 279, 283, 324, 335, 337, 343, 363, 369, 398, 400, 401, 406, 421, 422, 451, 474

poder individual, 65

poder judiciário, 10, 15, 225, 266, 271, 290, 294, 349, 368, 371, 380, 387, 400, 424, 454, 496

poder legislativo, 13, 16, 17, 38, 51, 220, 359, 368, 369, 370, 371, 373, 392, 400, 405, 410, 413, 496

poder regulatório, 371, 456

polícia administrativa, 17, 119, 155, 199, 382, 388, 394, 395, 451, 454, 455, 464, 465, 469, 485, 496, 498

polícia da segurança, 451

polícia judiciária, 454

polícia repressiva, 454

política comunitária de telecomunicação, 162

política da execução administrativa, 409

política de Concorrência, 392

política descentralizadora, 362

política pública, 261, 347, 348, 366, 407, 408, 410, 436, 437, 495

política regulatória, 346, 347, 392, 395, 494, 495

política setorial e tarifária, 396

políticas governamentais, 413

políticas públicas, 46, 54, 60, 62, 236, 261, 271, 275, 277, 292, 330, 347, 348, 349, 363, 369, 382, 388, 396, 397, 405, 409, 410, 414, 416, 418, 421, 423, 424, 495, 496, 497

políticas públicas de intervenção, 423

político-administrativos, 371

ponderação, 40, 90, 104, 272, 275, 276, 277, 285, 289, 299, 373, 411, 448, 450, 453

positivação derivada, 77

positivação originária, 76

positivismo, 22, 49, 61, 69, 75

positivismo jurídico, 22, 69, 49, 75

pós-moderno Estado de justiça democrático de direito, 50

pós-positivismo jurídico, 22, 49, 472, 477

posse de poder, 27

postal, 164, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 210, 216, 232, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324

prática monopolista, 314

precariedade, 170, 177, 178

preceptiva de resultado, 372

preço, 91, 95, 97, 107, 114, 140, 151, 153, 168, 173, 185, 210, 211, 237, 263, 264, 293, 305, 306, 307, 311, 321, 322, 323, 324, 341, 376, 379, 389, 412, 439, 440, 443, 486, 492

preço de mercado, 210, 305, 321

preços do monopólio, 305

preços predatórios, 439, 440

prerrogativas tradicionais, 17

prescrições legislativas, 69

prestação de serviços públicos, 17, 32, 99, 110, 118, 149, 154, 222, 288, 302, 335, 362, 480

prestação de um serviço público, 221, 236, 242, 326

prestação é privativa do Estado, 117, 141

prestação obrigatória, 232

prestacional, 2, 7, 27, 121, 136, 140, 143, 248, 249, 251, 252, 268, 294, 300, 301, 303, 310, 329, 330, 331, 362, 492, 493, 498, 502

prestacional absorviva completa, 310

presunção de ilicitude da ajuda, 432

previsão, 33, 36, 59, 88, 89, 107, 120, 136, 146, 192, 211, 214, 236, 241, 262, 269, 278, 343, 357, 360, 367, 368, 377, 379, 381, 382, 383, 400, 402, 416, 417, 419, 431, 447, 448, 450, 456, 461, 491

previsão econômica, 107

princípio da responsividade, 284

princípio constitucional da isonomia, 166

princípio da abstenção, 91, 97, 253, 479
princípio da abstenção e da subsidiariedade, 253
princípio da autoexecutoriedade, 468
princípio da boa-fé e da proteção da confiança legítima, 288
princípio da coexistência do setor público, 97
princípio da compatibilidade, 97, 109, 295
princípio da compatibilidade entre as iniciativas econômicas privadas e públicas no âmbito econômico, 97
princípio da confiança legítima, 285, 288, 361
princípio da conformidade, 109
princípio da constitucionalidade, 68
princípio da continuidade, 176, 290
princípio da continuidade do serviço público, 176, 290
princípio da coordenação, 424
princípio da descentralização, 287, 290
princípio da desgovernamentalização das entidades reguladoras, 410
princípio da dignidade da pessoa humana, 131, 275
princípio da dignidade humana, 275
princípio da economia de mercado, 445
princípio da economicidade, 291, 364
princípio da efetividade, 289
princípio da eficiência, 288, 330, 362, 495
princípio da equidade contratual, 94
princípio da especialidade, 206, 213, 220, 256, 290
princípio da executoriedade, 290
princípio da finalidade, 289
princípio da hierarquia funcional, 290
princípio da igualdade, 21, 105, 171, 176, 274, 276, 282, 294, 431, 434, 436, 466
princípio da imparcialidade, 387
princípio da impessoalidade, 288

- princípio da indisponibilidade do interesse público, 286
- princípio da irreversibilidade das nacionalizações, 78
- princípio da isonomia, 66, 459
- princípio da juridicidade, 42, 68, 106, 281
- princípio da juridicidade da Administração, 42
- princípio da jurisdição una, 284, 400
- princípio da jurisdição única, 284
- princípio da justicialidade, 21
- princípio da legalidade, 21, 42, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 105, 281, 359, 362, 456, 472
- princípio da legalidade administrativa, 69
- princípio da legitimidade, 68, 281
- princípio da liberdade, 80, 84, 97, 131, 133, 282, 311, 345, 376, 422, 461, 463
- princípio da liberdade da iniciativa privada, 345
- princípio da liberdade de comércio e indústria, 422, 463
- princípio da liberdade de empresa, 84, 376
- princípio da liberdade de iniciativa econômica privada, 311
- princípio da liberdade negocial, 97
- princípio da licitude, 281
- princípio da livre concorrência, 136, 280, 289, 326, 435, 491
- princípio da livre iniciativa, 23, 36, 37, 87, 90, 91, 96, 99, 100, 102, 103, 105, 115, 192, 216, 266, 280, 292, 293, 301, 318, 364, 375, 421, 430, 456, 457, 459, 460, 461, 479, 481, 487
- princípio da moralidade, 68, 288
- princípio da moralidade pública, 68
- princípio da motivação, 286
- princípio da não-discriminação, 441
- princípio da oportunidade, 287
- princípio da participação, 280
- princípio da prática reiterada, 361
- princípio da prática reiterada de atos, 361

princípio da presunção de validade, 285
princípio da proporcionalidade, 89, 104, 133, 170, 236, 289
princípio da propriedade, 85
princípio da publicidade, 283
princípio da razoabilidade, 289
princípio da realidade, 283
princípio da reserva de lei, 340
princípio da reserva legal, 340
princípio da responsabilidade, 284
princípio da responsabilidade, 283, 284
princípio da segurança jurídica, 192, 281, 379, 430
princípio da separação dos poderes, 280, 368, 369
princípio da sindicabilidade, 284
princípio da solidariedade, 131, 139
princípio da subsidiariedade, 44, 45, 79, 91, 111, 121, 133, 158, 285, 387, 481, 489
princípio da subsidiariedade horizontal, 44
princípio da substituição tecnológica, 63
princípio da sujeição a licenciamento das instalações petrolíferas, 221
princípio da supremacia do interesse público, 30, 42, 286
princípio da tutela e da autotutela, 292
princípio da unidade, 216, 487
princípio de atuação comercial, 186
princípio de liberdade de iniciativa econômica, 80
princípio democrático, 22, 279, 280
princípio disciplinar, 291
princípio do colegiado, 291
princípio do contencioso administrativo, 284
princípio do contraditório e da ampla defesa, 287
princípio do devido processo legal, 286
princípio do duplo grau de jurisdição, 291

- princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, 254
- princípio do estado de direito, 86, 89, 279
- princípio do estado social, 85
- princípio do juiz natural, 284
- princípio do livre acesso a redes, 238
- princípio do planejamento, 292, 422
- princípio do pluralismo, 281
- princípio econômico do lucro, 379
- princípio federativo, 278
- princípio fundamental de unidade orgânica, 48
- princípio hierárquico, 290
- princípio instrumental, 291
- princípio monocrático, 291
- princípio presidencialista, 279
- princípio republicano, 278, 283
- princípios da confiança legítima, 285, 430
- princípios da generalidade, 59
- princípios da igualdade, 282, 422, 465
- princípios da igualdade, isonomia, imparcialidade ou generalidade, 282
- princípios da liberdade, 131, 231, 276
- princípios da liberdade de iniciativa econômica privada, 231
- princípios da livre iniciativa, 108, 315, 430, 457
- princípios da razoabilidade, 271, 349, 424
- princípios da subsidiariedade e da abstenção, 45, 80
- princípios da transparência, 172
- princípios da universalidade, 139, 146, 207
- princípios fundamentais, 18, 30, 34, 79, 89, 133, 139, 187, 274, 278, 475
- princípios gerais, 101, 111, 139, 274, 281, 285, 287, 292, 293, 344, 382, 491, 501
- princípios gerais do direito administrativo, 274, 287, 292
- princípios gerais do direito público, 111, 274, 285

princípios gerais do serviço público, 139
princípios jurídicos, 89, 272, 274, 447, 448, 501
princípios limitadores negativos, 449
princípios setoriais do direito administrativo, 274
privativo, 117, 144, 153, 168, 170, 171, 193, 194, 198, 224, 228, 230, 231, 242, 245, 320, 454, 484
privatização, 40, 112, 114, 133, 219, 227, 234, 362, 364, 399
privilégio, 51, 196, 217, 232, 249, 251, 255, 258, 294, 300, 303, 305, 307, 309, 320, 376, 486, 492, 493
privilégio exclusivo, 196, 217, 249, 258, 294, 300, 303, 305, 309, 320, 486, 492, 493
procedimento administrativo sancionador, 385, 386, 465, 466, 496
procedimento comum, 351
processo de conhecimento, 352, 353, 354
processo de globalização econômica, 63
processo de liberalização econômica, 56
processo decisório, 61, 420
procuradoria, 68, 405, 406, 444
produto político, 373
produtor independente, 235, 237, 239, 241
prognóstico, 292, 418, 421, 423
programa nacional de desestatização, 112, 219, 234, 364
projeto de lei postal, 185, 186, 187, 194, 316, 317, 319, 323, 324
promoção do interesse público, 73, 360
proporcional, 154, 287, 289, 306, 307, 329, 385, 386, 466, 496
proporcionalidade, 89, 104, 105, 132, 133, 170, 172, 236, 271, 276, 289, 291, 349, 424, 455, 459, 468
propriedade do petróleo e do gás natural, 223
propulsiva, 258, 493
protecionismo, 427, 428
protecionismo indefinido, 427

protoconstitucionalismo globalizado, 53
public utilities, 34, 35, 146, 153, 492
public utility, 34, 155, 408

Q

quarentena, 390, 403
quarto poder, 364, 392
quase-judiciais, 363
quase-legislativas, 363
quase-regulamentares, 363
quorum deliberativo, 402

R

razoabilidade, 40, 105, 271, 272, 289, 342, 349, 424
razoabilidade e da proporcionalidade, 289
Razoável, 29, 76, 140, 151, 153, 168, 191, 200, 265, 287, 289, 311, 377, 386, 433, 437, 464, 486, 492
razões para se opor às nacionalizações, 297
reajuste, 114, 176, 292, 381, 391, 396, 435, 496
reajuste do contrato, 381
recuperação (extra)judicial, 383
recuperação do interesse público, 73, 361
reestruturação dos serviços postais, 183
referenda ministerial, 335
reforma comercial, 186
reforma econômica constitucional, 113
reforma organizacional, 185
reforma regulamentar, 185, 186
reforma tecnológica, 186
regime concorrencial a serviços públicos, 170
regime de competição, 2, 103, 144, 164, 216, 229, 230, 249, 325, 326, 428, 451, 486, 493

regime de competição na prestação dos serviços de telecomunicação, 164
regime de direção de empresas, 382, 383
regime de direção fiscal, 383
regime de direção técnica, 383
regime de livre competição nos serviços postais, 322
regime de livre iniciativa, 38, 208, 218, 396
regime de mercado, 45, 78, 81, 122, 243, 478, 502
regime de monopólio, 173, 180, 193, 195, 196, 216, 217, 251, 255, 309, 316, 318, 366, 442, 493
regime do monopólio, 320
regime especial, 114, 138, 235, 382, 399, 400, 463
regime misto parlamentar-presidencial, 335
regime privado, 6, 7, 119, 120, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 165, 168, 169, 170, 171, 172, 243, 244, 245, 322, 482, 483, 484, 488, 492
regime público, 6, 7, 119, 120, 143, 145, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 165, 166, 169, 170, 171, 172, 173, 187, 194, 198, 244, 322, 326, 482, 483, 488, 489
regionalização, 45, 48, 79
regra de monopólio, 318
Regulação, 39, 40, 41, 45, 53, 58, 63, 79, 94, 114, 120, 136, 138, 139, 145, 152, 158, 162, 166, 204, 206, 208, 224, 233, 236, 241, 267, 293, 308, 315, 324, 330, 338, 339, 340, 341, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 372, 373, 374, 376, 377, 382, 384, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 405, 406, 408, 409, 410, 411, 412, 414, 415, 448, 449, 451, 459, 491, 494, 496, 502, 503
regulação administrativa, 389
regulação burocrática, 389
regulação concertada, 364
regulação contratual, 377
regulação da concorrência, 391

regulação direta, 364
regulação do ordenamento social, 363, 397
regulação dos serviços públicos, 388, 395, 396, 397, 401
regulação econômica, 247, 308, 363, 364, 389, 394, 412
regulação em favor de outros interesses, 394
regulação estatal, 139, 152, 208, 339, 392, 408, 502
regulação estrutural, 389
regulação executiva, 330, 373, 374, 382
regulação forte, 393
regulação fraca, 393
regulação intrusiva, 389
regulação judicante, 387
regulação jurídica, 41, 204, 339, 449
regulação jurídica da economia, 41, 339
regulação mista, 449
regulação no ordenamento econômico, 388, 395, 396
regulação no ordenamento social, 388, 395
regulação normativa, 368, 369, 496
regulação por princípios, 449
regulação por regras, 449
regulação protecionista, 394
regulação setorial, 389, 392, 408, 410
regulação social, 136, 364, 394, 412
regulação transversal, 389, 391, 408
regulação unilateral, 364
regulações, 343, 363, 375, 389
regulações de conduta, 389
regulador, 43, 46, 99, 102, 103, 106, 107, 108, 110, 111, 119, 146, 148, 149, 150, 151, 153, 156, 157, 163, 164, 165, 166, 171, 172, 184, 185, 186, 187, 188, 206, 210, 212, 223, 240, 248, 249, 251, 292, 313, 338, 362, 363, 364, 367, 374, 377, 380,

382, 383, 390, 391, 393, 394, 395, 396, 401, 402, 403, 405, 407, 408, 411, 414, 436, 442, 443, 451, 476, 480, 482, 483, 486, 488, 494, 495, 498, 503

regulador do mercado de saúde privada, 210

regulador do ordenamento econômico, 396

Regulamentação, 107, 157, 173, 185, 187, 188, 190, 233, 235, 264, 293, 340, 341, 363, 367, 369, 386, 441, 446, 456, 461

regulamentação estatal, 264

regulamento, 159, 179, 180, 201, 202, 205, 220, 314, 346, 363, 369, 370, 371, 386, 438, 441, 460

regularidade, 150, 166, 172, 207, 236, 242, 244, 290, 315, 395, 396, 456, 482, 483

regulática limitada, 369

regulatória, 17, 153, 170, 236, 247, 258, 330, 341, 346, 347, 350, 354, 358, 363, 366, 367, 368, 373, 374, 380, 382, 383, 386, 387, 388, 390, 392, 394, 395, 396, 397, 398, 403, 404, 405, 406, 407, 410, 411, 451, 482, 493, 494, 495, 496

relação jurídica especial, 430

relevante interesse coletivo, 91, 104, 108, 118, 192, 213, 219, 230, 232, 253, 311, 335, 480, 487, 488

remessas expressas, 190

renúncia, 149, 156, 355, 356, 357, 404, 422, 431, 483

repressão ao abuso do poder econômico, 210, 435, 497

República, 15, 16, 37, 66, 79, 82, 87, 88, 89, 91, 93, 126, 156, 184, 191, 213, 232, 236, 274, 277, 278, 293, 310, 335, 363, 398, 400, 405, 430, 444, 460, 479

Requisição, 109, 110

reserva de mercado, 2, 249, 258, 295, 311, 312, 313, 322, 428, 492, 493

reserva do mercado, 312

reserva legal, 269, 323, 340, 372, 377, 460

reserva legal estrita, 372

reservas estratégicas, 221

responsabilidade civil do Estado, 108, 434

responsabilidade pública, 366, 409, 412

restrição, 37, 66, 89, 90, 105, 113, 145, 158, 195, 254, 259, 263, 286, 304, 315, 340, 341, 346, 354, 376, 385, 404, 407, 438, 439, 440, 453, 461, 480

restrições verticais, 439, 440

reversão, 179, 254

revisão, 52, 78, 79, 80, 109, 122, 152, 163, 173, 176, 182, 201, 219, 253, 279, 324, 379, 381, 391, 396, 496

revisão do contrato, 381

risco, 31, 53, 68, 112, 142, 151, 157, 173, 226, 236, 269, 327, 334, 365, 377, 378, 380, 383, 384, 390, 400, 415, 428, 440, 483, 497

risco de captura, 390

ruptura da economia autárquica, 19, 471

S

sanção, 98, 100, 157, 250, 258, 263, 278, 287, 340, 348, 353, 385, 386, 454, 455, 465, 466, 468, 469, 492, 496, 498

sanção de polícia, 455, 465, 466, 468, 498

sancionamento, 367, 385, 418, 496

sanções administrativas, 278, 465

sanções do poder de polícia, 466

saneamento do processo, 355, 356

satisfação do interesse público, 283, 337, 350

saúde privada, 204, 206, 208, 210

saúde pública, 201, 202, 206, 207, 208, 211, 333, 334, 336, 376, 393, 397

secretaria de acompanhamento econômico, 445

secretismo do poder, 409

sectores básicos, 109, 214, 215, 295

segurança e higiene do trabalho, 293

segurança jurídica, 58, 115, 128, 184, 192, 265, 281, 284, 361, 379, 430, 442, 481

segurança nacional, 29, 91, 104, 108, 118, 181, 191, 213, 230, 232, 253, 311, 335, 431, 480, 487, 488

seletividade, 431, 432

semipresidencialismo, 335

sentenças executivas, 358
sentido negativo do princípio da legalidade, 42
separação da administração política, 64
serviço adequado, 35, 59, 150, 377, 395, 397
serviço administrativo, 141
serviço básico, 131, 137, 198, 491
serviço concedido, 173, 174, 176, 327, 396
serviço de entrega expressa, 184
serviço de gás natural, 227, 228
serviço de interesse econômico geral, 124, 125, 126, 129, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 139, 146, 168, 188, 243, 489, 491
serviço de interesse geral, 35, 125, 129, 130, 131, 134, 243, 490
serviço de interesse social, 188
serviço de remessa expressa, 185
serviço de saúde, 205, 207, 208, 210, 334
serviço de saúde público, 208
serviço de telecomunicações, 165, 166, 167, 169, 171, 372
serviço de uso obrigatório, 173
serviço de utilidade pública, 34, 35
serviço econômico, 134, 155, 491
serviço econômico de interesse geral, 155
serviço em regime privado, 155
serviço essencial, 148, 154, 161, 187, 324, 488
serviço existente, 183, 436
serviço mínimo, 137
serviço nacional de saúde, 205
serviço não-privativo, 117, 200, 485
serviço parapostal, 188
serviço por opção político-constitucional, 36, 192

serviço postal, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 210, 216, 232, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 324

serviço postal autossustentável, 187

serviço postal essencial, 198

serviço público, 2, 5, 6, 7, 25, 26, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 42, 56, 81, 109, 110, 111, 114, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 165, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 176, 178, 180, 182, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 206, 207, 208, 209, 210, 217, 219, 221, 222, 223, 224, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 236, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 254, 255, 268, 278, 279, 290, 305, 309, 311, 314, 315, 316, 317, 318, 320, 321, 325, 326, 327, 331, 338, 342, 364, 365, 377, 378, 379, 387, 396, 397, 401, 408, 433, 444, 463, 473, 474, 475, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 488, 489, 491, 492

serviço público brasileiro, 152

serviço público concedido, 408

serviço público de energia, 234, 236

serviço público de energia elétrica, 234

serviço público de saúde, 206, 209

serviço público em regime privado, 151

serviço público essencial, 37, 147, 236, 290

serviço público federal, 315

serviço público inerente, 191, 192, 208

serviço público monopolizado, 320

serviço público não-privativo, 117, 199, 200, 209, 210, 485

serviço público não-privativo da saúde, 209

serviço público por opção político-constitucional, 192, 209

serviço público prestado em regime privado, 152, 156, 492

serviço público prestado em regime público, 6, 151, 152, 172, 482

serviço público privativo, 144, 153, 168, 170, 171, 194, 198, 228, 230, 231, 242, 320

serviço público privativo essencial, 242

serviço público propriamente dito, 35, 152, 155
serviço sob o regime de Direito Privado, 154
serviço social autônomo, 429
serviço universal, 128, 136, 137, 138, 139, 162, 163, 172, 182, 194, 199, 210, 311, 312, 319, 320, 323, 324, 394, 408, 491
serviços adequados, 150
serviços básicos, 164
serviços de energia elétrica, 235, 240
serviços de interesse coletivo, 155
serviços de interesse econômico, 6, 7, 41, 56, 120, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 136, 138, 139, 147, 152, 253, 431, 490
serviços de interesse econômico geral, 6, 7, 41, 56, 120, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 136, 138, 139, 147, 152, 431, 490
serviços de interesse geral, 127, 128, 129, 130, 131, 134, 135, 243, 362, 395, 490
serviços de interesse não-econômico geral, 128, 131, 490
serviços de remessa expressa, 190
serviços de saúde, 203, 206, 207, 208, 209, 334, 336
serviços de saúde pública, 207, 334, 336
serviços de telecomunicação, 162, 164, 165, 166, 168, 171, 329
serviços de telecomunicações, 114, 155, 156, 159, 164, 166, 168, 169, 170, 219, 330, 372
serviços delegados, 371, 380, 483
serviços econômicos gerais, 146
serviços em caráter monopolístico, 314
serviços em regime privado, 153, 482
serviços em regime público, 148, 155
serviços essenciais, 136, 147, 153, 165, 187, 311, 491
serviços essenciais de interesse público, 165
serviços essenciais do direito espanhol, 147
serviços farmacêuticos, 376

serviços indelegáveis, 167
serviços mercantis, 132
serviços não-privativos, 117
serviços permitidos, 167
serviços postais, 125, 162, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 315, 319, 320, 321, 322, 324, 439, 490
serviços postais essenciais, 194, 198
serviços postais universais, 194, 322
serviços prestados no regime de direito privado, 146
serviços privativos, 119
serviços públicos, 6, 7, 17, 25, 26, 27, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 44, 54, 59, 62, 99, 104, 110, 111, 112, 113, 117, 118, 119, 120, 121, 125, 126, 129, 130, 134, 135, 136, 139, 141, 143, 144, 145, 146, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 168, 169, 170, 171, 176, 190, 192, 193, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 205, 209, 214, 216, 217, 219, 222, 228, 243, 244, 245, 251, 254, 255, 288, 290, 302, 308, 309, 311, 313, 314, 319, 325, 327, 329, 330, 334, 335, 338, 362, 363, 366, 378, 380, 384, 385, 387, 388, 395, 396, 397, 398, 401, 407, 408, 473, 474, 475, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 488, 491, 492
serviços públicos de telecomunicações, 160
serviços públicos econômicos, 118, 135, 334
serviços públicos industriais e comerciais, 34, 134
serviços públicos não-privativos, 117, 118, 141, 144, 199, 485
serviços públicos prestados em regime privado, 6, 150, 154, 155, 157
serviços públicos privativos, 7, 118, 120, 144, 145, 152, 153, 158, 168, 170, 194, 198, 243, 244, 245, 319, 483, 485, 488
serviços públicos privativos prestados em regime privado, 7, 145, 152, 158, 243, 483
serviços públicos privativos prestados em regime público, 153, 170, 244, 483
serviços qualificados, 136, 491
serviços reservados, 172, 482
serviços universais, 131, 138, 139, 140, 146, 152, 163, 323, 324
servidão administrativa, 461

setor de gás natural, 226, 228, 230
setor de telecomunicações, 158, 159, 163, 164, 166, 169
setor elétrico, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 443
setor energético, 221
setor gasífero, 228
setor petrolífero, 219, 220, 221, 222, 227, 229, 300, 301
setor petrolífero português, 220
setor postal, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 188, 189, 193, 196, 313, 314, 315, 321, 322
setores básicos, 213, 214
setoriais, 34, 109, 163, 224, 274, 292, 373, 418, 420, 427, 467, 475, 501
setorialização do direito, 53
silêncio, 23, 215, 225, 279
silêncio da administração, 225
sistema da livre concorrência, 95
sistema de carreira matricial, 406
sistema de direito público, 26
sistema de freios e contrapesos, 14, 280
sistema de intervenção do estado na atividade econômica, 105, 212, 487
sistema de saúde misto, 203
sistema econômico, 18, 84, 106, 299, 418, 421, 435, 464, 472
sistema ELETROBRÁS, 237
sistema feudal, 19, 471
sistema interligado nacional, 237, 240
sistema nacional de correios, 186, 187
sistema nacional de transmissão de energia elétrica, 235
sistema petrolífero nacional, 221
sistema político, 18, 418, 421, 472
sistema único de saúde, 203, 206, 207, 209, 334, 336, 457
sistemas regionais e locais, 54

soberania, 26, 27, 43, 44, 52, 55, 56, 122, 124, 208, 211, 218, 292, 335, 451

sobreinterpretação constitucional, 49

social deadweight loss, 307

socialização, 31, 249, 294, 296, 297, 299, 300, 301, 303, 309, 474, 493

sociedade de conhecimento e de informação, 62, 476

sociedade de economia mista, 186, 220, 231, 233, 253, 301, 302, 309, 311, 313, 326, 328, 329, 331, 335, 429, 494

sociedade de risco, 53

sociedade medieval pluralista, 19, 20, 471, 472

sociedade organizada, 69, 70, 369

sociedades de economia mista, 231, 253, 254, 255, 256, 330, 428, 429

sociedades solidarizadas pela democracia, 64

soft law, 343, 393

solidariedade, 39, 44, 45, 46, 124, 127, 129, 131, 138, 139, 275, 414, 476, 502

solidariedade social, 39, 131, 275, 476

standards técnicos de conduta, 396

subjetivo, 28, 32, 33, 50, 150, 178, 200, 226, 245, 259, 262, 265, 272, 284, 352, 379, 462, 463, 473, 474, 475, 484, 485, 499

subordinação hierárquica, 42, 399, 400, 410

subsidiárias, 220, 233, 234, 254, 255, 403

subsidiariedade, 44, 45, 50, 59, 61, 77, 79, 80, 91, 111, 121, 133, 138, 158, 253, 285, 292, 363, 387, 481, 489, 495

subsídio cruzado, 439, 440

subsídios públicos, 172, 312, 482

súditos, 59

sufrágio de nomes, 59, 60

supervisão, 162, 206, 340, 367, 389, 405, 438, 446

supremacia do direito administrativo, 51

supremacia do interesse público, 30, 42, 58, 131, 286

supremacia do interesse público sobre o privado, 42, 131

supremacia geral, 454

T

tarifa, 151, 173, 177, 323, 327, 374, 375, 380, 457

taxa, 156, 173, 236, 292, 382, 384, 385, 405, 496

taxa de fiscalização, 384, 405

taxa de regulação, 382, 384, 405, 496

técnica de serviço público, 38, 136, 475

técnicas de coerção e imperatividade, 19

técnicas de descentralização, 207

técnicas patrimoniais, 19, 471

TELEBRÁS, 160, 164, 165, 329, 330, 366

telecomunicações, 63, 114, 125, 128, 135, 136, 146, 151, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 183, 186, 219, 243, 324, 329, 330, 372, 374, 476, 488

telecomunicações brasileiras S.A., 160

teoria da captura, 390

teoria da imprevisão, 378

teoria da instituição, 44

teoria da razão do Estado, 20

teoria da separação de poderes, 22

teoria de discricionariedade, 272

teoria de monopólio natural, 308

teoria de serviço público, 26, 38, 475

teoria do contrato de concessão, 174, 327

teoria do direito, 22, 49, 458, 472

teoria do duplo grau, 77

teoria do monopólio natural, 392

teoria do oligopólio, 392

teoria do serviço público, 25, 38, 473, 475

teoria dos jogos, 392

teoria normativista de Hans Kelsen, 42
teorias econômicas, 350, 437
terceirização, 207, 256, 325, 334, 336, 364, 406
terceiros beneficiados, 394
territorialização, 297
tese de serviço público, 26, 473
titularidade de maneira concomitante, 200, 333, 485
título executivo judicial, 353
tomadas de decisões supranacionais e globais, 56
tradicional monopolista, 442
transferência da execução, 145, 256
transformações do Direito Administrativo, 50
transformações econômicas, 27, 62
transformações geopolíticas, 52
transformações políticas, 53
transmissão, 161, 167, 183, 196, 198, 233, 235, 237, 238, 239, 240, 242, 243, 375
transnacionais, 63, 64
transparência, 55, 60, 73, 84, 133, 172, 283, 390, 409, 422, 502
tratado de Lisboa, 10, 24, 127, 134
tratado de Roma, 123, 124, 129, 132, 263, 489
triângulo de aço, 412, 413, 414
triângulo de aço brasileiro, 413
triângulo equilátero, 411, 414
triângulo regulatório, 412
tutela antecipada, 357
tutela governamental, 411

U

unidade formal, 343
universalidade, 129, 131, 139, 146, 150, 167, 168, 171, 194, 198, 207, 312, 315, 324, 490

universalidade subjetiva, 194
universalização, 150, 160, 164, 165, 166, 169, 170, 171, 172, 187, 194, 198, 235, 320, 324, 330, 482
universalização dos serviços, 160, 166, 169, 187, 235, 324, 330
universidades, 55
urgência, 213
uso de energia elétrica, 233
uso especial, 221, 222, 224, 227
usuários, 59, 86, 87, 88, 133, 138, 148, 149, 153, 157, 162, 163, 166, 170, 174, 176, 184, 187, 197, 226, 235, 236, 237, 239, 240, 312, 323, 327, 334, 366, 372, 374, 382, 386, 387, 390, 391, 395, 396, 406, 407, 437, 439, 440, 469, 488, 496
utilidad plan, 379
utilidade social, 105, 304, 341, 376, 459, 463, 465

V

venda casada, 293, 439, 440
violação do marco regulatório, 385, 496
volitivo, 265, 499
vontade estatal, 291, 415, 424
vontade geral ilimitada, 21

Y

yardstick comparison, 377

Z

zona competitiva, 236
zona de desconfiança, 57
zona de estrangulamento, 436
zona de incerteza, 261, 262, 449